CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL ELEANOR SHARPSTON apresentadas em 22 de Maio de 2008 [1]

1. O presente pedido de decisão prejudicial do Bundesarbeitsgericht, Alemanha, tem por objecto uma cláusula de um regime profissional de pensões de reforma, nos termos da qual o cônjuge sobrevivo de um trabalhador do sector privado que morre em serviço é excluído do direito à pensão de sobrevivência se for mais de 15 anos mais novo que o trabalhador falecido. O Bundesarbeitsgericht pergunta ao Tribunal de Justiça se uma tal cláusula é contrária ao princípio geral que proíbe a discriminação baseada na idade identificado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Mangold [2] e convida o Tribunal de Justiça a precisar as circunstâncias em que este princípio se pode aplicar.

Direito comunitário

Tratado da União Europeia

2. O artigo 6.º do Tratado da União Europeia dispõe:

«1. A União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros.

2. A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [...] e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.

[...]»

Tratado CE

3. O artigo 13.º CE, introduzido pelo Tratado de Amesterdão, dispõe:

«1. Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das

1 — Língua original: inglês.

2 — Acórdão de 22 de Novembro de 2005, Mangold (C-144/04, Colect., p. I-9981). A premissa de que este princípio constitui jurisprudência assente foi posta em causa directamente pelo Reino Unido e, de forma bastante mais indirecta, pela Alemanha e pelos Países Baixos: v. n.º 29 *infra*.

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.

2. […]»

Directiva 2000/78 [3]

4. O preâmbulo da Directiva 2000/78 refere o artigo 6.º, n.os 1 e 2, do Tratado da União Europeia [4] e enumera um conjunto de instrumentos internacionais que reconhecem o direito universal das pessoas à igualdade perante a lei e à protecção contra a discriminação [5]. Quanto à discriminação baseada na idade, observa que a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores [6] aspira à integração social e económica das pessoas idosas e que as Orientações para as Políticas de Emprego em 2000, aprovadas pelo Conselho Europeu de Helsínquia, de 10 e 11 de Dezembro de 1999 realçam a necessidade de prestar especial atenção ao apoio aos trabalhadores mais velhos [7].

5. O vigésimo quinto considerando trata especificamente da possibilidade de se justificarem diferenças de tratamento com base na idade. Tem a seguinte redacção:

«A proibição de discriminações relacionadas com a idade constitui um elemento essencial para atingir os objectivos estabelecidos pelas orientações para o emprego e encorajar a diversidade no emprego. Todavia, em determinadas circunstâncias, podem-se justificar diferenças de tratamento com base na idade, que implicam a existência de disposições específicas que podem variar consoante a situação dos Estados-Membros. Urge pois distinguir diferenças de tratamento justificadas, nomeadamente por objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional, de discriminações que devem ser proibidas.»

6. O artigo 1.º refere que a directiva tem por objecto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação pelos motivos nela previstos, no que se refere ao emprego

3 — Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional (JO L 303, p. 16). A Directiva 2000/78 é uma de duas directivas de execução adoptadas nos termos do artigo 13.º CE, sendo a outra a Directiva 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 (JO L 180, p. 22) (a seguir «Directiva relativa à Discriminação Racial»).

4 — Primeiro considerando.

5 — Quarto considerando, remetendo para a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adoptada e proclamada pela Assembleia Geral na sua Resolução 217-A (III), de 10 de Dezembro de 1948, a Convenção para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «Convenção Europeia dos Direitos do Homem») e a Convenção n.º 111 da Organização Internacional de Trabalho (Emprego e actividade profissional), adoptada em 25 de Junho de 1958.

6 — Adoptada na reunião do Conselho Europeu de Estrasburgo em 9 de Dezembro de 1989.

7 — Sexto e oitavo considerandos.

e à actividade profissional, com vista a pôr em prática o princípio da igualdade de tratamento.

7. O artigo 2.º, n.º 1, dispõe: «Para efeitos da presente directiva, entende-se por 'princípio da igualdade de tratamento' a ausência de qualquer discriminação, directa ou indirecta, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º»

8. Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), «Considera-se que existe discriminação directa sempre que […] uma pessoa seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável». Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), «considera-se que existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem […] [designadamente] pessoas de uma determinada classe etária […], comparativamente com outras pessoas, a não ser que: i) essa disposição, critério ou prática sejam objectivamente justificados por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários […]».

9. O artigo 3.º, n.º 1, aplica a directiva a «todas as pessoas, tanto no sector público como no privado, incluindo os organismos públicos, no que diz respeito […] c) Às condições de emprego e de trabalho, incluindo […] a remuneração».

10. O artigo 6.º, n.º 1, tem por objecto as justificações das diferenças de tratamento com base na idade:

«Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 2.º, os Estados-Membros podem prever que as diferenças de tratamento com base na idade não constituam discriminação se forem objectiva e razoavelmente justificadas, no quadro do direito nacional, por um objectivo legítimo, incluindo objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objectivo sejam apropriados e necessários.»

As alíneas a) a c) dão exemplos de tais diferenças de tratamento. Estas incluem, em determinadas circunstâncias, o estabelecimento de condições especiais para os jovens e para os trabalhadores mais velhos, a fixação de condições mínimas de idade, experiência profissional ou antiguidade, e a fixação de uma idade máxima de contratação.

11. O artigo 6.º, n.º 2, permite aos Estados-Membros, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 2.º, prever que não constitua discriminação baseada na idade, a fixação, para os regimes profissionais de segurança social, de condições relacionadas com a idade, e a utilização, no mesmo âmbito, de critérios de idade nos cálculos actuariais, desde que tal não se traduza em discriminações baseadas no sexo.

12. O artigo 18.º estipula que os Estados-Membros deviam transpor a Directiva 2000/78 até 2 de Dezembro de 2003. No entanto, foi permitido aos Estados-Membros prorrogarem este prazo por três anos no que diz respeito às disposições da presente directiva relativas à discriminação baseada na idade e na deficiência. A Alemanha exerceu esta opção e, portanto, podia transpor estas disposições para o direito nacional até 2 de Dezembro de 2006.

As orientações controvertidas [8]

13. A demandada no processo principal é responsável pela gestão do regime profissional de pensões de reforma da Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH (a seguir «BSH») [9]. O § 6 das orientações relativas às prestações de assistência (a seguir «Orientações») regula as condições das pensões de reforma. O § 6, n.º 4, prevê o pagamento de uma pensão ao cônjuge sobrevivo de um trabalhador falecido durante a vigência da relação laboral, se estiverem preenchidas determinadas condições. Contudo, o pagamento não será efectuado quando «o cônjuge sobrevivo seja mais de 15 anos mais novo que o trabalhador falecido […]» (a seguir «cláusula da diferença de idades»).

O processo principal e o pedido de decisão prejudicial

14. Birgit Bartsch, demandante no processo principal, nasceu em 1965. É a viúva de Max Hubert Bartsch, nascido em 1944 e falecido em 5 de Maio de 2004, ao serviço da BSH. Com excepção da cláusula da diferença de idades, estavam preenchidas as condições previstas no § 6, n.º 4, das Orientações para que a demandante pudesse receber a pensão de viuvez.

15. B. Bartsch requereu à BSH, sem sucesso, o pagamento de uma pensão. A acção que

8 — Orientações da Bosch Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH, de 1 de Janeiro de 2001, na sua redacção de 1 de Abril de 1992.

9 — Nas presentes conclusões, utilizo a abreviatura «BSH» para referir tanto a demandada no processo principal (Bosch-Siemens Hausgeräte Altersfürsorge GmbH) como a empresa Bosch-Siemens Hausgeräte GmbH.

instaurou no Arbeitsgericht foi julgada improcedente e o Landesarbeitsgericht (Regional Labour Court) negou provimento ao seu recurso.

16. No recurso para o órgão jurisdicional de reenvio, B. Bartsch alegou, designadamente, que a cláusula da diferença de idades violava o princípio da igualdade de tratamento e era, portanto, inválida.

17. O órgão jurisdicional de reenvio considera que B. Bartsch não poderá obter ganho de causa com base no direito nacional. Em especial, embora o direito do trabalho alemão consagre o princípio geral da igualdade de tratamento, a cláusula da diferença de idades baseia-se num fundamento lícito, que é o da limitação dos riscos assumidos pelos regimes de pensão de reforma voluntários e o objectivo de os tornar mais calculáveis [10]. Estas considerações estão estreitamente relacionadas com a cláusula da diferença de idades.

18. O órgão jurisdicional de reenvio tem, no entanto, dúvidas sobre se as limitações ao princípio geral da igualdade de tratamento consagradas no direito do trabalho alemão se podem manter à luz do princípio da proibição da discriminação baseada na idade, identificado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Mangold.

19. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, com base no acórdão Mangold, sobre se o princípio geral que proíbe a discriminação baseada na idade é aplicável às situações independentemente de estas apresentarem uma relação com o direito comunitário. Em caso de resposta negativa, o Tribunal de Justiça pretende saber se uma relação deste tipo é criada pelo artigo 13.º CE ou pela Directiva 2000/78, mesmo que os factos que deram origem ao pedido de decisão prejudicial tenham ocorrido antes [do termo] do prazo de transposição desta directiva [11].

20. O órgão jurisdicional de reenvio observa que, tendo o acórdão Mangold surgido num processo entre particulares, poderia parecer que o princípio se aplica «horizontalmente» a tais disputas. Contudo, o acórdão Mangold envolvia legislação nacional que previa uma excepção à proibição da discriminação baseada na idade. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o princípio só se aplica horizontalmente em relação a tais disposições derrogatórias.

10 — No n.º 107 destas conclusões, proponho uma ligeira reinterpretação da justificação sugerida pelo órgão jurisdicional de reenvio.

11 — Reformulo esta questão no n.º 27 *infra*.

21. Se o princípio for aplicável, o órgão jurisdicional de reenvio considera que se aplica ao trabalhador falecido, e não ao cônjuge sobrevivo. Acredita que a cláusula da diferença de idades pode dar origem a uma discriminação indirecta baseada na idade, devido ao facto de a probabilidade de um trabalhador ser afectado aumentar com a sua idade. Se for este o caso, o órgão jurisdicional de reenvio considera que as justificações desta cláusula ao abrigo do direito alemão também são adequadas ao abrigo do direito comunitário.

22. Por último, tendo em conta a natureza dos regimes profissionais de pensões de reforma e o princípio da protecção da confiança legítima, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se em que medida o princípio geral que proíbe a discriminação baseada na idade deverá ter efeitos retroactivos.

23. Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça:

«1. a) O direito primário da Comunidade Europeia prevê uma proibição de discriminação baseada na idade cuja aplicação os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros devem igualmente assegurar mesmo que o tratamento eventualmente discriminatório não apresente qualquer relação com o direito comunitário?

b) Em caso de resposta afirmativa à questão a), uma relação desse tipo com o direito comunitário é criada pelo artigo 13.º CE ou pela [Directiva 2000/78], mesmo que a situação ocorra antes do termo do prazo de transposição desta?

(2) A proibição de discriminação baseada na idade com fundamento no direito comunitário que pode resultar da resposta à primeira questão também é aplicável à relação entre entidades patronais privadas, por um lado, e os seus trabalhadores ou os titulares de uma pensão e os membros sobrevivos da sua família, por outro?

(3) Em caso de resposta afirmativa à segunda questão,

a) um regime profissional de pensões de reforma nos termos do qual não é atribuída uma pensão de sobrevivência ao cônjuge sobrevivo caso este seja mais de 15 anos mais novo que o trabalhador falecido é abrangido por este tipo de proibição de discriminação baseada na idade?

b) Em caso de resposta afirmativa à questão 3. a), o facto de a entidade patronal ter um interesse na limitação dos riscos decorrentes da pensão profissional pode constituir um fundamento justificativo para um regime deste tipo?

c) Em caso de resposta negativa à questão 3. b), a proibição de discriminação baseada na idade eventualmente aplicável ao regime relativo às pensões profissionais produz efeitos retroactivos ilimitados ou é limitada no que respeita ao passado e, em caso afirmativo, de que modo?

24. A BSH, a Alemanha, o Reino Unido e a Comissão apresentaram observações escritas. Estas partes e os Países Baixos apresentaram observações orais na audiência de 10 de Outubro de 2007.

25. A pedido do Reino Unido, o processo foi atribuído à Grande Secção.

Primeira questão

26. Com a primeira questão, alínea a), pergunta-se, no essencial, se o direito comunitário prevê uma proibição de discriminação baseada na idade aplicável mesmo que o tratamento eventualmente discriminatório não apresente qualquer relação com o direito comunitário.

27. Parece-me útil responder a esta questão de uma forma mais ampla e em três etapas. Em primeiro lugar, existe um princípio geral de direito comunitário que proíba expressamente a discriminação baseada na idade? Em segundo lugar, se este princípio existe, será aplicável mesmo que a situação que deu origem ao pedido de decisão prejudicial não seja abrangida pelo direito comunitário [primeira questão, alínea a)]? Em terceiro lugar, a situação que deu origem ao pedido de decisão prejudicial é abrangida pelo direito comunitário [primeira questão, alínea b)]?

O acórdão Mangold e os seus sucessores

28. Resulta claramente do pedido de decisão prejudicial que as questões do órgão jurisdicional de reenvio se baseiam na premissa extraída do acórdão Mangold do Tribunal de Justiça de que existe um princípio geral de direito comunitário que proíbe a discriminação baseada na idade.

29. O Reino Unido questiona esta premissa. Alega que nem os instrumentos internacionais, nem as tradições constitucionais dos Estados-Membros fornecem uma base adequada para o reconhecimento de um tal princípio. A intenção evidente dos redactores do artigo 13.º CE, de permitir ao legislador comunitário definir medidas para combater, entre outras, a discriminação baseada na idade, implica a inexistência de tal princípio. A BSH questiona, de igual modo, a existência de fontes suficientes que sirvam de base a um princípio geral de proibição da discriminação baseada na idade. A Alemanha alega que um tal princípio geral tornaria supérfluas a adopção e aplicação da Directiva 2000/78. Na audiência, os Países Baixos subscreveram as observações escritas da Alemanha e do Reino Unido.

30. No acórdão Mangold, o Tribunal de Justiça observou que a própria Directiva 2000/78 não consagra o princípio da igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho. Pelo contrário, estabelece um quadro geral para lutar contra a discriminação pelos motivos abrangidos pela directiva, «encontrando o próprio princípio da proibição dessas formas de discriminação a sua origem, como resulta do primeiro e do quarto considerando da referida directiva, em diversos instrumentos internacionais e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros» [12]. O Tribunal de Justiça continuou:

> «(75) O princípio da não discriminação baseada na idade deve, assim, ser considerado um princípio geral de direito comunitário. Quando uma regulamentação nacional integre o âmbito de aplicação deste princípio, que é o que se passa com [a disposição nacional em questão] enquanto medida de transposição da Directiva 1999/70 [13] [...], o Tribunal de Justiça, questionado a título prejudicial, deve fornecer todos os elementos de interpretação necessários à apreciação, pelo órgão jurisdicional nacional, da conformidade dessa regulamentação com esse princípio [...].

12 — N.º 74. A versão inglesa do acórdão refere-se, por lapso, ao terceiro considerando em lugar do primeiro.

13 — Directiva 1999/70/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo (JO L 175, p. 43).

(76) Consequentemente, o respeito do princípio geral da igualdade de tratamento, especialmente em razão da idade, não pode, enquanto tal, depender do termo do prazo concedido aos Estados-Membros para transporem uma directiva destinada a aplicar um quadro geral de luta contra as discriminações em razão da idade […].

(77) Nestas condições, cabe ao órgão jurisdicional nacional, ao qual foi submetido um litígio que põe em causa o princípio da não discriminação baseada na idade, garantir, no quadro das suas competências, a protecção jurídica que para os particulares decorre do direito comunitário e garantir o pleno efeito deste, não aplicando todas as disposições da lei nacional eventualmente contrárias […].

(78) […] Cabe ao órgão jurisdicional nacional garantir a plena eficácia do princípio geral da não discriminação baseada na idade, não aplicando qualquer disposição da lei nacional em contrário, e isto mesmo que o prazo de transposição da [Directiva 2000/78] ainda não tenha terminado.»

31. O acórdão Mangold recebeu algumas críticas da doutrina. O tema geral da crítica é o de que o Tribunal de Justiça (voluntariamente, sem motivo justificado e contra a intenção do legislador) alargou o âmbito de aplicação da directiva [14], aplicando-a antes do termo do prazo de transposição e em circunstâncias horizontais, ao fazer uma remissão inovadora para um princípio geral de direito comunitário [15]. Consequentemente, um conjunto de comentadores expressou a opinião de que o Tribunal de Justiça pôs em causa o objectivo do efeito directo [16]. Além disso, a decisão é criticada por ter produzido uma situação de considerável incerteza jurídica [17].

32. Quatro advogados-gerais também comentaram o acórdão Mangold.

14 — V., por exemplo, Cavallini, J. — «De la suppression des restrictions à la conclusion d'un contrat à durée déterminée lorsque le salarié est un senior», *La semaine juridique Social 2005*, pp. 25 a 28; Dubos, O. — «La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives: de l'apostasie à l'hérésie?», *La Semaine juridique 2006*, pp. 1295 a 1297; LeClerc, O. — «Le contrat de travail des seniors à l'épreuve du droit communautaire», *Recueil Dalloz 2006*, pp. 557 a 561; Nicolella, M. — «Une application anticipée des directives non transposées?», *Gazette du palais 2006*, p. 22; Dubout, E. — «Mangold», *Revue des affaires européennes 2005*, pp. 723 a 733; Masson, A. e Micheau, C. — «The Werner Mangold Case: An Example of Legal Militancy», *European Public Law 2007*, pp. 587 a 593; Editorial Comments, *Common Market Law Review* 2006, pp. 1 a 8.

15 — V., por exemplo, Riesenhuber, K. — «Case Note», *European Review of Contract Law 2007*, p. 62; Swift, J. — «Pale, stale, male», *New Law Journal 2007*, pp. 532 a 534; Editorial Comments, *Common Market Law Review*, já referido *supra*. D. Schiek dá uma visão positiva a partir de uma perspectiva de direitos em «The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation», *Industrial Law Journal 2006*, pp. 329 a 341.

16 — V., por exemplo, Cavallini, Dubos, Editorial Comments, *Common Market Law Review*, todos já referidos na nota 14.

17 — V., por exemplo, Swift, Cavallini, Nicolella, Dubout, Masson/Micheau, (já referidos nas notas 14 e 15); Martin, D. — «L'arrêt Mangold — Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire?», *Journal des tribunaux du travail 2006*, pp. 109 a 116.

33. No processo Chacón Navas [18], o advogado-geral Geelhoed chamou a atenção para as consequências potencialmente vastas, em sentido económico e financeiro, da invocação da igualdade de tratamento baseada nas proibições definidas no artigo 13.º CE. A interpretação das medidas baseadas no artigo 13.º CE não deve ser alargada recorrendo às palavras «dentro dos limites das competências que [o Tratado] confere à Comunidade» desse artigo, e menos ainda ao princípio geral da igualdade. Uma tal abordagem colidiria com as ponderações que os Estados-Membros fizeram no exercício das respectivas competências — ainda — remanescentes. Em conformidade, o advogado-geral Geelhoed defendeu uma interpretação da Directiva 2000/78 mais restritiva do que aquela que foi adoptada pelo Tribunal de Justiça no processo Mangold.

34. No processo Lindorfer [19], sugeri que a proibição de discriminação baseada na idade identificada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Mangold era uma manifestação específica do princípio geral da igualdade perante a lei. Assim, considerei que a melhor leitura do acórdão Mangold era a de que a discriminação baseada na idade foi sempre vedada com base no princípio geral da igualdade e que a Directiva 2000/78 introduziu um quadro detalhado e específico para lidar com esse tipo de discriminação, entre outras. Adiante aprofundarei esta sugestão de interpretação.

35. O advogado-geral Mazák fez uma crítica aprofundada do acórdão Mangold no processo Palacios de la Villa [20]. Observou que os instrumentos internacionais e as tradições constitucionais referidos no acórdão Mangold reconhecem o princípio geral da igualdade de tratamento, mas que extrair daí a existência de uma proibição específica de discriminação baseada na idade era uma proposta arrojada e um passo significativo. O princípio geral da igualdade contém *potencialmente* uma proibição de discriminação por qualquer motivo que possa ser considerado inaceitável, pelo que as proibições específicas constituem manifestações particulares desse princípio geral. Todavia, extrair do princípio geral da igualdade a existência de uma proibição de discriminação com base num motivo em especial é muito diferente e os motivos para fazê-lo estão longe de ser óbvios. Acresce que nem o artigo 13.º CE, nem a Directiva 2000/78 reflectem necessariamente uma proibição já existente de todas as formas de discriminação a que se referem. A intenção subjacente foi antes, em ambos os casos, deixar ao legislador comunitário e aos Estados-Membros a possibilidade de tomarem medidas adequadas nesse sentido. É o que também o Tribunal de Justiça parece propor no acórdão Grant [21], no qual concluiu que o direito comunitário, no estado de evolução em que se encontrava, não dava cobertura à discriminação baseada na orientação sexual.

36. Mais recentemente, o advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer entendeu no acórdão

18 — Conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed de 16 de Março de 2006 (acórdão de 11 de Julho de 2006, C-13/05, Colect., p. I-6467, n.os 46 a 56 das conclusões).

19 — Conclusões da advogada-geral E. Sharpston, de 30 de Novembro de 2006 (acórdão de 11 de Setembro de 2007, C-227/04 P, Colect., p. I-6767, em especial n.os 52 a 58 das conclusões).

20 — Conclusões do advogado-geral J. Mazák, de 15 de Fevereiro de 2007 (acórdão de 16 de Outubro de 2007, C-411/05, Colect., p. I-8531, n.os 87 a 97 e 132 a 138 das conclusões).

21 — Acórdão de 17 de Fevereiro de 1998, Grant (C-249/96, Colect., p. I-621).

Maruko [22] que o «carácter fundamental» do direito à não discriminação em razão da orientação sexual lhe outorga uma dimensão diferente da que o Tribunal de Justiça, no acórdão Mangold, atribui ao princípio da proibição da desigualdade baseada na idade.

37. O Tribunal de Justiça já proferiu acórdão nos quatro referidos processos. Apesar (ou, possivelmente, à luz) dos comentários dos seus advogados-gerais, o Tribunal de Justiça não reviu — nem, de facto, mencionou —, em nenhum dos referidos acórdãos, a sua decisão no processo Mangold sobre a existência de um princípio geral de direito comunitário que proíbe a discriminação baseada na idade.

38. No processo Lindorfer, o Tribunal de Justiça reabriu a fase oral do processo e convocou uma nova audiência na qual pedia às partes que se pronunciassem, designadamente, sobre o âmbito do princípio que proíbe a discriminação baseada na idade quando se calcula os valores actuariais aplicáveis à transferência de direitos adquiridos num regime nacional de pensões para o regime de pensões comunitário. Não obstante, o Tribunal de Justiça decidiu o processo com base exclusivamente na discriminação em razão do sexo. É menos surpreendente que o Tribunal de Justiça omitisse qualquer referência à discriminação baseada na idade nos acórdãos Chacón Navas e Maruko, que tinham por objecto, respectivamente, a discriminação baseada na deficiência e a discriminação em razão da orientação em razão do sexo.

39. O processo Palacios de la Villa referia-se precisamente à discriminação baseada na idade. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça começou por determinar que a legislação nacional em causa (segundo a qual o facto de o trabalhador atingir a idade para a reforma fixada por esta legislação implicava a cessação do contrato de trabalho) criava uma diferença de tratamento baseada directamente na idade. O Tribunal de Justiça concluiu, em seguida, que a Directiva 2000/78, cujo prazo de transposição já tinha expirado à data dos factos, era aplicável a uma situação como a que deu lugar ao litígio submetido ao órgão jurisdicional de reenvio. Por conseguinte, pôde decidir o processo com base na directiva. O Tribunal de Justiça decidiu que a medida era objectiva e razoavelmente justificada por um objectivo legítimo relativo à política de emprego e ao mercado de trabalho e aceitou que era adequada e necessária para realizar esse objectivo. O Tribunal de Justiça não fez nenhuma referência a um princípio geral de proibição da discriminação baseada na idade.

40. A abordagem do Tribunal de Justiça no acórdão Palacios de la Villa, que analisa a

22 — Conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer, de 6 de Setembro de 2007 (acórdão de 1 de Abril de 2008, C-267/06, Colect., p. I-1757, n.º 78 das conclusões e respectivas notas).

legislação nacional que prevê expressamente o tratamento desfavorável em razão da idade, à luz da Directiva 2000/78, e que conclui que esta legislação é aceitável, é muito diferente do critério do acórdão Mangold, onde o Tribunal de Justiça declarou que cabia ao órgão jurisdicional nacional afastar qualquer disposição da lei nacional conflituante com o princípio da discriminação baseada na idade.

41. No processo em apreço (como no processo Mangold) o prazo de transposição da Directiva 2000/78 não tinha expirado à data dos factos. Por conseguinte, coloca-se potencialmente, mais uma vez, no Tribunal de Justiça, a questão de saber se existe um princípio específico de direito comunitário que proíbe a discriminação baseada na idade.

Existe no direito comunitário um princípio geral que proíbe a discriminação baseada na idade?

42. O princípio geral da igualdade faz parte dos fundamentos da Comunidade [23]. As disposições sobre a igualdade perante a lei podem encontrar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros [24]. Vários instrumentos internacionais [25] também contêm afirmações de ordem geral sobre a igualdade de tratamento. Concretamente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem dispõe no artigo 14.º (intitulado «Proibição de discriminação»): «O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação» [26]. O princípio geral da igualdade pode, assim, ser considerado «o próprio princípio da proibição dessas formas de discriminação [enumeradas no artigo 13.º CE]» e a sua «origem» encontra-se, de facto, «em diversos instrumentos internacionais e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros [27]».

23 — V. acórdão de 3 de Outubro de 2006, Cadman (C-17/05, Colect., p. I-9583, n.º 28). A frase é utilizada, com variações menores, ao longo de toda a jurisprudência do Tribunal de Justiça, começando aparentemente com o acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Outubro de 1977, Ruckdeschel e o. (117/76 e 16/77, Recueil, p. 1753, Colect., p. 619, n.º 7).

24 — V. Relatório da Comissão sobre as Disposições Legais de Combate à Discriminação dos Estados-Membros, disponível *online* em http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/reportmsdiscrimination_en.pdf.

25 — V. nota 5 *supra*.

26 — Conforme resulta claramente do segmento de frase «reconhecidos na presente Convenção», o artigo 14.º não é uma disposição autónoma, mas opera em conjugação com outros direitos substantivos garantidos pela Convenção. O Protocolo 12 contém, no entanto, uma tal proibição autónoma da discriminação (dos Estados-Membros da UE, só ratificaram o Protocolo o Chipre, a Finlândia, o Luxemburgo, os Países Baixos, a Roménia e a Espanha). Refira-se que a discriminação baseada na idade não é expressamente identificada em nenhuma dessas listas longas (embora não exaustivas).

27 — Todas citações do acórdão Mangold, já referido na nota 2, n.º 74. A fórmula «nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros» é utilizada convencionalmente como base de identificação de um princípio fundamental do direito comunitário (v. o artigo 6.º, n.º 2, UE que codifica a jurisprudência inicial do Tribunal de Justiça).

43. As raízes de uma proibição clara e específica da discriminação baseada na idade não são tão antigas. Como referi nas minhas conclusões no processo Lindorfer, uma tal proibição específica da discriminação baseada na idade é, tanto no contexto nacional como internacional, demasiado recente e imprecisa para se enquadrar confortavelmente nessa fórmula [28]. De facto, já em 1999 a Comissão declarou publicamente: «Existe muito pouca legislação sobre a discriminação baseada na idade nos Estados-Membros» [29].

44. É conveniente determo-nos para inquirirmos por que deve ser assim. Uma formulação clássica do princípio da igualdade, como a de Aristóteles «tratar de modo igual o que é igual» [30], deixa em aberto a questão crucial de saber quais os aspectos que devem ou não devem ser considerados relevantes para a igualdade de tratamento [31]. Qualquer conjunto de seres humanos se assemelhará entre si em alguns aspectos e diferirá noutros. Por conseguinte, uma máxima como a de Aristóteles permanece uma norma vazia enquanto não se determinar quais as diferenças relevantes para os efeitos em questão. Por exemplo, se criticamos uma lei que proíbe a presença de ruivos nos restaurantes como sendo injusta, tal baseia-se na premissa de que, para fazer uma refeição num restaurante, é irrelevante a cor do cabelo. É, portanto, óbvio que os critérios de semelhanças e diferenças relevantes variam com a perspectiva moral fundamental de uma determinada pessoa ou sociedade [32].

45. Uma breve reflexão histórica mostrará que as declarações sobre a «igualdade», quando desmontadas, significaram muitas vezes «igualdade de tratamento, em determinados aspectos, para os que se encontram no interior do círculo mágico», e não «igualdade de tratamento em todos os aspectos relevantes para absolutamente todos». Na Atenas de Péricles, os cidadãos da *polis* podiam invocar um direito à igualdade de tratamento em relação ao acesso à justiça e à promoção cívica [33]; mas o conceito da igualdade excluía a igualdade de tratamento dos cidadãos, nesses aspectos, com os metecos [34] ou com

28 — Conclusões apresentadas no processo Lindorfer, já referidas na nota 19, n.º 55, remetendo para o acórdão Mangold, já referido na nota 2, n.º 74.

29 — V. Relatório da Comissão sobre as Disposições Legais de Combate à Discriminação dos Estados-Membros, já referido na nota 24, p. 70; v. ainda Sargeant, M. (ed.) — *The Law on Age Discrimination in the EU*, 2008.

30 — *Ética a Nicómaco*, V.3. 1131a10-b15; *Política*, III.9.1280 a8-15, III. 12. 1282b18-23.

31 — V. ainda Gosepath, S — «Equality», E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2007 Edition)*, disponível *online* em http://plato.stanford.edu/archives/fall2007/entries/equality/.

32 — V. Hart, H. L. A. — *The Concept of Law*, 2.ª ed., 1994, pp. 159 a 163.

33 — V. a Oração Fúnebre de Péricles pelos atenienses mortos no primeiro ano da guerra (que acabou por ser desastrosa) contra Esparta: «Our form of government does not enter into rivalry with the institutions of others.Our government does not copy our neighbours', but is an example to them. It is true that we are called a democracy, for the administration is in the hands of the many and not of the few.But while there exists equal justice to all and alike in their private disputes, the claim of excellence is also recognized; and when a citizen is in any way distinguished, he is preferred to the public service, not as a matter of privilege, but as the reward of merit.Neither is poverty an obstacle, but a man may benefit his country whatever the obscurity of his condition» (Thucydides, *History of the Peloponnesian War*, Book II, XXXV-XLVI, em XXXVII, na tradução inglesa de Benjamin Jowett, 1881) [«a nossa forma de governo não rivaliza com as instituições dos outros. O nosso governo não copia os vizinhos, é um exemplo para eles. É verdade que nos chamam democracia pois a administração está nas mãos de muitos e não de alguns. Mas, enquanto existir justiça igual para todos os semelhantes nos seus litígios privados, é também reconhecida a procura da excelência, e, quando um cidadão se distingue de alguma forma, é preferido para o serviço público, não por isso ser um privilégio, mas sim como recompensa do mérito. A pobreza também não é um obstáculo, pois um homem pode ser útil ao seu país, independentemente da sua condição» (tradução livre)].

34 — Um estrangeiro residente, com alguns, mas não todos, dos privilégios da cidadania.

os escravos. A igualdade espartana — um modelo bastante diferente — excluía igualmente hilotas [35] e escravos. Os dois conceitos de igualdade excluíam (naturalmente) as mulheres. Mais próxima dos nossos tempos, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América pode ter proclamado que «todos os homens são criados iguais» [36], mas foi necessária a Guerra Civil e um pós-guerra bastante longo para que a verdadeira igualdade de tratamento se começasse a alargar aos descendentes dos escravos negros [37]. A discriminação em razão da religião parecia bastante natural — de facto, ordenada por Deus — durante grandes porções da história da Europa e da Bacia Mediterrânica.

46. Em suma, as respostas às questões «quem é abrangido pelo princípio da igualdade de tratamento?» e «que aspectos da vida económica, social, política, cívica e pessoal são abrangidos por este princípio?» não são imutáveis. Evoluem com a sociedade. Quando isso acontece, o direito reflecte esta mudança, começando por afirmar expressamente que certas formas de tratamento discriminatório, anteriormente despercebidas ou (se percebidas) toleradas, deixarão de ser toleradas. Tais mudanças jurídicas são uma extensão — uma expressão nova e adicional — do princípio geral da igualdade.

47. O acórdão Marshall I [38] sugere que o direito comunitário, desde os seus primórdios, não considerou a idade como um fundamento das distinções claramente suspeito. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça foi confrontado com a idade como fundamento de cessação da relação contratual. Respondeu, afirmando que determinadas disposições da Directiva 76/207 que garantiam a igualdade de tratamento quanto às condições de trabalho entre os sexos podiam ter efeito directo e que, embora a directiva *não* tivesse efeito directo «horizontal», a Sr.ª Marshall podia invocá-la «verticalmente» porque a sua entidade patronal, a autoridade de saúde demandada, era uma emanação do Estado. Esta conhecida decisão constitui, em princípio, um indício de que, em 1986, a diferenciação com base na idade (por oposição à diferenciação com base no sexo) era considerada claramente relevante para efeitos de cessação da relação contratual e, por conseguinte, aceitável à luz do princípio geral da igualdade do direito comunitário. Se não fosse assim, a Sr.ª Marshall teria

35 — Uma classe de servos na antiga Esparta com um estatuto intermédio entre os escravos normais e os cidadãos espartanos.

36 — «Consideramos evidentes as seguintes verdades: que todos os homens foram criados iguais; que receberam de seu Criador certos direitos inalienáveis; que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade […]» (Declaração de Independência de 4 de Julho de 1776) (N.T. tradução livre).

37 — O Supremo Tribunal dos Estados Unidos desempenhou um papel muito relevante no processo de afirmação de que a discriminação em razão da raça era inaceitável. V., por exemplo, *Brown* v *Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1954), no qual o Supremo Tribunal inverteu a sua anterior decisão no processo *Plessy* v *Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), onde tinha decidido que as instalações «separadas, mas iguais», incluindo escolas «para a raça branca e para a raça de cor» eram constitucionais. Nesse processo anterior, apenas o Justice John Marshall Harlan tinha discordado, defendendo que a «Constituição é daltónica e não conhece nem tolera classes entre os seus cidadãos».

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

invocado a proibição da discriminação com base na idade, em apoio do seu fundamento principal.

48. Depois de surgir o (novo) âmbito de aplicação possível do princípio, o passo seguinte natural é defini-lo de uma forma mais precisa e adoptar a regulamentação para combater a discriminação que foi identificada [39].

49. É verdade que, determinadas situações (que envolvam alguma forma de discriminação baseada na idade, directa, crua e arbitrária) poderão ser tratadas aplicando o princípio da igualdade de tratamento independentemente da idade na sua forma mais pura. Contudo, sempre que a situação seja mais complexa e a linha divisória entre diferenciação justificável e injustificável seja menos evidente, a acção efectiva para combater a discriminação também envolverá necessariamente a elaboração de definições adequadas. O artigo 13.º CE fornece a base jurídica para uma acção legislativa ao nível do direito comunitário para «combater» diversas formas de desigualdade de tratamento inaceitável — designadamente, a discriminação baseada na idade. Habilita, assim, o legislador comunitário a definir de forma mais precisa (entre outras) a discriminação baseada na idade e a adoptar normas concebidas para eliminar esta discriminação.

50. Por este motivo, qualquer argumento no sentido de que, se já existisse um princípio de proibição da discriminação baseada na idade, o artigo 13.º CE ou a Directiva 2000/78 teriam sido desnecessários está fundamentalmente mal formulado. É precisamente *porque* o princípio geral da igualdade foi agora reconhecido como incluindo também a igualdade de tratamento independentemente da idade, que uma disposição legislativa de habilitação como o artigo 13.º CE *se torna* necessária e é devidamente utilizada como base de uma intervenção legislativa circunstanciada.

51. O reverso desta medalha é que as proibições específicas *circunstanciadas* da «discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual» não podiam existir no momento em que o artigo 13.º foi incorporado no Tratado CE. Se existissem, o artigo 13.º CE teria, de facto, corrido o perigo

39 — Comparar Dworkin, R. — *Taking Rights Seriously* (1977), pp. 22 a 28, que define a diferença entre normas e princípios com base na natureza da orientação que dão. Um princípio afirma uma razão que milita numa certa direcção, mas não necessita de uma decisão concreta. Uma norma estabelece consequências jurídicas que se aplicam automaticamente quando se verificam as condições previstas. Inversamente, as normas carecem da dimensão de ponderação que os princípios têm: se duas normas conflituam, uma deve ser inaplicável ou inválida, ao passo que dois princípios conflituantes podem ser ponderados.

de ser uma disposição supérflua [40]. Menos ainda poderiam estas proibições lançar-se nesse preciso momento, completamente armadas, como Atenas da cabeça de Zeus.

52. A análise que apresento aqui é apoiada pelo exame mais detido da disposição de habilitação contida no artigo 13.º CE.

53. Em primeiro lugar, o artigo 13.º CE refere que se aplica «sem prejuízo das demais disposições do [...] Tratado» (e, portanto, *a fortiori*, sem prejuízo dos princípios gerais subjacentes ao direito comunitário). A sua utilização como uma base jurídica de medidas circunstanciadas para combater, designadamente, a discriminação baseada na idade não prejudica o princípio geral da igualdade. Pelo contrário, permite que manifestações específicas deste princípio geral se desenvolvam de forma mais eficaz.

54. Em segundo lugar, o artigo 13.º CE habilita o Conselho (deliberando por unanimidade), após consulta ao Parlamento Europeu, a «tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão» de diversos fundamentos específicos. Não define, ele próprio, estes tipos de discriminação. Parte do pressuposto de que, infelizmente, estes existem e devem ser (vigorosamente) contrariados. Inspirando-se no artigo 13.º CE, a Directiva 2000/78 parte igualmente do pressuposto de que determinadas formas de discriminação existem. Procede — não se referindo a proibições específicas existentes dessas formas de discriminação, mas antes (em termos gerais) à necessidade de respeitar os direitos fundamentais — à definição do significado do princípio da igualdade de tratamento em determinados contextos, como o precursor necessário para garantir que o princípio seja respeitado.

55. Em terceiro lugar, o legislador comunitário partiu do princípio de que as directivas adoptadas nos termos do artigo 13.º CE não se limitam a facilitar a aplicação das proibições de discriminação com base nos fundamentos enumerados neste artigo do Tratado. Também definem o âmbito preciso destas proibições em determinados contextos [41]. Não compreendo que isso possa prejudicar a afirmação de que o princípio básico (de que

40 — Seria concebível que, para combater formas específicas de discriminação, cada uma delas já proibida enquanto princípio geral de direito comunitário, fossem adoptadas pelo Conselho medidas circunstanciadas adicionais com base no artigo 308.º CE (ex-artigo 235.º) lido em conjugação com os objectivos da Comunidade enumerados no artigo 2.º Os Estados-Membros entenderam claramente que era necessária uma base jurídica separada no Tratado para uma tal acção e forneceram, em conformidade, esta base sob a forma do artigo 13.º CE.

41 — Para comparação, v. a Directiva relativa à Discriminação Racial, em especial os artigos 2.º («Conceito de discriminação») e 3.º («Âmbito»).

a discriminação baseada na idade deve ser proibida) já existia. Pelo contrário, parece-me que — por questões de praticabilidade jurídica — só é possível combater de forma eficaz um mal que tenha sido cuidadosa e especificamente definido.

56. Isto é assim, essencialmente, porque a distinção entre diferença de tratamento (aceitável) e discriminação (inaceitável) [42] não reside no facto de as pessoas serem tratadas de forma diferente, mas no facto de a sociedade aceitar como *justificáveis* os critérios cuja aplicação conduz a um tratamento diferente, ou no facto, pelo contrário, de estes serem considerados arbitrários [43]. Esta questão deverá ser resolvida através de legislação circunstanciada que classifique a aplicação de determinados critérios em determinadas circunstâncias como aceitável ou inaceitável e que confira efeitos juridicamente vinculativos a essa classificação.

57. Concordo, portanto, com o Tribunal de Justiça, no acórdão Mangold, que as origens do princípio — ou seja, do conceito de que hoje é inaceitável discriminar com base em qualquer um dos fundamentos enumerados no artigo 13.º CE — não estão nem na Directiva 2000/78 enquanto directiva de aplicação, nem, efectivamente, no artigo 13.º CE enquanto tal. Elas têm de estar num tempo e num lugar anteriores [44].

58. Nas minhas conclusões no processo Lindorfer [45], entendi que a discriminação baseada na idade foi sempre vedada com base no princípio geral da igualdade que faz parte do direito comunitário. Parece-me que o direito comunitário terá, de facto, desde o seu início, excluído determinadas distinções com base na idade. Suponhamos que, por exemplo, em 1960, um Estado-Membro tinha permitido a livre circulação de trabalhadores de outros Estados-Membros, com excepção daqueles com idades compreendidas entre 28 e 29 e entre 52 e 53 anos. Uma tal disposição (improvável) teria certamente integrado o âmbito de aplicação do princípio geral da igualdade de tratamento que fez sempre parte do direito comunitário. A diferenciação entre trabalhadores de acordo com estas

42 — Sobre esta distinção terminológica, v. Bossuyt, M. — *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, 1976, pp. 7 a 27.

43 — Assim (por exemplo), o princípio por trás do racionamento é o da aplicação de critérios específicos para diferenciar os potenciais destinatários e, assim, afectar os recursos escassos. Os critérios que são considerados justificáveis são aceites; outros são contestados como arbitrários ou injustos. Mas o que é justificável é determinado pela perspectiva tomada pela sociedade num determinado tempo e lugar. V., ainda, as conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro de 31 de Janeiro de 2008 no processo Coleman (C-303/06, n.º 16), e as minhas conclusões de 24 de Abril de 2008 no processo Grunkin e Paul (C-353/06, n.os 62 e 71) e, sobre o aspecto da arbitrariedade na discriminação, Bossuyt, já referido na nota 41, pp. 37 a 39 e 97 a 128.

44 — Penso que a transição do conceito à sua implementação integral é, muitas vezes, mais evolucionista, do que o resultado de um «big bang». Por exemplo, seria difícil situar o momento exacto, entre (digamos) 1780 e 1807, em que emergiu o princípio que, graças ao trabalho de reformadores como Peter Peckard, Thomas Clarkson e William Wilberforce, encontrou expressão concreta na lei do Reino Unido de abolição do comércio de escravos denominada «An Act for the Abolition of the Slave Trade» (47 Georgii III, Session 1, cap. XXXVI).

45 — Já referido na nota 19.

duas faixas etárias teria sido considerada arbitrária e injustificável. O que aconteceu ao longo dos anos foi que a percepção da sociedade de formas mais subtis de diferença de tratamento em razão da idade evoluiu de uma aceitação irreflectida para um exame focalizado.

59. Pelos motivos que referi, parece-me, por conseguinte, que o acórdão Mangold deve ser lido no sentido de que a discriminação baseada na idade é uma manifestação específica da discriminação que é proibida pelo princípio geral bem conhecido no direito comunitário da igualdade de tratamento, um princípio que é, efectivamente, muito anterior ao artigo 13.º CE e à Directiva 2000/78. O artigo 13.º CE desempenha, depois, a sua quota-parte, ao reconhecer expressamente determinados (novos) tipos específicos de discriminação e ao habilitar o legislador comunitário a agir para combatê-los de determinadas formas e em determinados contextos.

60. Tal leitura também se coaduna com a função e com a estrutura da Directiva 2000/78.

61. Em primeiro lugar, esta directiva tem especificamente por objecto a questão do combate à discriminação com base designadamente na idade no emprego e na actividade profissional [46]. Como é óbvio, a discriminação baseada na idade pode surgir noutros contextos; mas estes não são (ainda) objecto de uma directiva de aplicação do artigo 13.º CE.

62. Em segundo lugar, não há dúvida de que os Estados-Membros previram que, após o termo do prazo de transposição, a igualdade de tratamento *tal como resulta da directiva* seria, de facto, aplicada «horizontalmente» a «todas as pessoas, tanto no sector público como no privado, incluindo os organismos públicos» [47].

63. Em terceiro lugar, ao mesmo tempo que define o que se deve entender por «princípio da igualdade de tratamento» nos domínios abrangidos pelo seu âmbito de aplicação [48] e também a discriminação directa e indirecta [49], a directiva prevê claramente que a diferenciação com base na idade no contexto do emprego e da actividade da profissional

46 — V. o título, o preâmbulo e o artigo 1.º

47 — Artigo 3.º, n.º 1.

48 — Artigo 2.º, n.º 1.

49 — No artigo 2.º, n.º 2, alíneas a) e b), respectivamente. A formulação destas disposições baseia-se na jurisprudência constante do Tribunal de Justiça em matéria de discriminação sexual.

não constitui sempre discriminação ilegal. Assim, distingue «diferenças de tratamento justificadas, nomeadamente por objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional, de discriminações que devem ser proibidas» [50]. Por conseguinte, estabelece um conjunto de regras específicas que definem os parâmetros que determinam qual a diferença de tratamento em razão (designadamente) da idade que é aceitável (e porquê).

64. O facto de se ter pretendido fazer uma abordagem mitigada da discriminação baseada na idade é, além disso, reforçado pela escolha que o legislador comunitário fez da directiva como medida legislativa nos termos do artigo 13.º CE. A adopção de um regulamento implica que este seja «obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros» [51]. A directiva, em contrapartida, «vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios» [52]. Uma tal medida legislativa, pela sua própria natureza, deixa um maior grau de flexibilidade aos Estados-Membros individuais.

65. A seguir, sugerirei, portanto, que o princípio geral da igualdade opera em determinadas circunstâncias de modo a proibir a discriminação baseada na idade, mas que não havia, *ab initio*, um princípio de direito comunitário autónomo, específico, que proibisse sempre a discriminação baseada na idade. Apresentarei, não obstante, a minha abordagem das questões prejudiciais concretas submetidas para a hipótese de estar errado quanto a essa questão.

Os princípios gerais de direito comunitário podem aplicar-se mesmo que a situação que deu origem ao pedido de decisão prejudicial não seja abrangida pelo direito comunitário?

66. Esta questão pode ser respondida com bastante facilidade. Todas as partes que apresentaram observações [53] coincidem

50 — Vigésimo quinto considerando e as disposições substantivas detalhadas do artigo 6.º, n.º 1.

51 — Artigo 249.º CE.

52 — *Ibid.* V. a relevância atribuída pelo Tribunal de Justiça a essa diferença no acórdão de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Colect., p. I-3325, n.os 22 a 24), ao recusar que a directiva também possa ter um efeito directo horizontal (rejeitando, assim, as sugestões de três advogados-gerais: o advogado-geral W. Van Gerven que apresentou as suas conclusões em 26 de Janeiro de 1993 no processo Marshall II (C-271/91, Colect., p. I-4367), o advogado-geral F. G. Jacobs que apresentou as suas conclusões em 27 de Janeiro de 1994 no processo Vaneetveld (C-316/93, Colect., p. I-763) e o advogado-geral C. O. Lenz que apresentou as suas conclusões em 9 de Fevereiro de 1994 no próprio processo Faccini Dori.

53 — B. Bartsch não apresentou observações escritas no Tribunal de Justiça e não foi representada na audiência.

no entendimento de que a resposta deve ser negativa. Em especial, o Tribunal de Justiça só pode interpretar um princípio geral de direito comunitário no contexto de um pedido de decisão prejudicial preliminar quando a situação que deu origem ao pedido de decisão prejudicial seja abrangida pelo âmbito de aplicação do direito comunitário [54].

A situação no processo principal é abrangida pelo direito comunitário?

67. A BSH, a Alemanha, os Países Baixos e o Reino Unido alegaram todos que nem o artigo 13.º CE, nem, antes do respectivo prazo de transposição, a Directiva 2000/78 podiam fazer com que a situação que deu origem ao processo principal integrasse o âmbito de aplicação do direito comunitário. O artigo 13.º CE é tão-só uma norma de habilitação sem efeito directo. De facto, se fosse susceptível de fornecer o necessário nexo, o próprio artigo proibiria directamente a discriminação baseada na idade, contrariando assim o seu teor literal. Quanto à Directiva 2000/78, o prazo de transposição e, de facto, a própria natureza da directiva significam que esta não pode fornecer uma ligação ao direito comunitário antes do termo desse prazo. Durante o respectivo prazo de transposição, as directivas têm como único efeito impedir a adopção pelos Estados-Membros de medidas incompatíveis [55]. No entanto, a directiva não alarga o âmbito de aplicação do direito comunitário durante esse prazo. Um tal efeito poria em causa a decisão do legislador. Por último, ao contrário da regulamentação nacional controvertida no acórdão Mangold, a cláusula da diferença de idades em questão no presente processo não transpôs uma disposição comunitária, nem foi adoptada durante o prazo de transposição da Directiva 2000/78.

68. A Comissão defende a opinião contrária. Observa que o Tribunal de Justiça tem interpretado o âmbito de aplicação do direito comunitário de uma forma muito ampla em situações de discriminação com base na nacionalidade em relação às liberdades previstas no Tratado, embora aceite que o presente processo não apresenta nenhuma relação com as liberdades ou com esse tipo de discriminação. A Comissão considera que o facto de o artigo 13.º CE ser uma norma de habilitação não o impede de fornecer a necessária conexão com o direito comunitário. No

54 — V., por exemplo, acórdão de 15 de Junho de 1978, Defrenne III (149/77, Colect., p. 1365, n.os 27 e 30) e de 29 de Maio de 1997, Kremzow (C-299/95, Colect., p. I-2629, n.º 15). Sobre o princípio geral da igualdade e da proibição da discriminação, v. acórdão de 12 de Dezembro de 2002, Caballero (C-442/00, Colect., p. I-11915, n.os 30 e 32), e Chacón Navas, já referido na nota 18, n.º 56. V. também Mangold, já referido na nota 2, n.º 75.

55 — No acórdão de 18 de Dezembro de 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Colect., p. I-7411, n.º 45), o Tribunal de Justiça decidiu que o artigo 10.º, segundo parágrafo, CE e o artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE exigem que, durante o prazo de transposição, os Estados-Membros se abstenham de adoptar disposições susceptíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito por essa directiva [v., por analogia, acórdão de 23 de Outubro de 2007, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (C-138/05, Colect., p. I-8339, n.º 42 e n.os 60 a 63 das minhas conclusões apresentadas nesse processo em 4 de Maio de 2006)]. Além disso, durante o prazo de transposição, os tribunais nacionais devem abster-se, *na medida do possível*, de interpretar o direito interno de modo susceptível de comprometer seriamente o objectivo prosseguido pela directiva depois do termo desse prazo. Contudo, resulta do acórdão de 4 de Julho de 2006, Adeneler e o. (C-212/04, Colect., p. I-6057, n.os 119 a 123) que esta obrigação é limitada pelos princípios gerais de direito, designadamente os princípios da segurança jurídica e da não retroactividade, e não pode servir de fundamento a uma interpretação *contra legem*.

acórdão Saldanha [56], o Tribunal de Justiça entendeu que uma norma de habilitação do Tratado [57] levou à integração de uma regulamentação nacional no âmbito de aplicação do Tratado [58].

69. Devo começar por observar que os princípios gerais de direito comunitário, embora fundamentais para o funcionamento adequado do direito comunitário, não são aplicáveis em abstracto [59]. Especificamente, as medidas nacionais só podem ser fiscalizadas com vista a determinar se cumprem tais princípios gerais se forem abrangidas pelo direito comunitário [60]. Para que tal se verifique, a disposição de direito nacional [61] em questão deve pertencer a uma de três categorias. Deve aplicar o direito comunitário (independentemente da amplitude do poder de apreciação de que goza o Estado-Membro e de a medida nacional exceder o estritamente necessário à aplicação do direito comunitário) [62]. Deve invocar alguma derrogação permitida ao abrigo do direito comunitário [63]. Ou, de outra forma, ser abrangida pelo direito comunitário porque uma determinada regulamentação substantiva específica de direito comunitário é aplicável à situação [64].

70. A regulamentação nacional em questão no acórdão Mangold consistia em medidas de direito público especificamente adoptadas pelo Estado-Membro em questão (Alemanha) por força de uma obrigação de direito comunitário (a transposição da Directiva 1999/70). O prazo de transposição dessa directiva já tinha expirado há muito tempo. Havia, por conseguinte, um quadro jurídico comunitário de normas relevantes — a Directiva 1999/70 e a sua aplicação no direito nacional — ao qual podia ser aplicado o princípio geral da igualdade de tratamento (incluindo a igualdade de tratamento independentemente da idade).

56 — Acórdão de 2 de Outubro de 1997, Saldanha (C-122/96, Colect., p. I-5325, n.º 23).

57 — Artigo 54.º, n.º 3, alínea g), do Tratado CE [actual artigo 44.º, n.º 2, alínea g), CE].

58 — A Comissão não fez esta alegação em relação à Directiva 2000/78.

59 — V. ainda Tridimas, T. — *The General Principles of EU Law*, 2.ª ed., 2006, pp. 36 a 42; e Temple Lang, J. — «The Sphere in which Member States are Obliged to Comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles», *Legal Issues of European Integration*, 1991, pp. 23 a 35.

60 — V., por exemplo, acórdão de 30 de Setembro de 1987, Demirel (12/86, Colect., p. I-3719, n.º 28); e Kremzow, já referido na nota 54, n.ºs 15 a 19.

61 — Entendo por «disposição de direito nacional» uma regulamentação de direito público ou (se a regulamentação de direito público em questão apenas transfere competências legislativas para um organismo quase-público ou privado) uma regulamentação que resulte essencialmente do direito público e cujas opções sociais e políticas se podem razoavelmente considerar um reflexo da orientação estabelecida pelas autoridades públicas do Estado-Membro [v. o critério cuidadoso definido pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 12 de Julho de 1990, Foster e o. (C-188/89, Colect., p. I-3313, n.º 22), aplicável quando um organismo é considerado parte do «Estado» para efeitos do efeito vertical directo].

62 — V., por exemplo, acórdão de 27 de Setembro de 1979, Eridania (230/78, Recueil, p. 2749, n.º 31); de 18 de Fevereiro de 1982, Zuckerfabrik Franken (77/81, Recueil, p. 681, n.ºs 22 a 28); de 25 de Novembro de 1986, Klensch e o. (201/85 e 202/85, Colect., p. I-3477, n.ºs 10 e 11); de 13 de Julho de 1989, Wachauf, (5/88, Colect., p. I-2609, n.ºs 17 a 22); e de 10 de Julho de 2003, Booker Aquaculture e Hydro Seafood (C-20/00 e C-64/00, Colect., p. I-7411, n.ºs 88 a 93).

63 — V., por exemplo, acórdão de 18 de Junho de 1991, ERT (C-260/89, Colect., p. I-2925, n.ºs 41 a 45); e acórdão de 26 de Junho de 1997, Familiapress (C-368/95, Colect., p. I-3689, n.º 24).

64 — V., por exemplo, acórdãos de 25 de Março de 2004, Karner (C-71/02, Colect., p. I-3025, n.ºs 48 a 53) (entrave potencial ao comércio intracomunitário), de 5 de Maio de 1981, Comissão/Reino Unido (804/79, Recueil, p. 1045, n.ºs 23 a 30) (Estados-Membros que actuam como representantes da Comunidade numa área da competência exclusiva da Comunidade); e de 18 de Dezembro de 1997, Molenheide e o. (C-286/94, C-340/95, C-401/95 e C-47/96, Colect., p. I-7281, n.ºs 45 a 48) (medidas adoptadas por um Estado-Membro no exercício da sua competência em matéria de IVA).

71. A esta luz, os principais parágrafos da decisão do Tribunal de Justiça no processo Mangold são bastante mais compreensíveis. Depois de concluir que o princípio geral da igualdade inclui a proibição da discriminação baseada na idade [65], o Tribunal de Justiça começou por recordar o seu dever de «fornecer todos os elementos de interpretação necessários à apreciação, pelo órgão jurisdicional nacional, da conformidade da regulamentação [nacional] com esse princípio» quando «[esta] regulamentação nacional integre o âmbito de aplicação [do direito comunitário]» [66]. A regulamentação nacional em questão era uma «medida de transposição da Directiva 1999/70» [67]. Era, portanto, abrangida pelo direito comunitário e o seu conteúdo susceptível também de aplicação do princípio geral da igualdade — neste caso, a proibição da discriminação baseada na idade (arbitrária).

72. Dado que os princípios gerais são fundamentais para o todo do sistema de direito comunitário, concluía-se a seguir que «o respeito do princípio geral da igualdade de tratamento, especialmente em razão da idade [não podia] enquanto tal, depender do termo do prazo concedido aos Estados-Membros para transporem a [Directiva 2000/78] [68] ». A Directiva 2000/78 era apenas «destinada a aplicar um quadro geral de luta contra as discriminações em razão da idade» [69]. No contexto particular do acórdão Mangold, contudo, o princípio geral podia ser aplicado sem outras precisões à regulamentação nacional de aplicação da Directiva 1999/70. Por conseguinte, cabia ao órgão jurisdicional nacional aplicar o princípio fundamental ao processo que lhe foi submetido e, se necessário, afastar uma disposição de direito nacional para garantir uma protecção efectiva [70].

73. No presente processo, *não* existe uma regulamentação substantiva específica relevante de direito comunitário que regule a situação susceptível de aplicação do princípio geral da igualdade. Ao contrário do acórdão Mangold, não existe uma regulamentação nacional de aplicação de uma directiva cujo prazo de transposição já tenha expirado. Não há nenhuma disposição do tratado, nem nenhuma outra legislação comunitária secundária, que sejam aplicáveis. Existe apenas o artigo 13.º CE [71] (uma norma de habilitação que carece de efeito directo) e a Directiva 2000/78 (cujo prazo de

65 — N.º 74.

66 — Ambas citações do n.º 75.

67 — *Ibid*.

68 — N.º 76.

69 — *Ibid*.

70 — N.ºs 77 e 78. A regra da protecção efectiva aqui invocada já resultava do acórdão de 9 de Março de 1978, Simmenthal (106/77, Colect., p. 243) e foi confirmada no acórdão de 19 de Junho de 1990, Factortame (C-213/89, Colect., p. I-2433).

71 — Ao contrário do alegado pela Comissão, a situação no caso em apreço é diferente da do acórdão Saldanha, já referido na nota 56. Nesse processo, o Tribunal de Justiça defendeu que as normas que, no domínio do direito das sociedades, visam a protecção dos interesses dos sócios se incluem no âmbito de aplicação do Tratado e estão, portanto, sujeitas à proibição de qualquer discriminação em razão da nacionalidade. Isso deve-se ao facto de que o artigo 44.º, n.º 2, alínea g), CE «atribui ao Conselho e à Comissão competência para concretizarem a liberdade de estabelecimento, para coordenarem, na medida em que tal seja necessário e a fim de as tornar equivalentes, as garantias que são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo [48.º CE] para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros». Esta afirmação deve ser lida no contexto de todo o capítulo do Tratado CE sobre o direito de estabelecimento (Título III, Capítulo 2), bem como, à data em que foi proferido o acórdão Saldanha (1997), de um grande quadro legislativo de directivas: v., em geral, Edwards, V. — *CE Company Law*, 1999 e, especificamente, sobre o âmbito de aplicação do artigo 44.º, n.º 2, alínea g), CE, pp. 5 a 9. Esta situação é claramente diferente do caso em apreço.

transposição, à data dos factos, ainda estava em curso e que, por conseguinte, não pode ser considerada).

74. Nestas circunstâncias, não é possível invocar o princípio geral da igualdade para *criar* uma regulamentação substantiva de direito comunitário aplicável, e para *determinar* como deve ser aplicada essa regulamentação substantiva.

75. Considero, portanto que não existe uma regulamentação substantiva de direito comunitário específica que possa servir de base para a aplicação do princípio geral da igualdade à situação que deu origem ao pedido de decisão prejudicial. Respondo à primeira questão, alínea b), nesse sentido.

76. A minha análise desta questão seria a mesma se, ao contrário do que referi acima, houvesse um princípio específico de direito comunitário que proibisse a discriminação baseada na idade (em lugar de um princípio geral da igualdade de tratamento que inclui a igualdade de tratamento independentemente da idade).

77. A análise desenvolvida até este ponto é suficiente, em meu entender, para responder ao órgão jurisdicional nacional. Por conseguinte, examinarei a seguir, a título subsidiário (no caso de o Tribunal de Justiça chegar a uma conclusão diferente em relação à primeira questão), as questões 2 e 3.

Segunda questão

78. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende essencialmente saber se a proibição da discriminação baseada na idade identificada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Mangold pode ser aplicada horizontalmente [72].

72 — Parece-me incorrecto utilizar o termo «efeito directo» (seja vertical ou horizontal) para descrever o impacto de um princípio geral de direito comunitário. «Efeito directo» num artigo dos Tratados ou numa disposição de uma directiva significa que o particular pode basear-se no texto de direito comunitário incondicional, preciso e claro para afastar qualquer disposição de direito nacional contrária (ou para preencher uma lacuna). Em contrapartida, um princípio geral de direito comunitário é aplicado a um conjunto de normas legislativas e afecta a interpretação a dar-lhes. Por vezes, poderá levar a que não seja permitida uma determinada interpretação. Mas o princípio geral não actua, enquanto tal, como um substituto para um texto legislativo existente. Em meu entender, não é, portanto, «directamente aplicável», embora possa, sem dúvida, afectar, e por vezes afecte, a correcta aplicação do direito.

Os princípios gerais de direito comunitário podem ser aplicados horizontalmente?

79. É sabido que os princípios gerais de direito comunitário podem ser invocados *verticalmente* contra o Estado. Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça decidiu que diversas medidas nacionais eram excluídas pelo direito comunitário pelo facto de serem incompatíveis com o princípio geral da igualdade de tratamento [73] ou com manifestações específicas desse princípio, tais como a proibição de discriminação em razão da nacionalidade em diferentes contextos [74], o respeito dos direitos fundamentais [75], o princípio da protecção da confiança legítima [76] e o princípio da proporcionalidade [77].

80. A questão que se coloca é a de saber se *qualquer* princípio geral de direito comunitário é, ou deve ser, susceptível de *aplicação horizontal*.

81. No acórdão Bostock, o Tribunal de Justiça decidiu que o princípio da igualdade de tratamento não podia, numa situação resultante do regime comunitário das quotas leiteiras, alterar de forma retroactiva as relações das partes no contrato de arrendamento, designadamente por via do efeito directo [78]. No acórdão Otto, foi decidido que a protecção contra a admissão de uma violação das regras da concorrência, como parte dos direitos de defesa de um particular, não se aplicava numa situação entre dois particulares [79].

82. Não penso que estes dois acórdãos declarem necessariamente que os princípios gerais de direito comunitário nunca se podem aplicar horizontalmente. Se o

73 — V., por exemplo, os acórdãos Klensch e Wachauf, ambos já referidos na nota 62 (ambos envolvendo a organização comum de mercado no sector do leite e dos produtos lácteos); os processos referidos pelo advogado-geral A. Tizzano na nota 27 das suas conclusões no processo Mangold, já referido na nota 2; e as conclusões do advogado-geral J Kokott, apresentadas em 13 de Dezembro de 2007, no processo Marks & Spencer (acórdão de 10 de Abril de 2008, C-309/06, ainda não publicado na colectânea) (reembolsos de IVA).

74 — V., por exemplo, acórdão de 13 de Fevereiro de 1985, Gravier (293/83, Recueil, p. 593) (acesso à formação profissional); acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, Blaizot (24/86, Colect., p. 379) (acesso à educação universitária); acórdão de 27 de Setembro de 1988, Comissão/ Bélgica (42/87, Colect., p. 5445) (subsídios de educação); acórdão de 20 de Outubro de 1993, Phil Collins e o. (C-92/92 e C-326/92, Colect., p. I-5145) (direitos de propriedade intelectual); acórdão de 26 de Setembro de 1996, Data Delecta (C-43/95, Colect., p. I-4661) (processo judicial).

75 — V., por exemplo, acórdãos de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651) (fiscalização jurisdicional efectiva no contexto dos «requisitos para o exercício da actividade profissional» como justificação de uma diferença de tratamento entre homens e mulheres); Wachauf, já referido na nota 62 (direito à propriedade no contexto da organização comum de mercado no sector do leite e dos produtos lácteos); acórdão de 11 de Julho de 2002, Carpenter (C-60/00, Colect., p. I-6279) (direito ao respeito da vida familiar no contexto de uma potencial restrição à livre prestação de serviços).

76 — V., por exemplo, acórdão de 11 de Julho de 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Colect., p. I-6325 (confiança legítima no contexto de um novo prazo de limitação nacional durante o qual pode ser pedido o reembolso de quantias pagas em violação do direito comunitário).

77 — V., por exemplo, acórdão de 19 de Junho de 1980, Testa e o. (41/79, 121/79 e 796/79, Recueil, p. 1979) (poder discricionário do Estado-Membro de alargamento do período em relação ao qual é adquirido o direito às prestações de desemprego, nos termos do artigo 69.º, n.º 2, de Regulamento n.º 1408/71; e o acórdão Garage Molenheide, já referido na nota 64.

78 — Acórdão de 24 de Março de 1994, Bostock (C-2/92, Colect., p. I-955, n.º 24). Para um comentário sobre o acórdão Bostock e, em geral, sobre a aplicação de princípios gerais contra particulares, v. Tridimas, já referido na nota 59, pp. 47 a 50.

79 — Acórdão de 10 de Novembro de 1993, Otto (C-60/92, Colect., p. I-5683, n.º 16).

princípio da igualdade de tratamento tivesse sido aplicado no acórdão Bostock, teria atribuído ao direito nacional um efeito retroactivo (ofendendo, assim, outros princípios fundamentais) [80]. O princípio invocado no acórdão Otto destina-se a proteger o particular contra as sanções penais ou administrativas. Sempre que o processo entre particulares não pudesse levar, mesmo indirectamente, a uma tal consequência, a protecção ficaria sem objecto [81].

83. Na medida em que os princípios gerais são aplicados verticalmente, estes permitem aos particulares invocar direitos fundamentais contra o Estado. Contudo, restringir a invocação de tais direitos às situações verticais implica o risco de se criar a mesma distinção (por vezes artificial) entre o sector público e privado que é conhecida no caso das directivas [82].

84. Além disso, o Tribunal de Justiça reconheceu, em determinadas ocasiões, que o princípio geral da igualdade de tratamento pode ser aplicado horizontalmente quando integrado num artigo substantivo do Tratado. Assim, em Walrave e Koch, considerou que a proibição das discriminações em razão da nacionalidade contida nos actuais artigos 12.º, 39.º e 49.º CE se impõe não apenas à actuação das autoridades públicas mas abrange também as regulamentações de organismos privados, destinadas a disciplinar, de forma colectiva, o trabalho assalariado e as prestações de serviços e que a regra da não discriminação se impõe na apreciação de todas as relações jurídicas localizadas no território da Comunidade [83]. O acórdão Walrave e Koch tinha por objecto uma associação privada que tinha uma função reguladora e que talvez pudesse, portanto, constituir uma emanação do Estado. O Tribunal de Justiça foi mais longe no acórdão Angonese, que tinha por objecto o acesso ao emprego num banco privado, e decidiu que «há que considerar que a proibição da discriminação em razão da nacionalidade, enunciada no [artigo 39.º CE] se aplica [...] às pessoas privadas» [84].

85. No acórdão Mangold, o Tribunal de Justiça aplicou o princípio geral da igualdade

80 — V. n.º 37 das conclusões de 15 de Junho de 1993 do advogado-geral C. Gulmann.

81 — V. o acórdão Otto, já referido na nota 79, n.º 17.

82 — Aos princípios gerais podem-se aplicar alguns, mas não todos os argumentos a favor e contra o efeito horizontal das directivas. Para uma análise destes argumentos, v. Prechal, S. — *Directives in EC Law*, 2.ª ed., 2005, pp. 255 a 261.

83 — Acórdão de 12 de Dezembro de 1974, Walrave e Koch (36/74, Recueil, p. 595, n.os 17 e 18). V. também acórdãos de 11 de Dezembro de 2007, Viking (C-438/05, ainda não publicado na colectânea, n.os 33 a 38 e 57 a 66) e de 18 de Dezembro de 2007, Laval (C-341/05, Colect., p. I-10779, n.os 86 a 111), no qual o Tribunal de Justiça decidiu que os artigos 43.º e 49.º CE se aplicam às relações entre organizações sindicais e empresas privadas. No acórdão Viking, o Tribunal de Justiça não se referiu expressamente à proibição de discriminação subjacente ao artigo 43.º CE. No acórdão Laval, no entanto, recordou a sua jurisprudência segundo a qual o «artigo 12.º CE, que consagra o princípio geral da não discriminação em razão da nacionalidade, apenas se aplica de modo autónomo às situações regidas pelo direito comunitário para as quais o Tratado não preveja normas específicas de não discriminação [...] Ora, no que respeita à livre prestação de serviços, esse princípio foi consagrado e concretizado pelo artigo 49.º CE [...]» (n.os 54 e 55)

84 — Acórdão de 6 de Junho de 2000, Angonese (C-281/98, Colect., p. I-4139, n.º 36).

de tratamento (incluindo a igualdade de tratamento independentemente da idade) a um litígio privado entre particulares, embora regido por regulamentação nacional de direito público adoptada para a aplicação de uma obrigação de direito comunitário (Directiva 1999/70). Parece-me, portanto, que se deve ponderar cuidadosamente antes de excluir a possibilidade de que um princípio geral de direito comunitário possa, em circunstâncias adequadas, ser aplicado horizontalmente.

Aplicação horizontal no presente processo?

86. Já referi que, no meu entender, a situação que deu origem ao pedido de decisão prejudicial não é abrangida pelo direito comunitário [85].

87. Nestas circunstâncias, considero que o princípio geral da igualdade e, especificamente, a igualdade de tratamento independentemente da idade identificada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Mangold, não podem ser aplicados horizontalmente. Ao dizê-lo, *aceito* que um tal princípio pode ser aplicado (tanto vertical como horizontalmente) desde que o seja dentro de um determinado quadro jurídico comunitário [86].

88. Contudo, quando não exista este quadro, como no presente processo, o princípio geral da igualdade, e especificamente da igualdade de tratamento independentemente da idade, não tem nada a que se aplicar. Portanto, o princípio pode ser aplicado (vertical ou horizontalmente) a não ser e até que o legislador comunitário tenha adoptado as necessárias medidas de execução, nos termos do artigo 13.º CE, e tenha expirado o eventual prazo de transposição. Logo que tal se tenha verificado, o princípio geral não será aplicado autonomamente, mas utilizado — tal como indicou o advogado-geral Mazák [87] — para interpretar a legislação de aplicação.

89. Assim, a forma precisa como um Estado-Membro opta por fazer uso da excepção, no artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 2000/78, da proibição da discriminação baseada na idade está, naturalmente, sujeita à fiscalização do Tribunal de Justiça à luz do princípio geral da igualdade e, especificamente, da igualdade de tratamento independentemente da idade. Esta fiscalização garante que as opções sociais e políticas do

85 — V. n.os 67 a 75.

86 — V. a análise nos n.os 69 a 76, *supra*. Na minha opinião era esse o caso no processo Mangold.

87 — No n.º 136 das suas conclusões apresentadas no processo Palacios de la Villa, já referidas na nota 20.

Estado-Membro correspondem aos termos da excepção e, portanto, à margem de apreciação deixada ao Estado-Membro [88].

90. Também concordo com o Reino Unido que não é adequado esperar que uma entidade patronal privada faça, sem orientação, as escolhas sociais e políticas subjacentes à excepção prevista no artigo 6.º, n.º 1. O Estado-Membro foi expressamente incumbido de fazer estas escolhas e de assumir a responsabilidade pelas mesmas.

91. Acrescento, desde já, que logo que um Estado-Membro tenha transposto a Directiva 2000/78, tanto a regulamentação que o Estado-Membro adopte através da sua legislação, como a aplicação dessa regulamentação por uma entidade patronal individual, no âmbito dos acordos jurídicos privados que estabelecer com os seus trabalhadores, serão objecto de controlo jurisdicional por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais e, caso aplicável, por parte deste Tribunal. O artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 2000/78 precisa, sem margem para dúvidas, que o princípio geral da igualdade e, especificamente, a igualdade de tratamento independentemente da idade, que operam através da directiva se aplicam a «todas as pessoas, tanto no sector público como no privado, incluindo os organismos públicos, no que diz respeito [...] c) às condições de emprego e de trabalho, incluindo [...] a remuneração».

92. Com base nesta análise, uma vez expirado o prazo de transposição da Directiva 2000/78 [89], o princípio geral da igualdade e, especificamente, a igualdade de tratamento independentemente da idade, podiam, de facto, ser invocados «horizontalmente», *operando através da* Directiva 2000/78, sem necessidade de qualquer outro elemento que faça com que a relação de emprego integre o âmbito de aplicação do direito comunitário. As opções feitas pelos Estados-Membros na aplicação desta directiva devem ser apreciadas a esta luz.

93. Por conseguinte, sugiro que (se necessário) o Tribunal de Justiça decida, em resposta à segunda questão prejudicial submetida pelo órgão jurisdicional nacional, que o princípio geral da igualdade e,

88 — «É incontestável que os Estados-Membros dispõem de um amplo poder de apreciação na escolha das medidas susceptíveis de realizar os seus objectivos em matéria de política social e de emprego»: v. acórdão Mangold, já referido na nota 2, n.º 63, e Palacios de la Villa, já referido na nota 20, n.º 68. No acórdão Mangold, o Tribunal de Justiça concluiu que as medidas em questão não respeitavam o critério da proporcionalidade (n.º 65). No entanto, no acórdão Palacios de la Villa, considerou que as autoridades nacionais não foram desrazoáveis ao considerarem que a medida controvertida poderia ser apropriada e necessária (n.º 72).

89 — Em relação à Alemanha, este prazo expirou em 2 de Dezembro de 2006: v. n.º 12.

especificamente, a igualdade de tratamento independentemente da idade, não podem ser aplicados entre entidade patronais privadas, por um lado, e os respectivos trabalhadores ou pensionistas e os seus cônjuges sobrevivos, por outro, como fundamento para impugnar uma regulamentação de direito privado que não foi adoptada em aplicação de uma obrigação de direito comunitário ou beneficiar de uma excepção admitida pelo direito comunitário, se não existir uma norma substantiva de direito comunitário aplicável noutra base.

tratamento independentemente da idade? Por outro lado, o que é que o legislador comunitário pretendeu cobrir com o princípio da igualdade de tratamento independentemente da idade formulado na Directiva 2000/78?

Terceira questão

Análise com base num princípio geral que proíbe a discriminação baseada na idade

Terceira questão, alínea a)

94. O órgão jurisdicional de reenvio pretende essencialmente saber se uma disposição como uma cláusula da diferença de idades de um regime profissional de pensões de reforma entra no âmbito do princípio geral da igualdade e, especificamente, da igualdade de tratamento independentemente da idade.

95. Existem duas possíveis abordagens à análise desta questão. Por um lado, que tipos de discriminação baseada na idade são abrangidos pelo princípio geral da igualdade e, especificamente, pela igualdade de

96. A primeira questão que se coloca é a de saber se o princípio geral abrange tanto as idades relativas como as idades absolutas. A resposta a essa questão depende do que se entende por «discriminação baseada na idade relativa». Poder-se-ia considerar que o termo abrange apenas o tratamento menos favorável de (um indivíduo) porque este é um determinado número de anos mais velho (ou mais jovem) do que B (outro indivíduo) ou C (um grupo de indivíduos). Mais amplamente, também se poderia considerar que este abrange o tratamento menos favorável de E e F (um par de indivíduos, considerados conjuntamente) porque a diferença de idades entre estes, enquanto par, é superior ou inferior à diferença de idades entre outros pares comparáveis de indivíduos (G e H, I e J, e assim sucessivamente).

97. Em meu entender, a discriminação baseada na idade relativa abrange estas duas situações. Ambas utilizam a idade como critério justificativo da diferença de tratamento negativa e não vejo nenhum motivo plausível para as distinguir. A mesma lógica leva-me a concluir que não existe nenhum motivo para excluir a discriminação baseada em idades relativas do âmbito do princípio geral da igualdade e, especificamente, da igualdade de tratamento independentemente da idade. A idade da pessoa, mesmo expressa não em termos absolutos, mas relativos, continua a ser a base da decisão que produz um efeito negativo para a pessoa em causa.

98. Esta abordagem também resolve a questão de saber se só é abrangida pela proibição a discriminação resultante da cláusula da diferença de idades que afecta o trabalhador falecido, ou se a discriminação que afecta o *cônjuge sobrevivo* (neste caso, B. Bartsch) também é abrangida. A discriminação (em comparação com casais mais próximos em termos de idade) resulta das características combinadas do casal e está, claramente, relacionada com a idade. É evidente que alguém que é *mais* de 15 anos mais jovem do que o seu cônjuge falecido, como B. Bartsch, é tratado menos favoravelmente do que seria se estivesse numa situação comparável [ou seja, a de um(a) viúvo(a)], mas fosse *menos* de 15 anos mais jovem do que o seu cônjuge falecido. Tal tratamento é directamente discriminatório entre diferentes categorias de viúvos(as) de trabalhadores em relação à aquisição ou exclusão de direitos de pensão de reforma. O resultado negativo resulta directamente da aplicação de um critério de idade (uma diferença de idade superior a 15 anos) para determinar o direito a pensão. B. Bartsch é afectada negativamente pelo facto de não receber a pensão. A autonomia pessoal [90] de Max Hubert Bartsch foi afectada de forma negativa pelo facto de não poder deixar à sua mulher recursos económicos adequados após a sua morte e de ver penalizado o exercício da sua liberdade de escolher uma mulher mais de 15 anos mais jovem.

99. A aplicação por analogia da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de discriminação directa em razão do sexo levaria à conclusão de que, não podendo a discriminação directa ser justificada de forma objectiva (v., por exemplo, o acórdão Dekker) [91], é proibido todo o tratamento que diferencie directamente em razão da idade. Não obstante, o legislador comunitário parece ter previsto claramente, na Directiva 2000/78, que certas categorias de tal tratamento *deverão* ser susceptíveis de justificação objectiva [92]. No meu entender, isso reforça a análise que fiz em relação à resposta à segunda questão.

90 — Sobre a importância da escolha para autonomia pessoal, v. as conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro no processo Coleman, já referidas na nota 43, n.os 9 a 11, e as obras referidas nas respectivas notas.

91 — Acórdão de 8 de Novembro de 1990, Dekker (C-177/88, Colect., p. I-3941, n.º 12). V. ainda Ellis, E. — *EU Anti-Discrimination Law*, 2.ª ed., 2005, pp. 111 a 113.

92 — V. n.os 109 e 110, *infra*.

Análise à luz da Directiva 2000/78

100. O artigo 3.º, n.º 1, aplica a directiva a «todas as pessoas, tanto no sector público como no privado, incluindo os organismos públicos, no que diz respeito […] c) às condições de emprego e de trabalho, incluindo […] a remuneração». Segundo a jurisprudência constante, uma pensão de sobrevivência é abrangida pelo conceito de «remuneração», nos termos do artigo 141.º CE, enquanto regalia que tem a sua origem na relação de emprego do cônjuge falecido [93].

101. O contrato de trabalho criou uma relação de emprego entre Max Hubert Bartsch e a BSH. A pensão de sobrevivência constitui «remuneração» nos termos do artigo 141.º CE e, portanto, também para os efeitos do artigo 3.º, n.º 1, de Directiva 2000/78. Após o termo do prazo de transposição da Directiva 2000/78, a validade da cláusula da diferença de idades deveria, por conseguinte, ser apreciada à luz da directiva.

102. No que se refere aos tipos de discriminação baseada na idade abrangidos, parece-me que, à luz da directiva, se aplicam os mesmos argumentos aplicados na análise à luz do princípio geral. Estes são confirmados por um conjunto de características específicas da directiva.

103. Em primeiro lugar, resulta claramente do vigésimo quinto considerando que a discriminação baseada na idade na acepção da directiva é um conceito amplo. Tal também é coerente com os princípios normais de interpretação, que exigem que o conceito de discriminação previsto no artigo 2.º seja lido de forma ampla, enquanto que as justificações e excepções nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), i), e nos termos do artigo 6.º devem ser interpretadas de forma estrita. Fazer uma leitura do artigo 2.º no sentido de que apenas é aplicável a idades absolutas («a entidade patronal trata o trabalhador de 50 anos de idade de forma menos favorável do que o de 40 anos de idade») seria interpretar o princípio previsto neste artigo de forma estrita. Não é esta a forma como o Tribunal de Justiça tem interpretado a discriminação sexual [94], ou qualquer outra liberdade fundamental baseada no Tratado.

93 — V. acórdãos de 9 de Outubro de 2001, Menauer (C-379/99, Colect., p. I-7275, n.º 18 e a jurisprudência aí referida), e de 7 de Janeiro de 200, K.B. (C-117/01, Colect., p. I-541, n.º 26).

94 — Assim, a discriminação sexual inclui a discriminação com origem na mudança de sexo. V. acórdão de 30 de Abril de 1996, P. v S. (C-13/94, Colect., p. I-2143, n.ºs 17 a 20), e de 27 de Abril de 2006, Richards Colect. (C-423/04, Colect., p. I-3585, n.º 24). No acórdão Grant, já referido na nota 21, n.º 42 (que, no entanto, é anterior à entrada em vigor do Tratado de Amesterdão e, por conseguinte, à introdução do artigo 13.º no Tratado CE), o Tribunal de Justiça entendeu que esta não abrangia as diferenças de tratamento baseadas na orientação sexual de uma pessoa.

104. Em segundo lugar, como observa a Comissão, a leitura do artigo 2.º no sentido de que apenas é aplicável a idades absolutas facilitaria a evasão à proibição da discriminação que este contém. Uma entidade patronal astuta poderia evitar a proibição, remodelando as suas actuais práticas discriminatórias em termos de idades relativas, em vez de idades absolutas.

105. Interpreto, portanto, a directiva no sentido de que a discriminação em razão tanto da idade absoluta como da idade relativa. Na minha análise do princípio geral, sugeri que a «discriminação baseada na idade relativa» abrange tanto o tratamento discriminatório que afecta o trabalhador falecido como o tratamento discriminatório que afecta o cônjuge sobrevivo [95]. Não posso compreender que, neste contexto, o princípio contido no artigo 2.º da Directiva 2000/78, que se destina a «pôr em prática» o princípio da igualdade de tratamento [96], deva ser interpretado de uma forma mais estrita do que esse princípio geral.

106. Por conseguinte, parto do princípio de que uma cláusula da diferença de idades, como a que está em causa no processo submetido ao órgão jurisdicional nacional, é susceptível de constituir discriminação directa para os efeitos do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), de Directiva 2000/78 [97], em relação tanto a Max Hubert Bartsch, como ao cônjuge sobrevivo, B. Bartsch. Deve, contudo, recordar-se que, à data dos factos, o prazo de transposição dessa directiva para o direito nacional na Alemanha ainda não tinha expirado.

Terceira questão, alínea b)

107. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, no caso de uma disposição como a cláusula da diferença de idades dar origem a diferenças de tratamento, esta discriminação pode ser justificada pelo interesse da entidade patronal na limitação dos riscos assumidos pelos regimes de pensão de reforma voluntários (e o seu desejo de tornar estes riscos mais quantificáveis) [98]. No entanto, parece-me que, logo que um risco seja quantificável, deixa de ser um «risco» e passa a ser uma obrigação previsível que deverá ser provisionada. Também parece claro que a análise actuarial quantificará as obrigações que poderão surgir em consequência de «diferenças de idade». Por conseguinte, parto do princípio de que o órgão jurisdicional de reenvio pretende essencialmente saber se a discriminação pode ser justificada pelo interesse da entidade patronal em estabelecer um limite geral

95 — V. n.º 98.

96 — Artigo 1.º da Directiva 2000/78.

97 — Nos termos desta disposição, considera-se que existe *discriminação directa* «sempre que [...] uma pessoa seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável», em razão, designadamente, da idade. A discriminação indirecta é definida no artigo 2.º, n.º 2, alínea b). V. n.º 109.

98 — V. n.º 17 *supra*.

para os custos suportados por um regime de pensão voluntário.

108. A Directiva 2000/78 prevê um quadro analítico adequado para abordar esta questão. Se os factos que deram origem ao presente pedido de decisão prejudicial tivessem ocorrido antes do termo do prazo de transposição for Directiva 2000/78, uma cláusula da diferença de idades num regime de pensão suplementar privado do tipo operado pela BSH teria sido susceptível de justificação?

109. A Directiva 2000/78 define tanto a indiscriminação directa como a indirecta na acepção do artigo 2.º As duas partes do artigo 2.º, n.º 2, começam da mesma forma: «Considera-se que existe discriminação […] sempre que». O artigo 2.º, n.º 2, alínea a), define a discriminação directa sem sugerir que esta possa, em princípio, ser susceptível de justificação. O artigo 2.º, n.º 2, alínea b), em contrapartida, refere que «considera-se que existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem […] pessoas de uma determinada classe etária […] comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática sejam objectivamente justificados por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários […]». Ou seja, se a condição prevista no artigo 2.º, n.º 2, alínea b), estiver preenchida, não se considerará que existiu indiscriminação directa (caso contrário, houve discriminação). À primeira vista, isso poderia parecer sugerir (*a contrario*) que a discriminação abrangida pelo artigo 2.º, n.º 2, alínea a), *não* é susceptível de justificação objectiva. Contudo, existe obviamente uma sobreposição entre os termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), e o quadro de justificação (alargada) com base em fundamentos objectivos da discriminação baseada na idade consagrado no artigo 6.º

110. O artigo 6.º, n.º 1, de Directiva 2000/78 trata unicamente da justificação de um tipo específico de diferença de tratamento: a discriminação baseada na idade. Começa com as palavras «sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 2.º, os Estados-Membros podem prever […]». Neste artigo, o legislador não faz distinção entre o artigo 2.º, n.º 2, alínea a), (discriminação directa) e o artigo 2.º, n.º 2, alínea b), (indiscriminação directa). Pelo contrário, aos Estados-Membros é permitido prever que quaisquer diferenças de tratamento abrangidas pelo artigo 2.º, n.º 2, «não constituam discriminação se forem objectiva e razoavelmente justificadas, no quadro do direito nacional, por um objectivo legítimo […] e desde que os meios para realizar esse objectivo sejam apropriados e necessários». Determinados «objectivo legítimos» específicos são expressamente identificados («incluindo objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional»), no que não pretende ser (dada a utilização da palavra «incluindo») uma lista taxativa. Depois desta introdução, as alíneas a), b) e (c) identificam a seguir (novamente, de forma não exaustiva) determinados tipos de diferença de tratamento que parecem

envolver em parte a discriminação directa [99], e em parte a indiscriminação directa [100] em razão da idade. O artigo 6.º, n.º 2, prevê alguns tipos de diferença de tratamento relacionados com a idade para os regimes profissionais de segurança social.

111. É correcto dizer que a maioria dos exemplos específicos de diferença de tratamento «aceitável» do artigo 6.º, n.º 1, envolve a utilização *directa* da idade como um critério de decisão («trabalhadores mais velhos», «condições mínimas de idade», «a idade máxima de contratação») [101]. Assim, o critério de decisão não é «uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra» (conforme identificado no artigo 2.º, n.º 2, alínea b), no âmbito da definição de indiscriminação directa). É, pelo contrário, muitas vezes, uma diferença de tratamento em razão da idade, pura e simples.

112. A única conclusão lógica a tirar é a de que a Directiva 2000/78 permite expressamente tipos *particulares* de diferença de tratamento baseados *directamente* na idade, *desde que* estes sejam «objectiva e razoavelmente justificad[o]s [...] por um objectivo legítimo [...] e desde que os meios para realizar esse objectivo sejam apropriados e necessários». Esta análise do texto é apoiada pelo acórdão Palacios de la Villa [102] do Tribunal de Justiça, que tinha por objecto uma cláusula de reforma obrigatória prevista na legislação nacional [103]. O décimo quarto considerando da Directiva 2000/78 refere que «[a] presente directiva não afecta [[104]] as disposições nacionais que fixam as idades da reforma». No entanto, a directiva não contém nenhuma disposição substantiva que isente as cláusulas de reforma obrigatória do seu âmbito de aplicação. O Tribunal de Justiça considerou que uma tal cláusula era abrangida pela directiva e constituía uma discriminação directa em razão da idade [105]. Não obstante, decidiu que esta prosseguia um objectivo que podia, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da directiva, justificar objectiva e razoavelmente uma diferença de tratamento com base na idade [106].

113. A cláusula da diferença de idades não se enquadra perfeitamente em nenhum dos

99 — Por exemplo, a fixação de uma idade máxima de contratação em determinados casos [o artigo 6.º, n.º 1, alínea c)].

100 — Por exemplo, a fixação de condições mínimas de antiguidade no emprego para o acesso a determinadas regalias associadas ao emprego [artigo 6.º, n.º 1, alínea b)]. N.T. No original, por lapso, é indicada a alínea a). A antiguidade no emprego, embora um «critério aparentemente neutro», pode operar indirectamente como um critério baseado na idade.

101 — Comparar a análise do advogado-geral F. G. Jacobs de dois tipos de justificação da diferença de tratamento em razão do sexo, e da sua relação com a discriminação directa e indirecta, nos n.os 34 a 35 das suas conclusões apresentadas em 6 de Julho de 2000 no processo Schnorbus (acórdão de 7 de Dezembro de 2000, C-79/99, Colect., p. I-10997).

102 — Já referido na nota 20.

103 — É claro que, no acórdão Palacios de la Villa, já referido na nota 19, ao contrário do que acontece no presente processo, o prazo de transposição já tinha expirado. V. n.º 38, *supra*.

104 — Esta é uma utilização curiosa de «shall» [N.T. Em inglês: «This Directive shall be without prejudice to national provisions laying down retirement ages»] (uma forma normativa) num preâmbulo (que é explicativo). V. n.º 10 do Acordo interinstitucional de 22 de Dezembro de 1998 sobre as directrizes comuns em matéria de qualidade de redacção da legislação comunitária (JO C 73, p. 1), que referi nas minhas conclusões de 10 de Abril de 2008 apresentadas no processo Heinrich (C-345/06, n.os 28, 64, e 65 das conclusões).

105 — N.º 51.

106 — N.º 66.

exemplos específicos contidos no artigo 6.º, n.º 1, alíneas a), b) ou c). O interesse da entidade patronal em estabelecer um limite geral para os custos suportados por um regime de pensão voluntário [107] faz lembrar os factores na origem da excepção do artigo 6.º, n.º 2. Segundo um princípio geral de interpretação, as excepções devem ser interpretadas de forma restritiva. Ao mesmo tempo, é óbvio que o artigo 6.º não contém uma lista exaustiva de excepções permitidas.

114. Se o Estado-Membro já tivesse transposto a Directiva 2000/78, teria (presumivelmente) feito algumas escolhas políticas. Se tivesse optado por invocar o artigo 6.º, n.º 2, da directiva de modo a permitir a uma entidade patronal privada incluir uma disposição como a cláusula da diferença de idades no seu regime profissional de pensões de reforma, o Tribunal de Justiça teria, primeiro, de decidir se a utilização da cláusula da diferença de idades era abrangida pela excepção e, depois (em caso afirmativo) avaliar o actual regime quanto à proporcionalidade.

115. Por um lado, o estado actual do direito comunitário permite aos Estados-Membros e, sendo caso disso, aos parceiros sociais a nível nacional gozar de um amplo poder de apreciação na escolha não só da prossecução de um determinado objectivo em matéria de política social e de emprego, mas também na definição das medidas susceptíveis de o realizar [108].

116. Por outro lado, o Tribunal de Justiça tem adoptado de uma forma constante uma abordagem estrita dos regimes de pensão que, tal como no presente processo, *excluem* certas categorias de pessoas, por oposição aos que fornecem benefícios diferenciais. Em especial, circunscreveu o efeito não retroactivo da sua decisão no processo Barber [109] de forma a não se aplicar ao tipo de regime referido em primeiro lugar [110]. O Tribunal de Justiça também foi reservado na aceitação dos fundamentos baseados em cálculos

107 — V. n.º 107, *supra*.

108 — V. acórdão Palacios de la Villa, já referido na nota 19, n.º 68. V. também o vigésimo quinto considerando da Directiva 2000/78.

109 — Acórdão de 17 de Maio de 1990, Barber (C-262/88, Colect., p. I-1889). A limitação *ratione temporis* desta decisão foi integrada no Protocolo (n.º 17) relativo ao artigo 141.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (1992).

110 — V., por exemplo, acórdãos de 28 de Setembro de 1994, Vroege (C-57/93, Colect., p. I-4541, n.os 27 a 28) e Fisscher (C-128/93, Colect., p. I-4583, n.os 49 a 50); de 11 de Dezembro de 1997, Magorrian e Cunningham (C-246/96, Colect., p. I-7153, n.os 27 a 29); e de 10 de Fevereiro de 2000, Sievers e Schrage (C-270/97 e C-271/97, Colect., p. I-929, n.os 39 a 41).

actuariais para justificar a diferença de tratamento [111].

117. O órgão jurisdicional de reenvio refere que a cláusula da diferença de idades é compatível com o direito nacional porque se baseia num «fundamento lícito», nomeadamente o interesse da entidade patronal em estabelecer um limite geral para os custos suportados pelos regimes de pensão de reforma voluntários [112]. Além disso, estas considerações estão estreitamente relacionadas com a cláusula da diferença de idades. A limitação dos custos baseia-se num critério demográfico: quanto mais novos forem os familiares sobrevivos em relação aos trabalhadores a quem foi concedida a pensão de reforma, maior será o período em que a entidade patronal, em média, deve pagar pensões de sobrevivência.

118. Dada a ampla margem de apreciação de que gozam os Estados-Membros no domínio da política social e do emprego, estou disposta a admitir que a escolha política de um Estado-Membro permitir que os regimes de pensão de reforma privados incluam algum tipo de cláusula da diferença de idades poderá, em princípio, prosseguir um objectivo legítimo na acepção do artigo 6.º, n.º 1, de Directiva 2000/78.

119. Contudo, em meu entender, um regime que operava — como o da BSH — de forma a excluir uma viúva na situação de B. Bartsch [113] de qualquer pagamento ao abrigo do regime é susceptível de não satisfazer o critério da proporcionalidade contido no artigo 6.º, n.º 1, que exige que os meios para realizar esse objectivo sejam «apropriados e necessários».

120. Em primeiro lugar, resulta da resposta dada pelo representante da BSH na audiência que, quando o regime de pensão foi originalmente constituído, a empresa tinha apenas considerado a questão do modo de distribuição dos fundos (disponíveis).

111 — No acórdão Lindorfer, já referido na nota 19, n.º 56, o Tribunal de Justiça decidiu que a necessidade de uma gestão financeira sã de um regime de pensões não podia ser invocada para sustentar a necessidade de valores actuariais mais elevados para as mulheres. V. também as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs, n.os 49 a 69, e as minhas conclusões, n.os 43 a 50, nesse processo. Nos acórdãos de 22 de Dezembro de 1993, Neath (C-152/91, Colect., p. I-6935) e de Setembro de 1994, Coloroll (C-200/91 Colect., p. I-4389), o Tribunal de Justiça decidiu que a desigualdade das quotizações das *entidades patronais* pagas no âmbito de regimes de prestações definidas, financiados por capitalização, em razão da utilização de factores actuariais não integrava o âmbito de aplicação do que é actualmente o artigo 141.º CE. Nas suas conclusões apresentadas em 28 de Abril de 1993 (Colect., p. I-4879) nestes processos, entre outros, o advogado-geral W. Van Gerven considerou que a necessidade de manter um equilíbrio financeiro dos regimes profissionais de pensões de reforma não podia justificar as diferenças nas contribuições e benefícios do *trabalhador* baseados em factores actuariais. Comparar também os acórdãos de 16 de Julho de 1998, ICI (C-264/96, Colect., p. I-4695), de 21 de Setembro de 1999, St Gobain (C-307/97, Colect., p. I-2651), de 21 de Novembro de 2002, X & Y (C-436/00, Colect., p. I-10829), de 11 de Março de 2004, Hughes de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, Colect., p. I-2409), e de 28 de Setembro de 2006, Comissão/Países Baixos (C-282/04 e C-283/04, Colect., p. I-9141) (rejeição pelo Tribunal de Justiça da perda de receitas fiscais como uma justificação para a discriminação contrária ao artigo 43.º CE).

112 — V. n.º 107, *supra*.

113 — Ou seja, uma viúva mais de 15 mais jovem que o seu falecido marido que morreu enquanto se encontrava ao serviço da BSH. A cláusula relativa à diferença de idade não se aplica se os antigos funcionários falecerem quando já se encontravam a gozar a pensão de reforma: v. n.º 13.

121. Em segundo lugar, não é difícil imaginar formas de limitar os custos suportados pelos regimes de pensão de reforma voluntários que sejam menos radicais do que a exclusão total dos cônjuges sobrevivos. Por exemplo, aos cônjuges sobrevivos poderia ser pago um benefício reduzido, eventualmente degressivo; ou o pagamento das prestações poderia começar apenas quando os cônjuges sobrevivos atingissem uma determinada idade.

122. Em terceiro lugar, não há nada nos documentos apresentados ao Tribunal de Justiça que sugira que uma pensão de sobrevivência só possa ser paga se o *trabalhador* morrer a partir de uma certa idade. Assim, numa situação em que o trabalhador e o cônjuge tenham a mesma idade e o trabalhador morra com 40 anos de idade, o cônjuge sobrevivo receberá uma pensão. Em contrapartida, um cônjuge sobrevivo 16 anos mais jovem do que o cônjuge trabalhador que morre com 56 anos de idade não receberá nada. No entanto, não existe nenhuma distinção relevante entre estes dois cônjuges sobrevivos (ambos com 40 anos de idade) em termos da sua própria esperança de vida e, portanto, da extensão do período de tempo durante o qual poderão vir a receber uma pensão de sobrevivência.

123. Se a terceira questão, alínea b), for analisada na perspectiva do princípio geral que proíbe a discriminação, aplicado ao fundamento específico da idade, é difícil ver como é que uma tal discriminação baseada na idade poderia ser susceptível de justificação. Em todo o caso, o regime não respeita o critério da proporcionalidade.

124. Concluo, por conseguinte, caso necessário, que uma disposição como a cláusula da diferença de idades em questão no processo principal não pode ser justificada pelo facto de a entidade patronal ter interesse em limitar os custos suportados por um regime de pensão voluntário.

Terceira questão, alínea c)

125. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a eventual proibição da discriminação baseada na idade tem um efeito retroactivo ilimitado no que diz respeito ao direito aplicável aos regimes profissionais de pensões de reforma. Em caso de resposta negativa, de que forma é limitado?

126. Embora o órgão jurisdicional nacional se interrogue, ao longo do pedido de decisão prejudicial, sobre qual o momento preciso a partir do qual se aplica o princípio que proíbe a discriminação baseada na idade e sobre o modo como a aplicação desse princípio deve ser conciliada com a protecção da confiança

legítima, é óbvio que a terceira questão, alínea c), tem efectivamente por objecto a questão de saber se pode ser fixada uma limitação temporal no acórdão a proferir no presente processo [114]. Responderei, portanto, à questão nessa base.

127. As limitações à retroactividade do acórdão só excepcionalmente são impostas e sob duas condições. Em primeiro lugar, deve haver um risco de repercussões económicas graves; em segundo lugar, os particulares e as autoridades nacionais devem ter sido levados a um comportamento não conforme com a regulamentação comunitária em virtude de uma incerteza objectiva e importante quanto ao alcance das disposições comunitárias [115]. Estas condições são cumulativas.

128. Qualquer restrição do efeito retroactivo do acórdão deve, além disso, ser fixada pelo Tribunal de Justiça no primeiro acórdão que decida sobre a interpretação pedida [116].

129. Não considero que o efeito retroactivo do acórdão no presente processo deva ser limitado.

130. Em primeiro lugar, não foram apresentados ao Tribunal de Justiça (quer com o pedido de decisão prejudicial, quer pela BSH ou pela Alemanha [117]) elementos suficientes que indiquem um risco de repercussões económicas graves se o Tribunal de Justiça não limitar o efeito temporal do seu acórdão.

131. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça não fixou nenhuma limitação temporal no acórdão Mangold, e foi este acórdão que identificou o princípio que (nesta hipótese) seria aqui aplicado.

132. Mesmo que se entendesse que esta é a primeira ocasião em que o Tribunal de Justiça teve de considerar a aplicação deste princípio a um regime profissional privado de pensões de reforma, a primeira das duas condições (cumulativas) continuaria a não estar preenchida.

133. Por conseguinte, não deve ser fixada nenhuma limitação temporal no acórdão a proferir no presente processo.

114 — A Alemanha pede especificamente essa limitação.

115 — V. acórdão Richards, já referido na nota 94, n.º 42, e acórdão de 18 de Janeiro de 2007, Brzeziński (C-313/05, Colect., p. I-513, n.º 57).

116 — Barber, já referido na nota 109, n.º 41; Vroege já referido na nota 109, n.º 31; acórdão de 6 de Março de 2007, Meilicke (C-292/04, Colect. p. I-1835, n.ºs 36 a 37).

117 — A Alemanha sustenta que um grande número de contratos podem ser afectados por uma tal decisão, mas admite que não tem informação estatística para apresentar em apoio da sua alegação.

Conclusão

134. Proponho, portanto, que o Tribunal de Justiça decida do seguinte modo em resposta às questões apresentadas:

(1) Os Estados-Membros não são obrigados a garantir protecção nos termos do princípio geral da igualdade (incluindo a igualdade de tratamento independentemente da idade) consagrado no direito comunitário se o alegado tratamento discriminatório não for abrangido pelo direito comunitário.

(2) Não existe nenhuma norma substantiva específica de direito comunitário que possa servir de base à aplicação do princípio geral da igualdade (incluindo a igualdade de tratamento independentemente da idade) à situação que deu origem ao pedido de decisão prejudicial.