CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 24 de Janeiro de 2008 [1]

I — Introdução

1. O Landesgericht Bozen, nos termos do artigo 234.º CE, apresenta uma questão prejudicial na qual manifesta as suas dúvidas sobre a conformidade do ordenamento administrativo italiano com o direito social comunitário. Concretamente, questiona a licitude de uma regulamentação nacional que impõe à entidade patronal a obrigação de enviar todos os contratos de trabalho a tempo parcial no prazo de 30 dias contados da sua celebração. Esta obrigação, acompanhada de um rígido regime de sanções administrativas para as situações de incumprimento, devia ser compatível com a Directiva 97/81/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES [2].

2. Embora a Directiva 97/81 já tenha sido interpretada pelo Tribunal de Justiça, é a primeira vez que é apreciada uma discriminação que não decorre do regime substantivo do contrato, mas das obrigações administrativas impostas à entidade patronal nos contratos de trabalho a tempo parcial. Consequentemente, este processo dá ao Tribunal de Justiça a oportunidade de definir o âmbito de protecção tutelado pela Directiva 97/81 e de delimitar a relação desta com o princípio geral da não discriminação, bem como com a Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho [3].

II — Quadro jurídico

A — *Regulamentação comunitária*

3. Em 1997, a Comunidade Europeia aprovou a Directiva 97/81, para acolher o

1 — Língua original: espanhol.

2 — JO 1998, L 14, p. 9.

3 — JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70.

acordo-quadro celebrado pelas organizações interprofissionais de dimensão europeia em matéria de trabalho a tempo parcial. A adopção deste diploma visou, por um lado, suprimir a discriminação relativamente aos trabalhadores a tempo parcial e, por outro, facilitar o desenvolvimento deste modelo de contratação laboral. As cláusulas 4 e 5 do acordo-quadro são muito ilustrativas:

«Cláusula 4: Princípio da não discriminação

1. No que respeita às condições de emprego, os trabalhadores a tempo parcial não devem ser tratados em condições menos favoráveis do que os trabalhadores comparáveis a tempo inteiro unicamente pelo facto de trabalharem a tempo parcial, a menos que, por razões objectivas, a diferença de tratamento se justifique.

2. Sempre que apropriado, aplicar-se-á o princípio *pro rata temporis*.

3. As modalidades de aplicação da presente cláusula serão definidas pelos Estados-Membros e/ou pelos parceiros sociais, tendo em conta a legislação europeia e bem assim a legislação, as convenções colectivas e as práticas nacionais.

4. Quando razões objectivas o justifiquem, os Estados-Membros, após consulta aos parceiros sociais nos termos da legislação, das convenções colectivas ou das práticas vigentes a nível nacional, e/ou os parceiros sociais podem, sendo caso disso, subordinar o acesso a certas condições de emprego a um período de antiguidade, a uma duração de trabalho ou a determinadas condições de remuneração. Os critérios para que os trabalhadores a tempo parcial possam ter acesso a certas condições de emprego devem ser revistos periodicamente, tendo em conta o princípio da não discriminação enunciado na cláusula 4, n.º 1.

Cláusula 5: Possibilidades de trabalho a tempo parcial

1. No contexto da cláusula 1 do presente acordo e do princípio da não discriminação entre trabalhadores a tempo parcial e trabalhadores a tempo inteiro:

a) Os Estados-Membros, após consulta aos parceiros sociais de acordo com a legislação ou as práticas nacionais, deveriam identificar e analisar quaisquer obstáculos de natureza jurídica ou administrativa susceptíveis de limitar as possibilidades de trabalho a tempo parcial e, eventualmente, eliminá-los;

b) Os parceiros sociais, agindo no âmbito das suas competências e mediante os mecanismos definidos nas convenções colectivas, deveriam identificar e analisar quaisquer obstáculos susceptíveis de limitar as possibilidades de trabalho a tempo parcial e, eventualmente, eliminá-los.

[…]»

4. Tal como se referiu, a Directiva 97/81 visa combater a diferença de tratamento entre tipos contratuais laborais; no entanto, o seu texto inclui — com carácter secundário, mas não menos relevante — uma dimensão em razão do sexo. Com efeito, o quinto considerando da referida directiva especifica que «as conclusões do Conselho Europeu de Essen sublinharam a necessidade de serem tomadas medidas destinadas a promover o emprego e a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres». Do mesmo modo, a interdependência das normas sobre o trabalho a tempo parcial com as relativas à não discriminação em razão do sexo consta da cláusula 6, n.º 4, do acordo-quadro, que dispõe:

«O presente acordo não prejudica disposições comunitárias mais específicas e, em particular, disposições comunitárias relativas à igualdade de tratamento e de oportunidades entre homens e mulheres.»

5. Estas disposições em matéria de igualdade a que se reporta o acordo-quadro são, principalmente, a Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos [4], e a Directiva 76/207, já referida [5]. No presente processo, assume particular relevo o artigo 3.º da Directiva 76/207, que dispõe:

«1. A aplicação do princípio da igualdade de tratamento no que se refere às condições de trabalho, incluindo as condições de despedimento, implica que sejam asseguradas aos homens e às mulheres as mesmas condições, sem discriminação em razão do sexo.

4 — JO L 45, p. 19; EE 05 F2 p. 52.

5 — As duas directivas foram recentemente reformuladas pela Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (JO L 204, p. 23). Mas os factos objecto do presente processo são anteriores à aprovação da Directiva 2006/54, pelo que esta não lhes é aplicável.

2. Para esse efeito, os Estados-Membros adoptarão as medidas necessárias a fim de que:

a) Sejam suprimidas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento;

b) Sejam nulas, anuláveis ou possam ser revistas as disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento que figurem em convenções colectivas ou em contratos individuais de trabalho, em regulamentos internos das empresas, bem como nos estatutos das profissões independentes;

c) Sejam revistas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento quando a preocupação de protecção que as inspirou na origem tenha deixado de ter fundamento; e que, no que se refere às disposições convencionais da mesma natureza, os parceiros sociais sejam convidados a proceder às desejáveis revisões.»

B — *Legislação italiana*

6. O artigo 2.º do Decreto legislativo 61/2000, de 25 de Fevereiro [6], obriga a entidade patronal a enviar, nos 30 dias subsequentes à celebração de um contrato a tempo parcial, uma cópia do mesmo à Direcção Regional da Inspecção do Trabalho competente.

7. Segundo o artigo 8.º do mesmo decreto legislativo, a violação dessa obrigação implica uma coima no montante de 15 euros por cada trabalhador em causa e por dia de atraso. Não existe qualquer limitação quantitativa da coima ou qualquer circunstância atenuante ou agravante em função do grau de culpa do infractor.

8. Em 2003, três anos após a entrada em vigor do Decreto legislativo 61/2000, o referido artigo 2.º foi revogado [7]. Não obstante, dado que, em Itália, neste domínio, vigora o princípio *tempus regit actum*, não há lugar à aplicação retroactiva *pro bono* das disposições revogatórias de infracções e sanções administrativas.

6 — *Gazzetta Ufficiale* de 20 de Março de 2000, n.º 66.

7 — Decreto legislativo 276/2003, de 10 de Setembro (*Gazzetta Ufficiale* de 9 de Outubro de 2003, n.º 235).

III — Factos

9. No despacho de reenvio do Landesgericht Bozen, refere-se que Ruth Volgger, Othmar Michaeler e a sociedade Subito violaram o disposto no artigo 2.º do Decreto legislativo 61/2000. Apesar da concisa descrição dos factos, resulta do despacho que foi aplicada, pelo Arbeitsinspektorat der Autonomen Provinz Bozen (Inspecção do Trabalho e da Segurança Social da Província Autónoma de Bolzano), uma coima de 216 750 00euros a O. Michaeler e à sociedade Subito. No recurso da decisão que aplicou a coima, foi suscitada a questão prejudicial do processo C-55/07. Em data semelhante, foi aplicada uma coima de 16 800 euros a R. Volgger e O. Michaeler, assim como à sociedade Subito, que recorreram para o Landesgericht Bozen, o que deu origem ao processo de reenvio C-56/07.

10. O despacho de reenvio não fornece mais elementos factuais mas, tal como adiante se refere, a questão suscitada requer uma análise fundamentalmente abstracta das normas aplicáveis. Portanto, não há qualquer inconveniente em que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre este processo prejudicial.

IV — Questão prejudicial e processo no Tribunal de Justiça

11. Com pleno conhecimento do quadro normativo comunitário e nacional, o Landesgericht Bozen submete ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«As disposições nacionais (artigos 2.º e 8.º do [Decreto legislativo] 61/2000) que impõem à entidade patronal a obrigação de, dentro dos 30 dias seguintes à celebração do contrato de trabalho a tempo parcial, enviar uma cópia do mesmo à Direcção Regional competente da Inspecção do Trabalho, com a cominação de que a omissão do envio terá como consequência a aplicação de uma coima no montante de 15 euros por cada trabalhador em causa e por cada dia de atraso, sem fixarem um limite máximo para essa sanção administrativa (sanção pecuniária), são compatíveis com as normas de direito comunitário e com a Directiva 97/81/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997?»

12. Por despacho de 18 de Abril de 2007, o presidente do Tribunal de Justiça apensou os dois processos, atenta a conexão objectiva entre eles.

13. Apresentaram observações escritas o Governo italiano e a Comissão. Não tendo sido requerida audiência, após a reunião geral de 27 de Novembro de 2007, o processo

ficou pronto para a preparação das presentes conclusões.

V — Análise jurídica

A — *Uma consideração prévia: a relação entre os princípios gerais de direito e as Directivas 97/81 e 76/207*

14. Antes de entrar na análise do mérito da questão, cumpre determinar o quadro jurídico relevante. Tal como reflecte o despacho de reenvio, o Landesgericht Bozen duvida que as medidas italianas ora controvertidas sejam compatíveis com a Directiva 97/81 e «com as normas de direito comunitário». Este período final, bem como a fundamentação da decisão, levam a crer que o órgão de reenvio tem dúvidas quanto à adequação do ordenamento italiano com *outras* disposições europeias.

15. A referida menção ao «direito comunitário» reporta-se, em minha opinião, ao princípio da não discriminação em razão do sexo. Tal como refere o tribunal italiano, o tratamento desigual entre os contratos a tempo parcial e a tempo inteiro pode criar uma discriminação indirecta, já que as mulheres representam um grupo especialmente associado a este tipo de contratação temporal.

16. A ambiguidade com que é descrito o quadro normativo aplicável convida a matizar o papel do princípio da não discriminação em razão do sexo nas directivas em matéria de igualdade. Com o objectivo de responder utilmente, cumpre determo-nos brevemente em alguns aspectos gerais do sistema de fontes do direito comunitário.

17. A incidência dos princípios gerais de direito sobre as directivas comunitárias não foi sempre fácil. O aparecimento de normas abertas e indeterminadas como os princípios, associado ao carácter teleológico da directiva, pode confundir os operadores jurídicos no momento de utilizarem critérios claros para dirimir um litígio. Esta imbricada e complexa influência entre ambas as fontes de direito requer um trabalho de depuração.

18. Os princípios gerais de direito desempenham uma função heterogénea no ordenamento da União Europeia: por um lado, são normas jurídicas equiparáveis às do direito primário, com autonomia própria, que determinam a validade de um acto de direito derivado ou a aplicabilidade de uma norma

nacional [8]; por outro, complementam a interpretação de outra norma, seja de direito primário ou derivado, incluindo direito interno, sem assumirem total independência, mas condicionando vigorosamente o entendimento de um caso concreto [9].

19. Esta função dos princípios simplifica-se quando estes são positivados no direito escrito, tal como aconteceu com o da não discriminação em razão da nacionalidade (artigo 12.º CE), adquirindo uma natureza democrática de que carecem quando são criados pela jurisprudência. Contudo, tanto uns como outros servem como parâmetro de conformidade com outras normas e como referência de interpretação.

20. Esta asséptica dualidade confunde-se algo com as directivas. O acórdão Mangold [10] considerou que um princípio geral de direito pode ser aplicado quando uma directiva, em resultado do seu conteúdo, da sua ineficácia nas relações horizontais e de estar ainda a decorrer o prazo para a sua transposição, não pode ser invocada num litígio. A regulamentação em causa no processo Mangold era a 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 [11]. Não obstante, o Tribunal ultrapassou a dificuldade na sua aplicação reconhecendo a autonomia do princípio geral da não discriminação em razão da idade [12]. O que o legislador comunitário não tinha tutelado através de uma directiva, o Tribunal de Justiça resolveu através de um princípio geral de direito.

21. O advogado-geral J. Mázak, nas conclusões no processo Palacios de la Villa [13], critica severamente o acórdão Mangold por considerá-lo nocivo para o ordenamento jurídico

8 — Embora o órgão jurisdicional nacional tenha a obrigação de não aplicar as normas nacionais contrárias ao direito comunitário (acórdão de 9 de Março de 1978, Simmenthal, 106/77, Colect., p. 243, n.os 21 a 24), por vezes há que proceder à sua análise (acórdão de 4 de Abril de 1974, Comissão/França, 167/73, Colect., p. 187, n.º 35). É o caso da incompatibilidade entre normas comunitárias e disposições administrativas nacionais, cuja apreciação e posterior anulação podem ser submetidas aos tribunais de vários Estados-Membros. Esta realidade confirma que, entre o ordenamento comunitário e o nacional, não existe uma relação asséptica de «primado» (baseada na aplicabilidade) em contraposição a uma de «supremacia» (fundada na validade), pois, em algumas situações, esta distinção desvirtua-se. Ferreres Comella, V., «La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea», *in* Closa Montero, C. (ed.), *Constitución española y Constitución europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 92.

9 — Neste sentido, Alonso García, R., *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, CEURA, Madrid, 1994, pp. 238 a 244. Também Groussot, X., *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: towards a jus commune europaeum?*, Lund University, Lund, 2005, pp. 16 a 27, classifica os princípios em complementares (ou subsidiários), reguladores e operativos. Os primeiros preenchem lacunas do direito comunitário, os segundos têm maior vocação normativa (liberdades, subsidiariedade ou lealdade institucional) e os terceiros servem primordialmente como parâmetro de apreciação de actos individuais (proporcionalidade, igualdade, segurança jurídica […]).

10 — Acórdão de 22 de Novembro de 2005, Mangold (C-144/04, Colect., p. I-9981).

11 — JO L 303, p. 16.

12 — Acórdão Mangold, já referido na nota 10, n.º 75.

13 — Conclusões de 15 de Fevereiro de 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, Colect., p. I-8531).

no seu conjunto [14]. Partilho da opinião do advogado-geral, pois a aplicabilidade subsidiária dos princípios não só gera insegurança jurídica, como também desvirtua a natureza do sistema de fontes, convertendo os actos típicos comunitários em normas decorativas, facilmente substituíveis através dos princípios gerais [15].

22. Creio que o Tribunal de Justiça deve ser muito cauteloso ao manejar simultaneamente as directivas e os princípios gerais de direito. Tanto é assim que a sua coexistência seria mais produtiva para os juristas se se sustentasse que as directivas, uma vez introduzidas no ordenamento, recebem o complemento interpretativo dos princípios, mas não convivem, umas e outros, em termos de igualdade, dado que, se, uma vez adoptada a directiva, os princípios regularem aspectos que recaem no âmbito da mesma, desvirtua-se seriamente a sua função e natureza. Parece mais adequado que os princípios gerais de direito, ao serem aduzidos num processo em que são invocadas directivas, actuem como parâmetros de interpretação. Deste modo, a relação entre os princípios e as directivas dá melhores garantias para a segurança jurídica e mais respeitadora do equilíbrio institucional subjacente a um sistema de fontes como o comunitário [16].

23. Neste contexto, a questão do Landesgericht Bozen exige que se aprecie se as questões colocadas poderiam ser resolvidas com instrumentos legislativos comunitários, servindo os princípios gerais exclusivamente como instrumentos de interpretação das directivas; mas, não havendo directivas aplicáveis, os princípios gerais de direito comunitário interviriam como elementos normativos autónomos.

14 — As conclusões do advogado-geral J. Mázak, no processo Palacios de la Villa, revelam-se muito ilustrativas tanto pelo seu fundamento como pela clareza com que expressam a sua discordância com a doutrina Mangold. Talvez o excerto mais expressivo surja nas observações finais, quando afirma que «[…] em regra, num contexto como o que caracteriza as circunstâncias do presente caso, em que está em vigor uma directiva, tal acto de direito comunitário derivado pode ser interpretado à luz dos princípios gerais que lhe estão subjacentes e avaliado à luz desses princípios. Assim, é através de legislação comunitária específica que é dada expressão e eficácia aos princípios gerais de direito — considerados pelo Tribunal de Justiça, com base no artigo 220.º CE, como integrando o direito comunitário primário. […].Todavia, pode suscitar-se uma situação problemática se esta concepção for virada praticamente de pernas para o ar ao permitir-se que um princípio geral de direito comunitário […] expresso em legislação comunitária específica, como no caso em apreço, adquira um tal grau de emancipação que possa ser invocado em substituição, ou independentemente, daquela legislação.Tal abordagem não só levantaria sérias preocupações quanto à segurança jurídica, mas poria também em questão a repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-Membros e, de forma geral, a distribuição de poderes prevista no Tratado» (n.os 136 a 138).

15 — No seu n.º 1, vol. 43, 2006, especialmente pp. 7-8, os editores da revista *Common Market Law Review* dedicam um comentário oportuno, em tom crítico, ao acórdão Mangold, destacando o elevado nível de complexidade que acrescenta ao quadro jurídico comunitário.

16 — Um aspecto distinto surge quando a directiva impõe aos Estados-Membros a sua transposição à luz dos direitos fundamentais da União Europeia. O Tribunal de Justiça, seguindo o advogado-geral J. Mischo, no acórdão de 10 de Julho de 2003, Booker Aquaculture (C-20/00 e C-64/00, Colect., p. I-7411), declarou que os direitos fundamentais, enquanto princípios gerais do direito comunitário, devem ser respeitados pelos Estados quando transpõem uma directiva para o seu ordenamento jurídico. É certo que os direitos fundamentais da União não servem só para a interpretação, mas também para controlar a acção do poder público estatal. Esta função baseia-se no carácter materialmente constitucional dos direitos fundamentais, pois, além de conferirem espaços de liberdade ao indivíduo, também legitimam a actuação da União.

24. Em minha opinião, as dúvidas do tribunal italiano são regidas por duas directivas: a Directiva 97/81, que regula o trabalho a tempo parcial e foi expressamente invocada pelo órgão jurisdicional, e a Directiva 76/207, relativa ao princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho. Embora o órgão de reenvio mencione o artigo 137.º CE, as suas questões prendem-se com a Directiva 76/207, que acabei de referir.

25. Por conseguinte, no presente processo, há que interpretar as directivas em conformidade com os princípios gerais, evitando a aplicação destes como normas autónomas, o que implicaria ampliar, pela porta de trás e à margem dos procedimentos democráticos de decisão, a esfera de influência das directivas.

26. Finalmente, cumpre aprofundar a relação entre as Directivas 97/81 e 76/207.

27. No processo Steinicke, o advogado-geral A. Tizzano não vê qualquer inconveniente na aplicação das duas directivas a um regime de trabalho a tempo parcial com vista à reforma, que só pode ser concedida aos trabalhadores que, nos cinco anos anteriores, tenham trabalhado a tempo inteiro pelo menos três anos completos [17]. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça considerou que o regime controvertido afectava as condições de trabalho, excluindo assim a Directiva 97/81 e evitando abordar a questão agora debatida [18].

28. Um ano depois, surgiu novamente o contacto entre estas directivas, no processo Wippel, em que, finalmente, se admitiu a sua aplicação simultânea num caso concreto [19]. Parece-me oportuno plasmar aqui as conclusões da advogada-geral J. Kokott [20] nesse processo. Na sua opinião, que partilho inteiramente, as duas directivas prosseguem objectivos diferentes. Na ausência de uma identidade material, não há que aludir a um critério de generalidade e especialidade entre as normas [21].

29. Determinada a aplicação das directivas, tanto na sua relação com os princípios como entre uma e outra, cabe apreciar

17 — Conclusões do advogado-geral A. Tizzano, apresentadas em 3 de Abril de 2003, no processo Steinicke (C-77/02, Colect., p. I-9027).

18 — Acórdão de 11 de Setembro de 2003, Steinicke, já referido, n.º 52.

19 — Acórdão de 12 de Outubro de 2004 (C-313/02, Colect., p. I-9483).

20 — Conclusões da advogada-geral J. Kokott, de 18 de Maio de 2004, no processo Wippel, já referido, n.os 64 a 67.

21 — Tal como refere a advogada-geral no n.º 67 das suas conclusões no processo Wippel, já referido, «[a] proibição de discriminação da Directiva 76/207 é, além disso, também aplicável, a par da proibição de discriminação de trabalhadores a tempo parcial nos termos do acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial, na medida em que ambas as normas regulam situações diferentes e prosseguem objectivos diversos e as respectivas proibições de discriminação têm diferentes elementos de referência, não existindo qualquer tipo de relação de especialidade entre ambas».

a questão do Landesgericht Bozen quanto ao mérito, estudando primeiro a conformidade das medidas controvertidas com a Directiva 97/81, e confrontando-as depois com a Directiva 76/207.

B — *As exigências administrativas do Decreto legislativo 61/2000 face à Directiva 97/81*

1. Objecto da questão

30. O Landesgericht Bozen pede uma interpretação da Directiva 97/81 para aferir a compatibilidade com o referido diploma comunitário de duas normas (artigos 2.º e 8.º) do Decreto legislativo 61/2000, que impõem à entidade patronal a obrigação de enviar, dentro dos 30 dias seguintes à celebração de um contrato a tempo parcial, uma cópia do mesmo à Direcção Regional da Inspecção do Trabalho competente, sob um severo regime de sanções, que estabelece a aplicação de uma coima de 15 euros por cada trabalhador em causa e por dia de atraso, sem qualquer limitação quantitativa.

31. A Directiva 97/81, para promover o emprego, eliminou quaisquer discriminações entre o contrato de trabalho a tempo parcial e a tempo inteiro. Esse objectivo está plasmado na cláusula 1, alínea a), do acordo-quadro anexo à directiva, no qual é assumido o objectivo de «[g]arantir a eliminação das discriminações em relação aos trabalhadores a tempo parcial e melhorar a qualidade do trabalho a tempo parcial» [22].

32. O tratamento igualitário imposto pela directiva visa, principalmente, as condições substantivas da relação laboral. Pretende-se abolir qualquer desequilíbrio, em prejuízo da relação a tempo parcial, entre os dois regimes de contratação. A jurisprudência do Tribunal de Justiça neste âmbito confirmou esta posição [23].

33. No entanto, o presente processo não abrange o conteúdo do contrato de trabalho, dado que a legislação italiana introduz medidas burocráticas nas obrigações administrativas da entidade patronal. Desenvolve-se, pois, numa relação vertical entre o poder público (a Inspecção do Trabalho) e um particular (a entidade patronal).

34. Apesar de, no contexto do presente processo, não enfrentarmos o tipo de

22 — A directiva é estudada nas obras de Ellis, E., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 266-267, e Barnard, C., *EC Employment Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 429-432.

23 — Acórdão Wippel, já referido na nota 19. Analiso alguns aspectos do trabalho a tempo parcial nas conclusões de 10 de Julho de 2007, no processo Voß (C-300/06, Colect., p. I-10573, n.os 28 a 31).

discriminação mais visado na Directiva 97/81, mantém-se o interesse na apreciação das medidas adoptadas em Itália. A cláusula 5, n.º 1, alínea a), do acordo-quadro obriga os Estados-Membros a identificarem e analisarem os obstáculos de natureza jurídica ou administrativa que limitem as possibilidades de trabalho a tempo parcial e, eventualmente, a eliminá-los. Parece, pois, evidente que as restrições burocráticas impostas à contratação a tempo parcial são susceptíveis de infringir o disposto na Directiva 97/81.

35. Consequentemente, a minha resposta centra-se na compatibilidade do Decreto legislativo 61/2000 com a referida cláusula 5, n.º 1, alínea a), da Directiva 97/81. Cumpre tratar, em primeiro lugar, a licitude da obrigação de notificação e, depois, a do regime sancionatório. Ambos os aspectos infringem o princípio da não discriminação entre contratos laborais proclamado na Directiva 97/81. Por razões de clareza conceptual e expositiva, devem mostrar-se separadamente as fragilidades destes regimes.

2. A obrigação de notificação administrativa

36. O Landesgericht Bozen questiona se a obrigação de notificação de todos os contratos de trabalho a tempo parcial à Inspecção do Trabalho constitui uma violação do direito comunitário. Cumpre, portanto, esclarecer se o tratamento diferenciado tem uma justificação objectiva e razoável.

37. A jurisprudência do Tribunal de Justiça e a prática jurisdicional de vários Estados-Membros reconheceram ao princípio da proporcionalidade um lugar destacado na ponderação do princípio comunitário da não discriminação. A doutrina também o admitiu assim [24]. O triplo *teste* de proporcionalidade oferece, pois, um instrumento pertinente para resolver a questão, desde que a discriminação seja adequada, necessária e proporcionada em sentido estrito [25]. Com esta tripla avaliação, que se realiza por etapas e não de forma cumulativa, o juízo de igualdade torna-se mais transparente e cria uma maior segurança jurídica.

38. A verificação do princípio da proporcionalidade confirma, do mesmo modo,

24 — Craig, P., *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 695 a 700. V. também Ellis, E., «The Concept of Proportionality in European Community Sex Discrimination Law», *in* Ellis, E. (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishers, Oxford, 1999, pp. 170-171.

25 — Esta tripla avaliação é efectuada com certa regularidade pelo Tribunal de Justiça. Sobre estes três escalões da proporcionalidade no direito comunitário, Schwarze, J., *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2006; de Búrca, G., «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», *Yearbook of European Law*, vol. 13, 1993; Emiliou, N., *The Principle of Proportionality in European Law*, Kluwer, 1996, e Ellis, E., (ed.), *The Principle of Proportionality in the Law of Europe*, *op. cit.* Sobre a construção teórica do princípio da proporcionalidade, numa perspectiva metodológica e realçando a vertente constitucional do mesmo, Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

as ideias avançadas nos n.os 17 a 22 das presentes conclusões. Quando há uma directiva que harmoniza um sector específico, os princípios gerais desempenham uma função interpretativa. No presente processo, o princípio da proporcionalidade ajuda a revelar o significado da cláusula 5, n.º 1, alínea a), do acordo-quadro acolhido na Directiva 97/81.

39. A jurisprudência faculta numerosos exemplos de regimes nacionais que criam obstáculos à prossecução de objectivos comunitários [26]. O âmbito mais frutífero encontra-se nas liberdades de circulação. Neste sector, o Tribunal de Justiça filtra com particular severidade as medidas directamente discriminatórias, pois geram uma desigualdade aberta, cuja justificação incumbe aos Estados-Membros. Contudo, quando as medidas são indirectamente discriminatórias, o padrão de controlo é sempre mais comedido e cauteloso, dadas as dificuldades que este tipo de apreciação coloca ao julgador [27].

40. Considero que, para a resolução da presente questão prejudicial, a jurisprudência em matéria de livre circulação se assume como ponto de referência. Apesar das diferenças evidentes entre o regime das liberdades e um sector harmonizado como o laboral, as técnicas de controlo utilizadas pelo Tribunal de Justiça são úteis na elaboração de regras para a interpretação da Directiva 97/81.

41. A livre prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento permitiram que o Tribunal de Justiça se pronunciasse sobre a compatibilidade com o direito comunitário de algumas medidas administrativas nacionais destinadas apenas aos profissionais que exerciam a livre circulação. O acórdão Vander Elst [28] declara que «uma regulamentação nacional que sujeite a realização de determinadas prestações de serviços no território nacional [...] à concessão de uma autorização administrativa constitui uma restrição à livre prestação de serviços» [29]. Este acórdão, reiterado em numerosas decisões e assumido como um controlo da proporcionalidade, baseia-se na adequação e na necessidade das medidas administrativas. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça aprecia se existe uma relação lógica entre a obrigação de direito interno e o objectivo que esta prossegue [30]. Em segundo lugar, avalia-se se há alternativas

26 — Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, capítulo 5.

27 — O princípio da proporcionalidade exige a prévia determinação de um nível de protecção, um padrão de tutela que o julgador deve adoptar em função do contexto factual, institucional e normativo do caso concreto. Acontece assim em todos os ordenamentos dos Estados-Membros que assumiram este princípio. Segundo Craig, P., *op. cit.*, p. 657, «In any system of administrative law the courts will have to decide not only which tests to apply to determine the legality of administrative action, but also the rigour or intensity with which to apply them. In some legal systems this is worked out to a high degree, but the issue is pertinent for all systems. The relative intensity of judicial review is just as much a live question in relation to proportionality in the EU».

28 — Acórdão de 9 de Agosto de 1994 (C-43/93, Colect., p. I-3803).

29 — Acórdão Vander Elst, já referido na nota 28, n.º 15.

30 — Acórdão Vander Elst, já referido na nota 28, n.os 18 a 22.

menos restritivas para que o Estado alcance os mesmos objectivos com meios menos onerosos [31]. Esta segunda fase do controlo culmina frequentemente com a descoberta da violação do direito comunitário.

42. O acórdão Vander Elst confirmou a incompatibilidade com a livre prestação de serviços de uma obrigação de as empresas estabelecidas noutro Estado-Membro obterem, para os seus trabalhadores, uma autorização de trabalho junto de um organismo nacional de imigração, sob pena de lhes ser aplicada uma coima. Poucos anos depois, o acórdão Comissão/Bélgica [32] foi ainda mais longe ao alargar este raciocínio a medidas nacionais indistintamente aplicáveis, no caso concreto, à obrigação de as empresas de vigilância obterem uma autorização administrativa [33].

43. Para determinar se uma exigência burocrática é justificada, especialmente ao realizar o *teste* de necessidade, o Tribunal de Justiça utilizou um raciocínio coerente na sua jurisprudência. O acórdão Schnitzer [34], no qual foi analisada a obrigação de as empresas estabelecidas nos Estados-Membros que prestam serviços na Alemanha se inscreverem no registo das profissões artesanais, é muito ilustrativo. A República Federal da Alemanha justificava essa obrigação com a necessidade de garantir a qualidade dos trabalhos de artesanato, mas o Tribunal de Justiça considerou que essa excepção não era determinante e que havia que seguir outro caminho, associado à *eficácia* das disposições administrativas em questão. O acórdão Schnitzer acrescentou que «o procedimento de autorização instituído pelo Estado-Membro de acolhimento não deve atrasar nem complicar o exercício do direito de uma pessoa estabelecida noutro Estado-Membro fornecer os seus serviços no território do primeiro Estado, a partir do momento em que a apreciação dos requisitos de acesso às actividades em causa tenha sido efectuada e que tenha ficado demonstrado que esses requisitos estão preenchidos» [35].

44. Deduz-se do exposto que o Tribunal de Justiça presta uma atenção especial à eficácia das obrigações burocráticas nacionais que impliquem, *a priori*, discriminações proibidas pelo direito comunitário. As defesas associadas a elementos tão relevantes como a segurança ou a protecção dos consumidores não parecem convincentes quando está em causa algum dos objectivos comunitários. Embora a argumentação jurisprudencial apresentada se enquadre no âmbito das liberdades, considero que a sua estrutura teórica pode ser extrapolada para o caso vertente.

31 — Acórdão Vander Elst, já referido na nota 28, n.os 23 a 26.

32 — Acórdão de 9 de Março de 2000 (C-355/98, Colect., p. I-1221).

33 — Acórdão Comissão/Bélgica, já referido na nota 32, n.os 35 a 40.

34 — Acórdão de 11 de Dezembro de 2003 (C-215/01, Colect., p. I-14847).

35 — Acórdão Schnitzer, já referido na nota 34, n.º 36.

45. Nas observações escritas, o Governo italiano atribui às medidas controvertidas um importante papel na luta contra a fraude e os mercados de trabalho ilegal; em seu entender, a canalização da informação relativa a todos os contratos a tempo parcial representa uma fonte de informações para o estabelecimento e execução de políticas públicas. Pelo contrário, a Comissão entende que essas obrigações geram um obstáculo incompatível com a Directiva 97/81 e com o seu propósito de fomentar um tipo contratual que, no presente processo, é dificultado sem qualquer fundamento.

46. O rigor do Tribunal de Justiça com as medidas nacionais discriminatórias, expressamente proibidas pelo direito comunitário, deixa antever que o argumento invocado pelo Governo italiano não parece singrar. Não há dúvida de que as medidas litigiosas são adequadas aos objectivos prosseguidos, mas o *teste* de necessidade, ao apreciar se existem outras soluções menos onerosas, demonstra que a legislação italiana não respeita a directiva. A obrigação de enviar uma cópia de todos os contratos a tempo parcial pode ser comodamente substituída por outras vias igualmente eficazes, mas menos onerosas para os empresários, aos quais é imposta uma obrigação que, em princípio, já é desempenhada pela Administração na sua actividade de vigilância, inspecção e policiamento.

47. A criação de obrigações administrativas para reduzir ou atenuar as responsabilidades da Administração Pública nem sempre reflecte uma boa gestão governativa. As medidas redundantes, a mobilização de recursos privados para desempenhar tarefas de utilidade incerta, ou o zelo controlador da Administração, são sintomas que se mostram ainda mais discutíveis se forem criados de modo discriminatório, apenas em relação a um grupo concreto. Não resisto a evocar o funcionário Ramón Villamil, herói trágico de *Miau*, romance em que Benito Pérez Galdós invoca os que combatem contra as forças da burocracia, sem sucesso ou recompensa, engolidos por um sistema de gestão que se alimenta com tramitações desnecessárias [36].

48. A importância que a Directiva 97/81 atribui à contratação a tempo parcial, bem como a proibição de discriminação que o próprio texto contém, não avalizam a obrigação de notificação em questão. Havendo outras providências menos onerosas para que o Governo italiano alcance os mesmos objectivos, a obrigação do artigo 2.º do Decreto legislativo 61/2000 é desproporcionada e, portanto, contrária à cláusula 5,

36 — Numa conversa entre Villamil, personagem partidária da simplificação administrativa, e Buenaventura Pantoja, arquétipo satírico do funcionário do século XIX, Benito Pérez Galdós relata com mestria e sentido de humor que «o que exasperava Pantoja era que o seu amigo [Villamil] anunciasse o *income tax*, fazendo tábua rasa da [contribuição] Predial, Industrial e [sobre o] Consumo. O imposto sobre o rendimento, baseado na declaração, tendo por auxiliares o amor-próprio e a boa fé, era um disparate num país em que quase é preciso pôr o contribuinte diante de uma forca para que pague. A simplificação, em geral, era contrária ao espírito do honesto funcionário, que gostava de muito pessoal, muita confusão e muita entrada e saída de papéis. E, por último, havia algo de receio pessoal em Pantoja, pois aquela mania de suprimir as contribuições era como se o quisessem suprimir a ele». Pérez Galdós, B., *Miau*, col. Austral, n.º 470, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2007, p. 193.

n.º 1, alínea a), do acordo-quadro anexo à Directiva 97/81.

49. Este resultado é ainda mais reforçado se ponderarmos as consequências sancionatórias aplicáveis à violação da obrigação controvertida.

51. Se o Tribunal de Justiça entender que a obrigação de notificação dos contratos a tempo parcial viola a Directiva 97/81, não será necessário aprofundar a exegese da norma sancionatória. Já referi que a declaração de ilegalidade da medida administrativa se transmite à disposição sancionatória. No entanto, para o caso de o Tribunal não partilhar da minha tese sobre a obrigação de notificação, continuo a analisar a legalidade do regime sancionatório do artigo 8.º do Decreto legislativo 61/2000.

3. O regime sancionatório administrativo

52. Os Estados-Membros gozam de ampla discricionariedade para estabelecerem mecanismos de protecção do direito comunitário. Tanto nos sectores harmonizados como nos caracterizados pela existência de uma vontade de integração negativa, as disposições destinadas a combater as falhas, especialmente as de natureza sancionatória, são delineadas e aplicadas pelos Estados-Membros segundo o seu livre arbítrio. Não obstante, esta regra está condicionada pela obrigação, já referida, que os Estados têm de acolher os princípios comunitários da efectividade, da equivalência e da proporcionalidade.

50. O Tribunal de Justiça reafirmou que as medidas administrativas ou sancionatórias adoptadas pelos Estados-Membros para aplicarem o direito comunitário não devem exceder o estritamente imprescindível para alcançar os objectivos prosseguidos. Neste sentido, a sanção não deve ser tão desproporcionada relativamente à gravidade da infracção que crie um entrave às liberdades reconhecidas pelo Tratado [37]. Também confirmou que, quando uma medida administrativa nacional é declarada incompatível com o direito comunitário, a sanção prevista para garantir o respeito da mesma torna-se igualmente contrária ao direito da União [38].

53. Um sistema sancionatório, seja penal ou administrativo, destinado a assegurar a execução do direito comunitário, deve reunir diversas garantias que afectam o *procedi-*

37 — Acórdãos de 16 de Dezembro de 1992, Comissão/Grécia (C-210/91, Colect., p. I-6735, n.º 19); de 26 de Outubro de 1995, Siesse (C-36/94, Colect., p. I-3573, n.º 211), e de 7 de Dezembro de 2000, De Andrade (C-213/99, Colect., p. I-11083, n.º 20).

38 — Acórdãos de 14 de Julho de 1977, Sagulo e o. (8/77, Colect., p. 517, n.º 12); de 3 de Julho de 1980, Pieck (157/79, Recueil, p. 2171, n.º 19), e de 12 de Dezembro de 1989, Messner (C-265/88, Colect., p. 4209, n.º 14).

mento e o mérito [39]. As garantias procedimentais são tuteladas pelos princípios da efectividade e da equivalência [40]; as relativas ao mérito, pelo princípio da proporcionalidade.

54. O presente processo não levanta dúvidas quanto ao procedimento adoptado perante a Administração e os órgãos jurisdicionais italianos, mas quanto ao conteúdo material das normas controvertidas. Por isso, há que efectuar um controlo de proporcionalidade.

55. Já referi que o Decreto legislativo 61/2000 pune a entidade patronal com uma coima no montante de 15 euros por cada trabalhador em causa e por cada dia de atraso na notificação da celebração do contrato. Também não há qualquer limite máximo quanto ao montante da coima, pois, tratando-se de uma infracção continuada, o facto jurídico pode prolongar-se no tempo, aumentando indefinidamente o referido montante.

56. Um sistema desta natureza cria sérios inconvenientes para a culpa. Ainda que os ordenamentos sancionatórios administrativos não sejam miméticos em intensidade ao do direito penal, os mesmos princípios gerais são aplicáveis em ambas as ordens. Nas conclusões de 26 de Maio de 2005, no processo Comissão/Conselho, defendo que esta identidade entre a sanção penal e a administrativa também é visível na jurisprudência do Tribunal de Justiça [41]. Varia a intensidade com que se aplicam estes princípios, mas é evidente que princípios como a presunção de inocência, o *ne bis in idem*, o da legalidade ou o da culpa são estruturas normativas aconselháveis, tanto do direito penal como do direito sancionatório que é aplicado pelas Administrações [42].

57. Com esta premissa, entendo que o regime sancionatório do Decreto legislativo 61/2000 tem laivos de ilicitude, à luz do princípio da culpa, segundo o qual a sanção deve ter em conta a intencionalidade do infractor. Para cumprir esta exigência, os ordenamentos jurídicos estabelecem critérios de correcção que cristalizam em causas atenuantes ou agravantes. Na mesma linha, as condutas típicas classificam-se como dolosas ou negligentes. Gradua-se assim a sanção tendo em atenção a intencionalidade do sujeito, materializando a responsabilidade do infractor. Na jurisprudência, esta operação

39 — Lenaerts, K.; Arts, D.; Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2.ª ed., Londres, 2006, p. 83, n.º 3-001.

40 — Princípios consagrados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça a partir dos acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813, n.º 5), e Comet (45/76, Recueil, p. 2043, n.º 13, Colect., p. 835).

41 — Assim o refiro no n.º 47 das conclusões no processo Comissão/Conselho (acórdão de 13 de Setembro de 2005, C-176/03, Colect., p. I-7879): «[c]onsoante a magnitude da resposta, distingue-se entre sanções penais — as de grau superior — e administrativas. Umas e outras constituem manifestações do *ius puniendi* do Estado e obedecem aos mesmos princípios ontológicos; contudo, o menor rigor das segundas flexibiliza as garantias que devem envolver a sua aplicação, sem prejuízo de, como referi nas conclusões do processo Comissão/Grécia, em ambos os casos se deverem observar princípios similares».

42 — Sobre a evolução jurisprudencial destes princípios no direito comunitário, Alonso García, R., *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, pp. 297-301.

aparece como uma vertente do princípio da proporcionalidade [43].

58. O acórdão Paraskevas Louloudakis [44] confirmou a incompatibilidade com o direito comunitário de uma sanção nacional aplicada de forma automática, atendendo a um único parâmetro como referência, a cilindrada de um veículo, sem tomar em consideração a antiguidade ou outros aspectos ou regras a que o proprietário tenha obedecido [45]. Embora o Tribunal de Justiça tenha deixado a cargo do órgão jurisdicional nacional a avaliação final da medida, as observações formuladas sobre a culpa assumem todo o seu sentido.

59. Entendo que sanções aplicadas *ad infinitum* em função do tempo e do número de trabalhadores abrangidos, sem admitir critérios correctores que adeqúem a sanção em função da culpa do infractor, violam o princípio comunitário da proporcionalidade. À obrigação administrativa que implica o envio de uma cópia de cada um dos contratos a tempo parcial celebrados, junta-se um suplemento punitivo que, uma vez interiorizado pelos empresários, contribui para desincentivar este regime contratual laboral. A possibilidade de ser punido ilimitadamente pelo simples decurso do tempo contribui para que a entidade patronal opte por outros regimes contratuais. O incentivo a outros contratos é ainda mais forte na medida em que a relação laboral a tempo inteiro não tem um regime de sanções similar.

60. Todavia, quanto a este aspecto, proponho ao Tribunal de Justiça que confie a decisão ao Landesgericht Bozen. O automatismo da sanção analisada tem que ser considerado no contexto do sistema italiano de sanções administrativas no seu conjunto. Só há violação do direito comunitário se se confirmar a ausência de circunstâncias correctoras em função da culpa do infractor. No momento de efectuar uma análise sistémica de um sector específico do ordenamento italiano, o órgão jurisdicional de reenvio encontra-se numa posição mais adequada do que o Tribunal de Justiça. A alternativa que preconizo que se transmita ao Landesgericht Bozen é simples: se, no ordenamento jurídico interno, as sanções estabelecidas no Decreto legislativo 61/2000 não admitem qualquer graduação, há uma violação do princípio comunitário da proporcionalidade.

43 — A articulação da culpabilidade sob a forma do princípio da proporcionalidade actua igualmente nos ordenamentos jurídicos nacionais. Por exemplo, em França, o Conselho de Estado tem vindo a aplicar este princípio no controlo da graduação das sanções administrativas desde o acórdão Lebon (Section 9, juin 1978, p. 245). O legislador espanhol confirmou esta prática no artigo 131.º da Lei 30/1992, de 26 de Novembro, do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, em que as causas de variação da responsabilidade sancionatória estão sob a epígrafe «princípio da proporcionalidade». Sobre a evolução do critério da culpa, Peers, S., *EU Justice and Home Affaire Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 417-418.

44 — Acórdão de 12 de Julho de 2001 (C-262/99, Colect., p. I-5547).

45 — Acórdão Louloudakis, referido na nota 44, n.º 69: «[…] se os imperativos de repressão e de prevenção podem justificar que uma legislação nacional preveja um determinado rigor das sanções, não é de excluir que as sanções determinadas em conformidade com regras como as aplicáveis no processo principal se possam mostrar desproporcionadas e constituir, por isso, um entrave à referida liberdade, na medida em que incluem coimas fixadas forfetariamente apenas com base no critério da cilindrada do veículo, sem tomar em consideração a idade do mesmo, e um direito acrescido que pode ir até ao décuplo dos impostos em causa. Efectivamente, uma sanção baseada apenas no critério da cilindrada pode ser desproporcionada em relação à gravidade da infracção, designadamente quando é associada a outra sanção, elevada, aplicada pela mesma infracção. O mesmo pode suceder com uma sanção que possa atingir um múltiplo dos impostos em causa, por exemplo, o décuplo dos mesmos». Há que não esquecer que foram raras as situações em que o Tribunal de Justiça admitiu alguma forma de responsabilidade objectiva no quadro sancionatório. Nestes casos, a jurisprudência exigiu que o ordenamento jurídico nacional respeite os princípios da efectividade, equivalência e proporcionalidade. Também os acórdãos de 21 de Setembro de 1989, Comissão/Grécia (68/88, Colect., p. 2965, n.º 24); de 10 de Julho de 1990, Hansen (C-326/88, Colect., p. I-2911, n.º 17), e de 27 de Fevereiro de 1997, Ebony Maritime e Loten Navigation (C-177/95, Colect., p. I-1111, n.º 35).

C — *As obrigações administrativas do Decreto legislativo 61/2000 à luz da Directiva 76/207*

61. Cabe, finalmente, analisar se houve violação da Directiva 76/207. Já referi que entre esta e a Directiva 97/81 não existe uma relação de especialidade, o que permite uma interpretação conjunta dos dois diplomas normativos. Depois de verificada essa incompatibilidade das medidas em causa com a Directiva 97/81, afigura-se desnecessário entrar nas dificuldades do Decreto legislativo 61/2000 na sua relação com a discriminação em razão do sexo. Contudo, considero que uma proposta quanto a este aspecto ajudará o tribunal nacional a tomar a decisão correcta.

62. Embora o Governo italiano não mencione, nas suas observações, os problemas criados pela Directiva 76/207 no ordenamento jurídico nacional, a Comissão pronunciou-se sobre o assunto, referindo que as suas normas não são objecto do presente litígio.

63. Não partilho do critério da Comissão.

64. Desde o acórdão Jenkins [46], que é evidente que, no âmbito da política social e, mais concretamente, na luta contra as diferenças de tratamento em razão do sexo, o direito comunitário combate igualmente a discriminação indirecta. O processo era relativo a uma trabalhadora a tempo parcial cujo salário era substancialmente inferior ao dos seus colegas do sexo masculino. A demandada alegou que a diferença salarial não visava instaurar um regime distinto para homens e mulheres, mas adaptar os salários às especificidades dos trabalhadores a tempo inteiro, por um lado, e a tempo parcial, por outro. O acórdão declarou que esta diferença de tratamento era compatível com o princípio da não discriminação em razão do sexo, na sua vertente salarial (artigo 141.º CE), sempre e quando fosse objectivamente justificada [47], mas esclareceu que, se o número de mulheres a exercer actividade a tempo inteiro fosse significativamente inferior ao de homens, havia uma discriminação ilegítima [48].

65. O *teste* de igualdade iniciado no acórdão Jenkins exige uma análise factual que o Tribunal de Justiça nem sempre pode realizar. Por esta razão, este especificou que a avaliação dos dados para comprovar a existência de uma discriminação entre homens e mulheres cabe ao órgão jurisdicional nacional, atendendo a diversos elementos, como as estatísticas elaboradas pela

46 — Acórdão de 31 de Março de 1981 (96/80, Recueil, p. 911).

47 — Acórdão Jenkins, já referido na nota 46, n.os 11 e 12. Nas conclusões do processo Voß, já referido, n.os 32 a 38, explico detalhadamente a evolução jurisprudencial da discriminação indirecta em razão do sexo. V. também Craig, P. & de Búrca, G., *EU Law*, 4.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 886-896.

48 — Acórdão Jenkins, já referido na nota 46, n.os 13 e 14.

Inspecção do Trabalho nacional ou outros equivalentes [49].

66. A jurisprudência Jenkins foi reiterada em ocasiões subsequentes [50], ainda que a maioria delas no âmbito do artigo 141.º CE, cuja noção de igualdade em matéria salarial tem especificidades concretas. Em suma, as discriminações indirectas em razão do sexo são, actualmente, tão proibidas como as directas. Um exemplo muito expressivo é o artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 97/80/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo [51], que estrutura como norma a jurisprudência do acórdão Jenkins:

«Para efeitos do princípio da igualdade de tratamento […], verifica-se uma situação de discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra afecte uma proporção consideravelmente mais elevada de pessoas de um sexo, salvo quando essas disposições, critérios ou práticas sejam adequadas e necessárias e possam ser justificadas por factores objectivos não relacionados com o sexo» [52].

67. Dado que o artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 97/80 é aplicável às situações discriminatórias proibidas pela Directiva 76/207, a jurisprudência Jenkins deve reger o presente processo.

68. Neste contexto, só falta referir a apreciação que efectuei anteriormente sobre as normas jurídicas italianas. Depois desta avaliação, proponho ao Tribunal de Justiça que reconheça que a criação de medidas que impedem a promoção da contratação a tempo parcial pode constituir, do mesmo modo, uma restrição no acesso ao emprego. Pelos fundamentos expostos nos números 36 a 60 das presentes conclusões, as medidas nacionais debatidas desincentivam a contratação a tempo parcial. Assente esta doutrina, incumbe ao Landesgericht Bozen determinar se existem elementos de facto que provem existir uma discriminação em razão do sexo. Se o resultado desta avaliação demonstrar que a medida afecta uma proporção consideravelmente maior de mulheres do que de homens, verifica-se uma violação da Directiva 76/207, concretamente do seu artigo 3.º

49 — Sobre a utilização de critérios estatísticos na jurisprudência do Tribunal de Justiça, Nielsen, R., *European Labour Law*, DJØF Publishing, Copenhaguen, 2000, pp. 217-220.

50 — A jurisprudência Jenkins foi confirmada pouco tempo depois pelo acórdão de 13 de Maio de 1986, Bilka (170/84, Colect., n.º 29). Neste mesmo sentido, os acórdãos de 13 de Julho de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Colect., p. 2743, n.º 11); de 7 de Fevereiro de 1991, Nimz (C-184/89, Colect., p. I-297, n.º 14); de 27 de Junho de 1990, Kowalska (C-33/89, Colect., p. I-2591, n.º 13); de 4 de Junho de 1992, Bötel (C-360/90, Colect., p. I-3589, n.º 30); de 2 de Outubro de 1997, Kording (C-100/95, Colect., p. I-5289, n.º 16), e de 30 de Março de 2000, JämO (C-236/98, Colect., p. I-2189, n.º 52).

51 — JO 1998, L 14, p. 6.

52 — A Directiva 2006/54 matizou este conceito, definindo a discriminação do seguinte modo: «sempre que uma disposição, critério ou prática, aparentemente neutro, seja susceptível de colocar pessoas de um determinado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas do outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um objectivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários». Decorre da nova redacção que o factor quantitativo, o facto de afectar um número superior de mulheres do que de homens, deixa de ser um elemento determinante e concorre com outros indícios.

VI — Conclusão

69. Tendo em conta as explicações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial apresentada pelo Landesgericht Bozen declarando que:

«As cláusulas 4 e 5 do acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES, anexo à Directiva 97/81/CE do Conselho, de 15 de Dezembro, devem ser interpretadas no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional que exige o envio à Administração de uma cópia de todos os contratos a tempo parcial no prazo de 30 dias contados da sua celebração.

O artigo 3.º da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que exige o envio à Administração de uma cópia de todos os contratos a tempo parcial no prazo de 30 dias contados da sua celebração, desde que se demonstre que a medida afecta uma proporção consideravelmente maior de mulheres do que de homens. Compete ao órgão jurisdicional nacional determinar se há elementos factuais que demonstrem que existe uma discriminação em razão do sexo.»