

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
WALTER VAN GERVEN
apresentadas em 30 de Janeiro de 1990 *

Sumário	Página
Introdução	1912
Situação do problema	1912
As primeira e segunda questões	1916
— A indemnização por despedimento	1917
— As pensões	1918
Questão intermédia	1922
As terceira e quinta questões	1928
— A terceira questão, alínea a), e a quinta questão	1929
1. Hipótese da aplicabilidade do artigo 119.º	1929
2. Hipótese da aplicabilidade das directivas relativas à igualdade de tratamento	1930
— A terceira questão, alínea b)	1933
A quarta questão	1934
Conclusão	1942

*Senhor Presidente,
Senhores Juízes,*

Situação do problema

1. As questões que a Court of Appeal submeteu ao Tribunal foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe Douglas Harvey Barber (a seguir «D. H. Barber») ao Guardian Royal Exchange Assurance Group (a seguir «Guardian»), a propósito da compatibilidade das condições do despedimento de D. H. Barber com o Sex Discrimination Act 1975 e com o direito comunitário.

2. D. H. Barber entrou ao serviço da Car & General Insurance Corporation Limited (a seguir «C & G») em 1948. Posteriormente, a C & G foi absorvida pelo Guardian. Desde 1970, D. H. Barber era o director-adjunto do Serviço de Participações de South Yorkshire, em Sheffield. Este serviço foi encerrado pelo Guardian. Em 31 de Dezembro de 1980, D. H. Barber foi despedido, bem como alguns outros trabalhadores. Tinha então 52 anos de idade.

* Língua original: neerlandês.

3. Inicialmente, D. H. Barber esteve inscrito no fundo de pensões do grupo C & G, inscrevendo-se posteriormente no Guardian Royal Exchange Pension Fund (a seguir «fundo de pensões»). Este fundo faz parte do «pension scheme» (a seguir «regime de pensões») que o Guardian instituiu para os seus empregados. Trata-se de um «non contributory occupational pension scheme», ou seja, um regime de pensões profissionais privado, financiado exclusivamente pelas contribuições da entidade patronal. O regime de pensões do Guardian foi reconhecido pela autoridade britânica competente (o «Occupational Pensions Board») como um regime «contracted out» (ou seja, um regime complementar contratual), na acepção da parte III do Social Security Pensions Act 1975. Deste modo, substitui o regime nacional de pensões quanto à parte em que este está em função dos rendimentos¹.

4. A idade normal de reforma para os empregados do Guardian não abrangidos por uma secção específica do regime de pensões foi fixada em 65 anos para os homens e em 60 anos para as mulheres. No entanto, para os inscritos no fundo de pensões de reforma do Guardian que, à semelhança de D. H. Barber, estiveram anteriormente inscritos no fundo de pensões do grupo C & G, a idade normal de reforma foi fixada em 62 anos para os homens e em 57 anos para as mulheres. Além disso, o regime de pensões dispõe que todos os trabalhadores inscritos no fundo de pensões têm imediatamente direito a uma pensão, não só quando atingem a idade normal de reforma, mas também quando «são reformados» pelo Guardian em qualquer momento nos dez anos que ante-

cedem a data em que completam a idade normal².

5. O guia do pessoal distribuído pelo Guardian aos seus empregados prevê a aplicação de disposições especiais no caso de cessação do contrato de trabalho antes da data normal de reforma. A este respeito, o guia refere-se a um documento distinto intitulado «Guide to Severance Terms» (a seguir designado por «disposições aplicáveis em caso de cessação»), o qual estabelece que as disposições aplicáveis em caso de cessação nele previstas fazem parte do contrato de trabalho dos membros do quadro de pessoal que completem, pelo menos, dez anos de serviço.

As condições específicas previstas nas disposições aplicáveis em caso de cessação aplicam-se a todos os membros do pessoal em causa, cujos contratos de trabalho cessem na sequência de reforma antecipada («early retirement») ou de extinção do posto de trabalho («redundancy») e cuja idade não ultrapasse 65 anos (homens) ou 60 anos (mulheres). No presente processo, interessam-nos duas categorias destas condições específicas: as que dizem respeito ao direito à pensão («pension entitlement») (ver infra n.º 6) e as que dizem respeito à indemnização por despedimento («terminal payment») (ver infra n.º 7).

6. As disposições aplicáveis em caso de cessação conferem o direito a receber imediatamente uma pensão, calculada em conformidade com as regras do fundo de pensões, aos trabalhadores inscritos no fundo de pen-

2 — Ver o acórdão proferido pelo Employment Appeal Tribunal no qual este declara: «Under Rule 32, Mr Barber became entitled to an immediate payment on retirement at age 62 or on being retired by the Participating Company at any time during the 10 years preceding normal pension date» (o artigo 32.º conferiu a D. H. Barber o direito ao pagamento imediato de uma pensão ao completar a idade de 62 anos ou em qualquer momento nos dez anos que antecedem a data normal da reforma, caso seja reformado pela sociedade que financia o fundo).

1 — A este respeito, ver também a seguir o n.º 17.

sões que já tenham atingido a idade de 55 anos (homens) ou de 50 anos (mulheres) —, ou seja, aos trabalhadores que estão a dez anos ou, no caso dos antigos trabalhadores do grupo C & G, a sete anos da idade normal de reforma. No caso de despedimento, esses trabalhadores são considerados «reformados» pelo Guardian. Por conseguinte, a regra já mencionada (no n.º 4), que confere aos empregados o direito a uma pensão a receber imediatamente quando sejam «reformados» em qualquer momento nos dez anos que antecedem a idade normal de reforma, obriga o fundo de pensões a pagar uma pensão a esses empregados. Aos inscritos no fundo de pensões que trabalharam dez anos ou mais para o Guardian, mas que ainda não atingiram a idade de 55 anos (homens) ou de 50 anos (mulheres), as disposições aplicáveis em caso de cessação conferem apenas o direito a uma pensão a pagar em momento posterior, calculada em conformidade com as regras do fundo de pensões. Em conformidade com esta disposição, o Guardian não equipara estes empregados despedidos a «reformados», pelo que não podem (ou não poderiam) invocar a regra acima referida, relativa à passagem à reforma em qualquer momento nos dez anos que antecedem a idade normal de reforma, a fim de, por esse meio, obterem imediatamente uma pensão do fundo de pensões. É por esta razão que, efectivamente, os empregados despedidos só recebem pensões quando atingem a idade normal de reforma.

7. As disposições aplicáveis em caso de cessação prevêm, além disso, o pagamento aos trabalhadores despedidos de uma indemnização cujo montante varia consoante possam ou não exigir imediatamente uma pensão. Quando o trabalhador despedido tem imediatamente direito a uma pensão, recebe uma indemnização por despedimento igual à indemnização legal por despedimento, acrescida de uma percentagem que varia em função da sua antiguidade. Quando não tem imediatamente direito a uma pensão, recebe,

para além da indemnização legal por despedimento, um montante igual a quatro ou cinco semanas de vencimento — de acordo com a sua antiguidade — por cada ano de serviço prestado na empresa, até um máximo de 104 semanas de vencimento.

8. Como já referimos, D. H. Barber foi despedido pelo Guardian com a idade de 52 anos. Não lhe foi atribuída imediatamente uma pensão. O Guardian pagou-lhe uma indemnização por despedimento líquida de 18 597 UKL, na qual se inclui a indemnização legal por despedimento, no montante de 3 060 UKL. Além disso, podia exigir uma pensão posterior, que se venceria no momento em que atingisse a idade normal de reforma, a saber, 62 anos.

Se D. H. Barber fosse uma mulher de 52 anos, seria considerado «reformado» pelo Guardian, pelo que teria imediatamente direito a uma pensão. No entanto, o montante da sua indemnização por despedimento seria menor.

9. D. H. Barber entendeu ter sido despedido em condições discriminatórias. Moveu uma acção contra o Guardian num Industrial Tribunal por violação do Sex Discrimination Act 1975 e do direito comunitário. Tendo sido indeferido o seu pedido, demandou o Guardian no Employment Appeal Tribunal. Este observou que D. H. Barber talvez pudesse reclamar o pagamento imediato de uma pensão dos trustees (administradores) do fundo de pensões porque, no momento do seu despedimento, estava a menos de dez anos da idade normal de reforma (ver supra n.º 4) e porque o seu caso podia ser equiparado ao de um trabalhador que tivesse sido «reformado», embora tivesse sido despedido. No entanto, o Employment Appeal Tribunal entendeu que não tinha que conhecer desta questão na

medida que os trustees do fundo de pensões não foram demandados no processo que lhe foi submetido.

Além disso, o Employment Appeal Tribunal julgou improcedente a acção de D. H. Barber, pelas seguintes três razões: 1) ainda que no presente caso exista discriminação, o pedido de D. H. Barber não pode basear-se na proibição de discriminação prevista no Sex Discrimination Act 1975, pois o n.º 4 do artigo 6.º desta lei exclui do seu âmbito de aplicação as disposições «relativas ao falecimento ou à reforma» («provision in relation to death or retirement»); 2) no processo Burton³, o Tribunal de Justiça reconheceu que a questão de saber se uma pessoa tem direito a uma prestação a pagar ao abrigo de um regime de reforma é uma questão relativa ao acesso às prestações de reforma, que deve ser decidida, não com base no princípio relativo à igualdade de remuneração, mas no princípio relativo à igualdade de tratamento; 3) por fim, no que diz respeito à Directiva 76/207, relativa à igualdade de tratamento, o Employment Appeal Tribunal entendeu que não era directamente aplicável no Reino Unido e que, além disso, não fornecia qualquer elemento útil para a interpretação do n.º 4 do artigo 6.º do Sex Discrimination Act, pois não é possível saber qual é o efeito conjugado do acórdão Burton e da directiva relativa à igualdade de tratamento no contexto de um processo judicial relativo a um regime privado de pensão profissional.

10. D. H. Barber interpôs recurso desta decisão do Employment Appeal Tribunal. No âmbito deste recurso, a Court of Appeal submeteu as seguintes questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça:

- «1) Quando um grupo de empregados é despedido pela entidade patronal, por esta ter decidido extinguir os respectivos postos de trabalho, nas circunstâncias descritas e recebe prestações decorrentes desse facto, essas prestações constituem uma “remuneração” na acepção do artigo 119.º do Tratado CEE e da directiva relativa à igualdade de remuneração (75/117/CEE), são abrangidas pela directiva relativa à igualdade de tratamento (76/207/CEE), ou nenhuma destas hipóteses se aplica?
- 2) Para efeitos da resposta à primeira questão, é relevante que uma das prestações em causa seja uma pensão paga de acordo com o regime privado de pensões profissionais estabelecido pela entidade patronal (“uma pensão privada”)?
- 3) Na situação descrita, o princípio da igualdade de remuneração referido no artigo 119.º e na directiva relativa à igualdade de remuneração considera-se violado se
 - a) um homem e uma mulher da mesma idade forem despedidos, devido à extinção do seu posto de trabalho, nas mesmas circunstâncias e, por esse facto, a mulher recebe imediatamente uma pensão privada mas o homem recebe apenas uma pensão privada a ser paga em momento posterior, ou
 - b) o valor total das prestações recebidas pela mulher é superior ao valor total das prestações recebidas pelo homem?
- 4) O artigo 119.º e a directiva relativa à igualdade de remuneração têm efeito directo neste caso?

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

5) Para efeitos da resposta à terceira questão, é relevante o facto de o direito da mulher a receber imediatamente uma pensão, previsto nas disposições aplicáveis em casos de cessação do contrato de trabalho, só poder ser exercido se ela preencher as condições para receber uma pensão pagável imediatamente nos termos das regras do regime profissional privado, já que era tratada pelo Guardian como reformada, por ter sido despedida dentro do prazo de sete anos a contar da data em que, de acordo com essas regras, a pensão se venceria?»

11. Para uma exposição mais pormenorizada dos factos e da tramitação processual, bem como para um resumo das observações das partes, remetemos para o relatório para audiência, no qual se encontrará também uma descrição do enquadramento normativo do presente litígio. Por conseguinte, podemos limitar-nos aqui a indicar as quatro directivas do Conselho invocadas pelas partes nas suas observações:

— a Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975⁴;

— a Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976⁵;

— a Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978⁶;

4 — 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 (JO 1975 L 45, p. 19; EE 05 F2 p. 52).

5 — 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 (JO 1976 L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70).

6 — Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social (JO 1979 L 6, p. 24; EE 05 F2 p. 174).

— a Directiva 86/378/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986⁷.

As primeira e segunda questões

12. Através da primeira questão, a Court of Appeal pretende que lhe digam se *todas as prestações* que recebam os trabalhadores despedidos, nos termos de disposições aplicáveis em caso de cessação comparáveis àquelas em vigor no Guardian, devem ser consideradas «remunerações», na acepção das disposições do artigo 119.º do Tratado CEE e da Directiva 75/117, ou são abrangidas pela Directiva 76/207 ou por qualquer outra norma comunitária. A segunda questão limita-se a chamar a atenção para o facto de, na primeira questão, se tratar nomeadamente de *pensões* concedidas nos termos de um regime de pensões profissionais. Por esta razão não examinaremos a segunda questão separadamente.

Na primeira questão, não se procura saber se uma discriminação específica entre trabalhadores masculinos e femininos é incompatível com o direito comunitário. Este ponto só é abordado na terceira questão. A primeira questão diz exclusivamente respeito à qualificação face ao direito comunitário das duas prestações previstas nas disposições aplicáveis em caso de cessação: 1) o pagamento de uma indemnização por despedimento a todos os trabalhadores despedidos, incluindo a indemnização mínima imposta pela lei em caso de despedimento; 2) o pagamento (imediato) de uma pensão aos trabalhadores despedidos que tenham a idade de 55 anos (homens) ou de 50 anos (mulheres).

7 — Directiva 86/378/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres aos regimes profissionais da segurança social (JO 1986 L 225, p. 40).

Nos números que se seguem, iremos examinar em que medida esses dois tipos de prestações são abrangidos pelo artigo 119.º do Tratado CEE. Não examinaremos a Directiva 75/117 separadamente, atendendo a que a questão submetida diz respeito à delimitação do âmbito de aplicação do artigo 119.º e não à aplicação concreta do princípio da igualdade de remuneração, ao qual é consagrada a Directiva 75/117⁸.

A indemnização por despedimento

13. Nos termos do artigo 119.º do Tratado CEE, uma regalia que não seja salário ou vencimento ordinário é considerada «remuneração» quando seja paga directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último. Tal como o advogado-geral VerLoren van Themaat salientou nas conclusões que apresentou no processo Burton⁹, a expressão «em razão do emprego» pressupõe um nexo de causalidade indissolúvel entre a remuneração e a relação de trabalho.

14. Não é controvertido que a parte da indemnização por despedimento paga pelo Guardian que ultrapassa a indemnização mínima legal deve ser considerada uma «remuneração», na acepção do artigo 119.º Partilhámos igualmente desta opinião pelas razões adiante expostas.

O nexo de causalidade entre a indemnização por despedimento e a relação de trabalho é claramente ilustrado pelo facto de o montante dessa indemnização depender da antiguidade do trabalhador despedido. Este nexo não desaparece por a indemnização ser paga após o termo da relação de trabalho. Desde que foi proferido o acórdão do

processo Garland¹⁰, no qual se tratava das facilidades de viagem atribuídas aos trabalhadores masculinos após a sua reforma, é pacífico que as regalias atribuídas após a cessação da relação de trabalho podem ser abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 119.º Aliás, no acórdão Worringham¹¹, podemos ler uma confirmação — se não explícita pelo menos implícita — da afirmação segundo a qual as indemnizações por despedimento constituem uma «remuneração», na acepção do artigo 119.º Com efeito, o Tribunal declarou no n.º 15 dos fundamentos desse acórdão que

«os montantes... englobados *no cálculo* do salário ilíquido devido ao empregado, e que determinam directamente o cálculo de outras regalias ligadas ao salário, *como as indemnizações por cessação...*, constituem uma componente da remuneração do trabalhador, na acepção do n.º 2 do artigo 119.º do Tratado, ainda que sejam imediatamente descontados pela entidade patronal a fim de serem entregues, em nome do empregado, a um fundo de pensões» (o sublinhado é nosso).

Interpretamos esta passagem no sentido de que, quando os montantes sejam directamente pagos pela entidade patronal aos trabalhadores despedidos no âmbito de um plano social de redução de efectivos, o Tribunal os considera *a fortiori* uma «remuneração»¹².

15. Esta conclusão também será válida quando se trate da parte da indemnização por despedimento que corresponde à indem-

⁸ — Ver acórdão de 31 de Março de 1981, Jenkins, n.ºs 19 a 22 (96/80, Recueil, p. 911).

⁹ — Recueil 1982, p. 589.

¹⁰ — Acórdão de 9 de Fevereiro de 1982, Garland (12/81, Recueil, p. 359).

¹¹ — Acórdão de 11 de Março de 1981, Worringham (69/80, Recueil, p. 767).

¹² — A jurisprudência do Reino Unido vai no mesmo sentido. Deste modo, no processo Hammersmith and Queen Charlotte's Special Health Authority/Cato, CMLR, Janeiro de 1988, o Employment Appeal Tribunal declarou expressamente que uma indemnização por despedimento é uma «remuneração» na acepção do artigo 119.º do Tratado CEE.

nização mínima legal por despedimento? Durante as alegações que fez na audiência, o representante do Reino Unido declarou que o artigo 119.º do Tratado CEE não é aplicável à referida parte da indemnização por despedimento. Esta parte será uma regalia com a natureza de uma prestação de segurança social. Se se atender ao acórdão proferido pelo Tribunal no processo Defrenne I¹³, esta parte, fixada na lei, da indemnização por despedimento não pode ser considerada uma remuneração paga pela entidade patronal.

Não podemos partilhar desta posição. Uma remuneração não escapa ao âmbito de aplicação do artigo 119.º pela simples razão de ser imposta pela lei. No acórdão Defrenne II¹⁴, o Tribunal declarou no n.º 1 da parte decisória que o artigo 119.º pode ser invocado perante os órgãos jurisdicionais nacionais, «nomeadamente no caso de discriminações que têm directamente origem em disposições legislativas». Em nossa opinião, o facto de a obrigação de indemnização que incumbe à entidade patronal ter sido inspirada por considerações de segurança social também não basta para excluir uma indemnização mínima, do âmbito de aplicação do artigo 119.º A posição é a mesma no que diz respeito às disposições legais relativas ao salário mínimo. Ora, parece-nos evidente que o salário pago por uma entidade patronal é abrangido na totalidade pelo artigo 119.º, mesmo que se ligue, no todo ou em parte, a disposições legais em matéria de salário mínimo.

Tal como indicámos acima, o ponto determinante é o de saber se existe um nexo de causalidade indissolúvel entre a prestação e a relação de trabalho: esse nexo existe desde o momento em que a entidade patronal pague com recursos próprios uma indemniza-

ção aos trabalhadores que emprega ou empregou, a título do trabalho por eles prestado, por conseguinte, «em razão do emprego», ainda que a concessão dessa indemnização resulte de disposições legais inspiradas por considerações de segurança social.

16. Em resumo, entendemos que uma indemnização por despedimento, incluindo a indemnização mínima legal, que é paga a título de um regime profissional pela entidade patronal aos trabalhadores que despediu, é uma «remuneração», na acepção do segundo parágrafo do artigo 119.º do Tratado CEE.

As pensões

17. Antes de qualificar, à luz do artigo 119.º do Tratado CEE, as pensões objecto do litígio principal, parece-nos útil precisar as características do regime de pensões do Guardian.

Como já indicámos acima, trata-se de um regime de pensões profissionais reconhecido pela autoridade competente enquanto regime «contracted-out». O Tribunal já teve ocasião de se debruçar sobre um regime de pensões «contracted-out» no âmbito de dois processos anteriores, a saber, os processos Worringham et Newstead¹⁵. No acórdão que proferiu no processo Newstead (n.º 3 dos fundamentos), o Tribunal descreveu esse regime da seguinte maneira:

«Este regime substitui, nos termos da legislação em vigor sobre esta matéria no Reino Unido, o regime nacional de pensões de reforma, na parte destas prestações cujo mon-

13 — Acórdão de 25 de Maio de 1971, Defrenne (80/70, Recueil, p. 445).

14 — Acórdão de 8 de Abril de 1976, Defrenne (43/75, Recueil, p. 455).

15 — Acórdão de 3 de Dezembro de 1987, Newstead (192/85, Collect., p. 4753).

tante está dependente do montante do salário recebido por cada empregado. Os filiados num regime deste tipo, que é qualificado de regime "complementar contratual" ("contracted out"), apenas descontam para o regime nacional quotizações reduzidas, correspondentes à pensão de base de taxa fixa que o regime nacional atribui a todos os trabalhadores, independentemente do seu salário. Encontram-se, por outro lado, obrigados a contribuir para o regime profissional, nas condições neste previstas.»

O regime de pensões do Guardian corresponde a esta descrição, com excepção de um ponto: o regime de pensões do Guardian é um regime de natureza «não contributiva», ou seja, um regime para o qual os trabalhadores não têm que contribuir.

Além disso, o regime de pensões do Guardian caracteriza-se pela existência de um *fundo* de pensões. Nas conclusões que apresentou no processo Worringham, o advogado-geral Warner expôs pormenorizadamente o funcionamento deste tipo de fundo de pensões¹⁶. O fundo é gerido por trustees. Para além de um ou mais representantes da entidade patronal, há geralmente entre os trustees um ou mais mandatários da associação do pessoal e/ou do sindicato. Os trustees são pessoas de confiança que devem exercer as suas funções com plena independência em relação à entidade patronal e aos trabalhadores. A entidade patronal entrega ao fundo de pensões contribuições calculadas por um actuário com base nos compromissos presentes e futuros do fundo. As contribuições não são atribuídas aos empregados inscritos, individualmente considerados. As prestações devidas pelo fundo são efectuadas pelos trustees, em conformidade com as suas regras.

Para saber se as pensões pagas por conta desse regime em caso de despedimento são abrangidas pelo artigo 119.º do Tratado CEE, devemos tomar em conta os acórdãos que o Tribunal proferiu nos processos Defrenne, Bilka¹⁷ e Newstead.

18. No processo Defrenne I, o Tribunal debucou-se sobre a questão de saber se uma pensão de reforma instituída no âmbito de um regime legal de segurança social constitui uma regalia, na acepção do artigo 119.º O Tribunal respondeu negativamente a esta questão, justificando a sua resposta nos n.ºs 7 a 9 fundamentos da seguinte maneira:

«7 deste modo, se os benefícios com a natureza de prestações da segurança social não são, em princípio, alheios à noção de remuneração, no entanto não é possível incluir nessa noção, conforme delimitada no artigo 119.º, os regimes ou prestações de segurança social, nomeadamente as pensões de reforma, directamente regulados pela lei, sem qualquer elemento de concertação no seio da empresa ou no sector de actividade em causa, obrigatoriamente aplicáveis a categorias gerais de trabalhadores;

8 com efeito, esses regimes asseguram aos trabalhadores o benefício de um sistema legal para cujo financiamento os trabalhadores, as entidades patronais e, eventualmente, os poderes públicos contribuem numa medida que é função, não tanto da relação de trabalho entre a entidade patronal e o trabalhador, mas antes de considerações de política social;

16 — Recueil 1981, p. 796-798.

17 — Acórdão de 13 de Maio de 1986, Bilka (170/84, Collect., p. 1607).

9 deste modo, a parte que incumbe às entidades patronais no financiamento desses sistemas não constitui um pagamento directo ou indirecto ao trabalhador.»

Através desta resposta, o Tribunal esclareceu que as contribuições para pensões pagas por uma entidade patronal em execução de um regime *legal* de segurança social *não* são abrangidas pelo artigo 119.º, pois são função, não tanto da relação de trabalho entre a entidade patronal e o trabalhador, mas antes de considerações de política social.

19. A questão que se colocou na sequência deste acórdão foi a de saber se do mesmo é possível deduzir *a contrario* que os pagamentos efectuados, directa ou indirectamente, pela entidade patronal em execução de um regime de pensões profissionais de origem *contratual* entram, *estes sim*, no âmbito de aplicação daquele artigo.

No acórdão que proferiu no processo Bilka, o Tribunal confirmou que, efectivamente, é possível raciocinar *a contrario*. Tratava-se neste processo da pensão complementar que, em conformidade com o disposto na legislação alemã, uma empresa tinha instituído com base numa convenção colectiva e que era financiada exclusivamente pela entidade patronal. Os trabalhadores a tempo inteiro podiam beneficiar dessa pensão, mas não os trabalhadores a tempo parcial — na maioria, do sexo feminino. Após ter estabelecido que o regime de pensões impugnado tinha na origem um acordo celebrado entre a entidade patronal e a comissão de trabalhadores e que, além disso, era parte integrante dos contratos de trabalho celebrados com os trabalhadores, o Tribunal declarou que as prestações concedidas aos trabalha-

dores nos termos desse regime caíam no âmbito de aplicação do artigo 119.º (ver n.ºs 20 a 22 dos fundamentos).

Em nossa opinião, o acórdão proferido pelo Tribunal no processo Bilka deve ser interpretado no sentido de que as pensões prestadas em conformidade com um regulamento de empresa de origem contratual e financiadas exclusivamente pela entidade patronal devem ser entendidas como uma remuneração — ainda que apresentem semelhanças com prestações da segurança social —, pois foram (geralmente) instituídas, após uma concertação interna no seio da empresa em questão, a favor de uma determinada categoria de trabalhadores, a saber, aqueles que trabalham numa determinada empresa, estando por conseguinte ligadas à relação de trabalho entre uma determinada entidade patronal e os seus trabalhadores.

20. Os acórdãos Defrenne I e Bilka delimitaram claramente o âmbito de aplicação do artigo 119.º no que diz respeito aos regimes de pensões puramente legais e aos regimes de pensão puramente contratuais. Mas qual é a situação quanto aos chamados regimes «contracted out»?

Nas conclusões que apresentou no processo Worringham¹⁸, o advogado-geral Warner observou que o regime «contracted out» é um regime de pensões privado instituído, não tanto como complemento do sistema legal de segurança social mas como sistema destinado a substituí-lo, no todo ou em parte. Por esta razão o advogado-geral entendeu que esse regime não seria abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 119.º No entanto, no acórdão que proferiu neste processo, o Tribunal adoptou, quanto ao problema de interpretação submetido, uma perspectiva diferente daquela defendida pelo

18 — Recueil 1981, p. 805-806.

advogado-geral, pelo que não teve que se pronunciar quanto ao efeito que se deveria atribuir ao nexa entre um regime de pensões profissionais e o regime de pensões legal.

A questão surgiu de novo no processo Newstead. À semelhança de D. H. Barber, G. Newstead estava inscrito num regime de pensões profissionais reconhecido enquanto regime «contracted out». Em conformidade com as condições de reconhecimento impostas pelo Social Security Pension Act 1975, esse regime previa a concessão de uma pensão de viuvez no caso do falecimento de um trabalhador casado de sexo masculino (mas não de sexo feminino). Essas pensões eram pagas às viúvas por um fundo financiado pelas contribuições dos trabalhadores do sexo masculino. Essas contribuições eram descontadas no salário líquido pela entidade patronal. Não estando obrigadas a pagar contribuições para o fundo, as trabalhadoras recebiam um salário líquido mais elevado que os trabalhadores de sexo masculino.

São principalmente os n.ºs 14 e 15 dos fundamentos que nos parecem importantes para o processo que nos ocupa hoje:

«14 Deve, pois, declarar-se que o elemento que está na origem da disparidade controvertida não constitui nem uma prestação paga aos trabalhadores nem uma cotização para um regime de reforma paga pela entidade patronal em nome do empregado, situações essas que ambas seriam susceptíveis de ser consideradas “regalias pagas, directa ou indirectamente, ao trabalhador” na aceção do artigo 119.º

tização para um regime profissional de reforma. Este regime comporta determinadas disposições mais favoráveis do que o regime legal de aplicação genérica e substitui-o. Em consequência, a cotização, tal como a cotização para um regime legal de segurança social, deve considerar-se abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 118.º do Tratado e não pelo do artigo 119.º»

21. O Governo britânico considera que o acórdão Newstead confirma o seu ponto de vista, segundo o qual os regimes «contracted out», como o do Guardian, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 119.º do Tratado CEE, pois substituem o regime legal. Esta conclusão parece-nos demasiado genérica.

Ao ler o acórdão Newstead, é preciso não perder de vista que o salário líquido pago pela entidade patronal aos homens e às mulheres era igual. Por conseguinte, não havia qualquer discriminação em matéria de remuneração (líquida). A diferença estabelecida dizia respeito ao salário líquido e resultava exclusivamente de um regime de pensões para viúvas imposto pela lei britânica no âmbito das condições de reconhecimento dos regimes «contracted out», por força do qual a entidade patronal devia descontar uma contribuição para esse regime do salário que pagava aos seus trabalhadores do sexo masculino. O acórdão do Tribunal dizia respeito a este regime específico para viúvas imposto pela lei e inscrevia-se na linha do acórdão proferido no processo Defrenne I, no qual o Tribunal considerou que um regime de pensões, também ele instituído pela lei, escapava ao âmbito de aplicação do artigo 119.º

15 A disparidade controvertida resulta, pelo contrário, do desconto de uma co-

Subtrair também ao âmbito de aplicação do artigo 119.º o regime aqui em questão, de-

vido à analogia com o acórdão Defrenne I, conforme sugere o Governo britânico, parece-nos ser uma generalização excessiva do acórdão Newstead. Pelo contrário, a situação que defrontamos no presente caso é semelhante àquela sobre a qual o Tribunal se pronunciou no processo Bilka. Em primeiro lugar, o direito a receber imediatamente uma pensão em caso de *despedimento*, em questão no presente processo, *não tem* na origem uma disposição legal que torne o referido direito obrigatório, a fim de assegurar o paralelismo com uma disposição análoga prevista no regime nacional de segurança social a favor dos trabalhadores despedidos em geral. Com efeito, neste caso, o direito baseia-se nas disposições aplicáveis em caso de cessação do Guardian, as quais são de natureza puramente contratual, tal como no processo Bilka. Para além disso, neste caso não se trata, como no processo Newstead, de um regime financiado por contribuições descontadas do salário dos trabalhadores, mas sim, como no processo Bilka, de um regime financiado por contribuições pagas pelos recursos próprios da entidade patronal por força das regalias complementares prestadas aos trabalhadores da empresa através de um regime de pensões. Por esta razão, o regime de pensões que o Guardian aplica aos seus trabalhadores despedidos é abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 119.º, à semelhança da indemnização por despedimento, à qual está estreitamente ligado no presente caso e que em parte substitui.

22. Referimos anteriormente (no n.º 17) que o regime de pensões do Guardian apresenta duas características: por um lado, é totalmente financiado pelas contribuições patronais e, por outro, as contribuições são entregues a um fundo de pensões por trustees, os quais asseguram o pagamento das pensões.

Em nossa opinião, nenhuma destas duas características modifica a posição que acaba-

mos de adoptar. A primeira característica confirma essa posição, pois o regime em causa está assim mais próximo do acórdão Bilka (no qual também se tratava de uma pensão financiada unicamente pela entidade patronal).

Por outro lado, a segunda característica não impede de forma alguma a aplicação do artigo 119.º. Com efeito, este artigo do Tratado refere-se a qualquer regalia que a entidade patronal pague, directa ou indirectamente, ao trabalhador em razão do emprego deste último. É claro que as contribuições entregues pela entidade patronal aos trustees do fundo de pensões se destinam aos trabalhadores cujos interesses os trustees devem defender. Deste modo, as quantias que a entidade patronal paga aos trustees e que estes pagam aos trabalhadores devem ser consideradas como regalias indirectamente pagas aos trabalhadores. Aliás, parece-nos que este ponto de vista foi confirmado pelo Tribunal no acórdão que proferiu no processo Worringham.

23. Em resumo, entendemos que as pensões pagas aos trabalhadores despedidos por intermédio dos trustees de um fundo de pensões, financiado pelas contribuições das entidades patronais em conformidade com um regime de pensões profissionais reconhecido enquanto regime «contracted out», constituem uma «remuneração», na acepção do segundo parágrafo do artigo 119.º do Tratado CEE.

Questão intermédia

24. Nas suas observações, a Comissão alegou que, no acórdão que proferiu no processo Bilka, o Tribunal abandonou a distinção que anteriormente fizera no acórdão

Burton entre o «montante» da prestação salarial (remuneração referida no artigo 119.º) e o «acesso» a esta prestação (condição de trabalho que não é abrangida pelo artigo 119.º, mas pelos artigos 117.º e 118.º). De qualquer modo, ainda que não fosse esse o caso, a distinção só pode ser feita na hipótese de uma desvinculação por iniciativa do trabalhador, pois no caso de despedimento o problema do «acesso» às indemnizações por despedimento não se coloca.

Em caso de desvinculação por sua iniciativa, os membros do pessoal em causa recebiam uma pensão antecipada, para além da respectiva indemnização, imediatamente liquidada. A. Burton, que tinha 58 anos de idade, requereu a desvinculação da empresa e o benefício destas condições. O seu pedido foi rejeitado pela BR, porque ainda não tinha a idade mínima requerida para os trabalhadores do sexo masculino.

No n.º 8 dos fundamentos, o Tribunal declarou:

Antes de responder às questões da Court of Appeal sobre a natureza discriminatória do regime impugnado, examinaremos se as afirmações da Comissão são fundadas. Se se entender que a Comissão tem razão e que as condições que regulam o acesso ao salário (incluindo o acesso a uma indemnização ou a uma pensão em caso de despedimento) entram no âmbito de aplicação do artigo 119.º, então será necessário responder às terceira e quinta questões, bem como à quarta questão, conforme indicado pelo juiz do reenvio nas questões que submeteu, a partir do ponto de vista do artigo 119.º Na hipótese contrária, deverá responder-se às questões à luz das directivas relativas à igualdade de tratamento, as quais serão então aplicáveis.

«Do exposto resulta que o problema de interpretação submetido ao Tribunal não diz respeito à indemnização enquanto tal, mas à questão de saber se há discriminação no que diz respeito às condições de acesso ao regime de desvinculação por iniciativa do trabalhador. Esta matéria é abrangida pela Directiva 76/207, indicada pelo órgão jurisdicional nacional, e não pelo artigo 119.º do Tratado, nem pela Directiva 75/117.»

25. Parece-nos útil recordar sumariamente os factos em causa no processo Burton. A. Burton era funcionário da British Railways Board (BR), que é uma pessoa jurídica de direito público. No âmbito de uma reorganização interna, a BR ofereceu a alguns membros do seu pessoal a possibilidade de deixar voluntariamente a empresa nas condições fixadas por uma convenção colectiva de trabalho celebrada entre a direcção e as organizações sindicais representativas. Esta convenção colectiva previa que apenas os membros do pessoal com idade igual ou superior a 60 anos (homens) ou a 55 anos (mulheres) podiam fazer uso desta possibili-

26. Interpretamos este fundamento do acórdão no sentido de que, quando se trate da «indemnização enquanto tal», o artigo 119.º é aplicável. Em contrapartida, quando se trate das «condições de acesso» ao regime de desvinculação por iniciativa do trabalhador, já não é o artigo 119.º que se aplica mas sim a Directiva 76/207, mesmo quando essas condições sejam acompanhadas (ver infra) por consequências financeiras para o trabalhador. O Tribunal não precisou a noção de «indemnização» nem a de «condições de acesso» a um regime determinado.

No processo Burton, o Tribunal pronunciou-se sobre uma condição de acesso bem precisa, a saber, a condição da idade, diferente consoante o sexo, para poder exigir regalias previstas no plano social de redução

de efectivos no caso de cessação da relação de trabalho por iniciativa do trabalhador. Ao incluir esta condição de idade no âmbito da Directiva 76/207 e não no do artigo 119.º, o acórdão do Tribunal situa-se no prolongamento do acórdão Defrenne III¹⁹, no qual, a propósito de uma cláusula com base na qual fora rescindido um contrato de trabalho de hospedeira do ar quando a interessada atingiu os 40 anos de idade, o Tribunal declarou:

«em particular, o facto de a determinação de certas condições de trabalho — como a fixação de um limite de idade específico — poder ter consequências pecuniárias não é razão suficiente para fazer entrar essas condições no âmbito de aplicação do artigo 119.º, que se baseia na estreita ligação que existe entre a natureza da prestação de trabalho e o montante do salário» (n.º 21).

Para além do acórdão Burton, o Tribunal decidiu ainda em três acórdãos posteriores (Roberts²⁰, Marshall²¹ e Beets-Propert²²) que um limite de idade aplicado à cessação de uma relação de trabalho é uma condição de trabalho ou, mais precisamente, uma condição de despedimento cuja regularidade deve ser examinada à luz da Directiva 76/207.

27. No processo Bilka, o Tribunal não foi confrontado com uma condição de idade variável em função do sexo, mas sim, como atrás indicámos (no n.º 19), com uma condição para a concessão da pensão complementar de uma empresa, instituída por uma convenção colectiva. Esta condição estipulava que apenas poderiam beneficiar da pen-

são os trabalhadores a tempo inteiro. O Tribunal decidiu então que as prestações pagas nos termos deste regime eram abrangidas pelo artigo 119.º e que na verdade podia tratar-se de uma discriminação proibida por esse artigo, pois o regime excluía principalmente os trabalhadores a tempo parcial de sexo feminino²³.

Por conseguinte, a questão que se coloca é a de saber se o acórdão que o Tribunal proferiu no processo Bilka é compatível com o que tinha anteriormente proferido no processo Burton e, na negativa, se (e em que medida) o acórdão Bilka tornou caduca a jurisprudência estabelecida no acórdão Burton.

28. Com efeito, à primeira vista, coloca-se um problema de compatibilidade. Efectivamente, não vemos de modo algum por que razão uma condição de idade, da qual depende a concessão de uma regalia em matéria de pensões, não pode ser abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 119.º, enquanto uma condição relativa ao trabalho a tempo inteiro, à qual também está sujeita a concessão de uma regalia em matéria de pensões, é abrangida por esse artigo. Tanto num caso como no outro, trata-se de uma condição que regula o «acesso» a um regime de pensões²⁴. Enquanto tais, essas condições devem distinguir-se das condições salariais *stricto sensu* que regem, por exemplo, o montante, os elementos constitutivos e o modo de cálculo do salário ou, neste caso,

23 — Ver também o acórdão de 13 de Julho de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Colect., p. 2743), no qual o Tribunal declarou que, em princípio, o artigo 119.º obsta a uma disposição da legislação nacional que permite às entidades patronais não pagar remunerações em caso de doença dos trabalhadores (essencialmente femininos) que trabalham a tempo parcial.

24 — Naturalmente existem diferenças: a condição relativa ao trabalho a tempo inteiro diz respeito à concessão em si mesma da pensão, enquanto que a condição de idade se reporta ao momento em que a pensão é concedida. Esta diferença tem um carácter relativo: o «adiamento do direito» em matéria de pensões de velhice ou de reforma torna-se uma «perda do direito» em caso de falecimento do beneficiário. Essa diferença é, aliás, irrelevante no contexto em que nos situamos hoje: ambas as condições dizem respeito ao acesso ao regime.

19 — Acórdão de 15 de Junho de 1978, Defrenne (149/77, Recueil, p. 1365).

20 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Roberts (151/84, Colect., p. 703).

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

22 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Beets-Propert (262/84, Colect., p. 773).

da pensão, isto é, das condições que regem as «prestações» em si mesmas.

As condições relativas ao acesso a regalias salariais (ou atribuídas em caso de despedimento) têm repercussões nas «prestações», na medida em que condicionam a prestação (quanto à sua existência ou ao momento em que nasce). Contudo, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal proferida no acórdão Defrenne III, «não é razão suficiente para fazer entrar essas condições no âmbito de aplicação do artigo 119.º, que se baseia na estreita ligação que existe entre a natureza da prestação de trabalho e o montante do salário» (n.º 21 dos fundamentos, já citado no n.º 26). Parece que o acórdão Burton é conforme a esta jurisprudência, enquanto o acórdão Bilka se afasta da mesma.

29. Para sair deste «impasse» existem três soluções. No entanto, a título preliminar, queremos observar que a razão por que surge com tanta frequência problemas da delimitação entre o âmbito de aplicação do artigo 119.º e o âmbito de aplicação das directivas em matéria de igualdade de tratamento (admitindo que o segundo invade o primeiro) reside naturalmente no facto de a jurisprudência do Tribunal reconhecer ao artigo 119.º, em determinadas condições, efeito directo entre particulares, mas não às directivas acima referidas (ver infra n.ºs 47 e 49). Se esta importante diferença desaparecesse ou perdesse importância, os problemas de delimitação acima invocados tornaram-se-iam raros, se não desaparecessem mesmo completamente.

As três soluções são as seguintes: ou, à semelhança do acórdão Burton, restringir o âmbito de aplicação do artigo 119.º às con-

dições salariais *stricto sensu* que dizem respeito ao montante do salário, ou seja, às próprias prestações, deitando neste caso recusar-se ao acórdão Bilka o valor de precedente na matéria; ou alargar o âmbito de aplicação do artigo 119.º a todas as condições de trabalho que influenciam, directa ou indirectamente, o montante do salário, ou seja, que têm consequências financeiras para o trabalhador, devendo neste caso o acórdão Bilka ser considerado o precursor de uma concepção na matéria que rompe com a concepção restritiva do acórdão Defrenne III; ou deduzir um denominador comum ao acórdão Bilka e ao acórdão Defrenne III e retirar daí uma interpretação do artigo 119.º que lhe dê todo o seu alcance, ainda que tomando em conta as matérias reguladas nos artigos 117.º e 118.º

Examinemos resumidamente cada uma destas soluções.

30. A primeira solução tem o mérito de se ligar à concepção que o Tribunal exprimiu nos n.ºs 19 e 20 dos fundamentos do acórdão Defrenne III (que antecederam os fundamentos que citámos no n.º 26). O Tribunal considerou neles que:

«em contraste com o teor de natureza essencialmente programática dos artigos 117.º e 118.º, o artigo 119.º, limitado ao problema das discriminações em matéria salarial entre trabalhadores masculinos e femininos, constitui uma regra especial cuja aplicação pressupõe dados precisos;

nestas condições, não é possível alargar o alcance deste artigo a elementos da relação de trabalho que nele não são explicitamente referidos».

Nos fundamentos seguintes, o Tribunal expõe outras razões (que não as que citámos anteriormente no n.º 26) que impõem a adopção dessa interpretação não extensiva: o artigo 119.º tem por objecto um factor determinado, a saber, um salário igual para uma prestação igual, e não outras condições de contratação ou de trabalho que possam ter em conta a específica situação da mulher na relação de trabalho; alargar a formulação do artigo 119.º pode comprometer a aplicabilidade directa desse artigo e implicar uma ingerência nos domínios reservados pelos artigos 117.º e 118.º para as autoridades neles citadas.

Dois elementos militam contra esta solução, a saber, o facto de, tudo considerado, dar do artigo 119.º uma interpretação que restringe o seu âmbito de aplicação — enquanto o Tribunal, neste âmbito de aplicação, tem uma visão lata dos elementos que são abrangidos pela noção de «remuneração» —, para além do facto de esta interpretação ser menos conforme ao princípio da igualdade entre trabalhadores de sexo masculino e de sexo feminino em quaisquer matérias, princípio cuja importância fundamental o Tribunal sublinhou em numerosas ocasiões²⁵ e no qual se apoiou²⁶ para dar, consoante o caso, uma interpretação restritiva ou lata a conceitos comunitários.

31. Uma *segunda* solução, que toma o acórdão Bilka como ponto de partida, abrangendo no âmbito de aplicação do artigo 119.º todas as condições de trabalho que possam ter consequências financeiras e que, por conseguinte, possam influenciar, directa ou indirectamente, a remuneração do trabalhador, apresenta evidentemente vantagens e

inconvenientes opostos. Esta solução apresenta a vantagem de, em conformidade com o princípio da igualdade, dar ao artigo 119.º uma aplicação tão lata quanto possível, não dando ênfase à natureza «especial» ou «excepcional» do artigo 119.º, por comparação com o teor genérico dos artigos 117.º e 118.º, mas sim à natureza juridicamente vinculativa do artigo 119.º, por comparação (ver Defrenne III) com o «teor de natureza essencialmente programática» dos artigos 117.º e 118.º, de modo a conferir ao artigo 119.º um conteúdo tão vasto quanto possível.

Em contrapartida, esta solução apresenta dois inconvenientes. Por um lado, à semelhança da solução precedente, não fornece um critério decisivo que permita delimitar o artigo 119.º em relação aos artigos 117.º e 118.º, visto que o critério da influência directa ou indirecta sobre a remuneração não é muito claro, ainda que talvez seja mais fácil de aplicar do que a distinção entre a «indemnização enquanto tal» e as «condições de acesso» à remuneração. Por outro lado, esta segunda solução tem como efeito usurpar o domínio que os artigos 117.º e 118.º reservam para os Estados-membros e para a Comissão.

32. Quanto à *terceira* solução, consiste em colocar o acórdão Bilka e a jurisprudência anterior sob um denominador comum.

Recordemos que os acórdãos proferidos nos processos Defrenne III, Burton, Marshall, Beets-Propert e também, aparentemente, no processo Roberts, dizem todos respeito a uma condição (de idade) ou a um limite (de idade) relativo à *cessação* de uma relação de trabalho: essa condição ou limite tem por objecto determinar os trabalhadores a cujos contratos de trabalho é posto termo, em de-

25 — Ver, nomeadamente, o acórdão de 20 de Março de 1984, Razzouk e Beydoun, n.º 16 (75/82 e 117/82, Recueil, p. 1509).

26 — Ver, nomeadamente, o acórdão Marshall (acima referido na nota 21), n.º 36.

terminadas condições financeiras. Vista desta maneira, a condição ou o limite de idade apresenta-se claramente como uma condição de trabalho ou, mais exactamente, como uma condição de despedimento ou, em termos mais latos, como uma condição de cessação do contrato de trabalho ou de emprego, ou seja, uma condição por força da qual são seleccionados os trabalhadores cuja relação de trabalho cessa²⁷. Em contrapartida, quando a condição ou limite de idade não preenche esta função, mas determina, como no presente caso, a concessão da indemnização por despedimento ou da pensão aos trabalhadores *a cuja relação laboral desde logo foi decidido pôr termo* com base noutros factores (por hipótese, não discriminatórios), trata-se, neste caso, de uma condição salarial abrangida pelo artigo 119.º²⁸. Em contrapartida, no processo Bilka, que não diz respeito a uma condição de idade, também está em causa uma condição relativa à concessão de um direito a pensão (é também o caso do acórdão recentemente proferido no processo Rinner-Kühn, no qual se entende que o artigo 119.º abrange uma condição relativa à concessão de uma remuneração em caso de doença).

Em suma, a distinção que acaba de ser feita abrange no âmbito de aplicação do artigo

119.º as condições de trabalho (incluindo as condições de despedimento ou as outras condições de desvinculação) que determinam directamente o acesso, ou seja, a concessão, de uma prestação salarial (incluindo uma indemnização ou uma pensão em caso de despedimento), *com exclusão* das condições anteriores que regem a constituição, a manutenção ou a cessação da relação de trabalho, ainda que estas últimas acarretem consequências pecuniárias ou sejam acompanhadas por dispositivos financeiros (como indemnizações por despedimento ou pensões).

Esta solução intermédia apresenta a vantagem de dar pleno efeito ao âmbito de aplicação do artigo 119.º, aí incluindo todas as condições de remuneração em sentido lato (ainda que não desmesuradamente), de o não restringir apenas às condições que regulam o montante da remuneração, os seus elementos constitutivos ou o seu módulo de cálculo, de se situar na linha dos acórdãos proferidos pelo Tribunal e de não usurpar excessivamente o âmbito de aplicação dos artigos 117.º e 118.º. Na verdade, esta solução intermédia modera a segunda solução, a qual é demasiado lata — e, na nossa opinião, insuficientemente escorada nos textos do Tratado —, na medida em que esta terceira solução não inclui no âmbito de aplicação do artigo 119.º todas as condições de trabalho que podem influenciar, directa ou indirectamente, a remuneração mas apenas aquelas que regulam a concessão (de parte) da remuneração e que, por conseguinte, devem distinguir-se daquelas que regulam um elemento que não seja a remuneração (por exemplo, a cessação da relação de trabalho), ainda que esse outro elemento possa acarretar a aplicação de um dispositivo financeiro.

33. Deduz-se do exposto que a nossa preferência vai para a terceira solução (intermé-

27 — Ver, em especial, o acórdão Marshall (acima referido na nota 21), n.º 32.

28 — Também no processo Roberts se tratava, de facto, conforme resulta do n.º 33, de uma condição de idade (idêntica) para a concessão de uma pensão antecipada (e não, como os n.ºs 30 e 32 podem fazer crer, de um limite de idade com base no qual se determinariam os trabalhadores que deviam ser obrigatoriamente reformados). O Tribunal, é certo, não examinou esta condição de idade (idêntica) na perspectiva do artigo 119.º. Ele qualificou-a de condição de despedimento na aceção do artigo 5.º da Directiva 76/207/CEE, pois a questão que lhe fora submetida reportava-se unicamente ao ponto de saber se A. Roberts tinha sido tratada de maneira incompatível com a directiva. Com efeito, a aplicação do artigo 119.º não teria beneficiado de forma alguma A. Roberts, na medida em que ela tinha recebido indemnizações por despedimento idênticas às indemnizações recebidas pelos seus colegas masculinos com a mesma idade (ver a seguir os n.ºs 42 e 43). No entanto, o artigo 119.º e a Directiva 76/207/CEE não se excluem mutuamente (ver o primeiro considerando da Directiva 76/207/CEE). Deste modo, não é possível deduzir do acórdão, que declara a condição de idade em causa no processo Roberts abrangida pela Directiva 76/207/CEE, que o artigo 119.º não pode ser aplicado ao mesmo tempo.

dia): ela dá ao âmbito de aplicação do artigo 119.º um largo alcance, sem ser excessivo, e situa-se na linha dos acórdãos do Tribunal. Em consequência, o caso que hoje nos ocupa é abrangido pelo artigo 119.º do Tratado CEE, pois a condição de idade *não tem* aqui como finalidade designar os trabalhadores a cuja relação de trabalho se vai pôr termo (caso em que se trataria de uma condição de despedimento abrangida pela directiva sobre a igualdade de tratamento, ver a seguir os n.ºs 8 e seguintes), mas trata-se *sim* de uma condição de concessão de uma indemnização ou de uma pensão em caso de despedimento, que produz os seus efeitos após a cessação da relação de trabalho (neste caso, o encerramento do serviço em que D. H. Barber trabalhava, o que sucedeu em relação a todos os que aí trabalhavam, sem distinção entre homens e mulheres)²⁹.

Para o caso de o Tribunal não partilhar da nossa opinião e entender que todas as condições de acesso à remuneração — incluindo a condição de idade em causa no presente processo — devem ser examinadas exclusivamente à luz das directivas sobre a igualdade de tratamento (e que nenhuma delas é abrangida pelo artigo 119.º), desenvolveremos agora duas ordens de raciocínio, ou seja, examinaremos tanto a hipótese da aplicação do artigo 119.º como a hipótese da aplicação das directivas sobre a igualdade de tratamento. Aliás, este duplo curso

permitirá avaliar as consequências da escolha de uma ou de outra hipótese. No decurso da nossa exposição, referiremos sumariamente a questão dos efeitos temporais da eventual decisão do Tribunal que determine a efectiva aplicação do artigo 119.º a casos como o que está em causa (ver a seguir o n.º 37).

34. A fim de resumir a nossa resposta à questão intermédia, entendemos que as condições de trabalho (nomeadamente, uma condição de idade) que regulam directamente o acesso à remuneração, ou seja, a concessão dessa remuneração (incluindo indemnização ou pensão em caso de despedimento) são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 119.º, enquanto que as condições de trabalho (como uma condição de idade) que regulam (nomeadamente) a cessação da relação de trabalho são abrangidas pelas directivas sobre a igualdade de tratamento, ainda que essa cessação tenha consequências pecuniárias ou acarrete a aplicação de dispositivos financeiros.

As terceira e quinta questões

35. A terceira questão resulta do facto de, no presente caso, um homem e uma mulher da mesma idade, despedidos nas mesmas circunstâncias, serem objecto de tratamento diferente. A alínea a) da questão diz respeito ao facto de uma mulher receber imediatamente uma pensão, enquanto que um homem apenas pode exigir uma pensão a pagar em momento posterior. A alínea b) já não se reporta a esta primeira diferença, mas sim ao facto de o valor total de todas as prestações acumuladas ser mais elevado no caso de uma mulher despedida do que no caso de um homem objecto da mesma medida. A Court of Appeal pretende saber se estas diferenças de tratamento são incompatíveis

29 — A posição assim adoptada tem como consequência a desnecessidade de retomar a afirmação subsidiária da Comissão (ver a seguir o n.º 24), segundo a qual, caso se admitisse que a condição de idade não é abrangida pelo artigo 119.º — conclusão que não adoptamos no presente caso —, essa decisão deveria ser limitada aos casos de desvinculação por iniciativa do trabalhador, por conseguinte não se aplicando aos casos de despedimento, pois aí não se verificaria qualquer problema de «acesso» [não obstante, ver a seguir o n.º 39, no qual essa distinção desempenha efectivamente uma função, não em relação ao presente caso mas na aplicação da alínea a) do artigo 4.º da Directiva 86/378]. Conforme resulta do teor das nossas conclusões, entendemos que a distinção a fazer deve ser formulada de outro modo e que, contrariamente à afirmação da Comissão, nada tem a ver com o ponto de saber se é a entidade patronal ou o trabalhador quem tomou a iniciativa de pôr termo ao contrato de trabalho.

tíveis com o princípio da igualdade de remuneração consagrado no artigo 119.º

A quinta questão é de difícil compreensão. Entendemo-la no sentido de que a Court of Appeal quer saber se a diferença de tratamento observada também é discriminatória quando resulte de uma disposição do regime de pensão profissional do Guardian que, em caso de despedimento, equipara o trabalhador a um trabalhador reformado quando o despedimento ocorra durante o período de sete anos que antecede a idade normal da passagem à reforma (que está, subentendendo-se, em conformidade com a idade de passagem à reforma prevista na legislação britânica que regula as pensões de reforma concedidas pelo Estado, a qual também varia consoante o sexo, as mulheres beneficiando da reforma mais cedo). Por conseguinte, trata-se essencialmente de saber se um regime de pensão profissional que, em caso de despedimento, sujeita a concessão imediata de uma pensão a uma condição de idade, que difere consoante o sexo, constitui uma regulamentação incompatível com o direito comunitário sempre que essa condição é consequência de uma condição de idade, que difere consoante o sexo, prevista no regime profissional mas também, conforme resulta da legislação britânica, no regime nacional de concessão de pensões de velhice ou de reforma.

A alínea a) da terceira questão, e a quinta questão

36. A diferença de tratamento em causa no presente caso resulta da condição de idade, que difere consoante o sexo, prevista nas disposições aplicáveis em caso da cessação do contrato de trabalho. Em conformidade com o ponto de vista que acabamos de adoptar, essa condição de idade é abrangida

pelo artigo 119.º sempre que, como no presente caso, diz directamente respeito à atribuição de direitos a pensão. Não obstante, tal como referimos no n.º 33, também iremos examinar a hipótese segundo a qual, aos olhos do Tribunal, esta condição deveria ser examinada à luz das directivas relativas à igualdade de tratamento.

1. Hipótese da aplicabilidade do artigo 119.º

37. Se, conforme afirmámos anteriormente (no n.º 34), o artigo 119.º se aplica a uma condição de idade que difere consoante o sexo, como a prevista nas disposições aplicáveis à cessação do contrato de trabalho que estamos a examinar, não há qualquer dificuldade para se declarar a existência de uma discriminação proibida. Com efeito, nesta hipótese, é evidente que uma condição de idade que difere consoante o sexo constitui uma discriminação manifesta.

No entanto, se o Tribunal aderir a esta hipótese, pode colocar-se um problema de efeitos no tempo quanto à idade de aquisição dos direitos a uma pensão de velhice ou de reforma. Com efeito, o Conselho, nomeadamente quando da adopção da Directiva 86/378, relativa à igualdade de tratamento nos regimes profissionais de segurança social, estava convicto que o artigo 119.º não tinha por objecto essa condição de idade e, por conseguinte, inseriu a título provisório no n.º 1, alínea a), do artigo 9.º dessa directiva uma idade de passagem à reforma que difere consoante o sexo (ver a seguir o n.º 38). Este facto pode constituir uma razão para formular, por considerações de segurança jurídica e na linha do consagrado pelo Tribunal no acórdão Defrenne II, reservas quanto aos efeitos no tempo da nova interpretação defendida no que diz especificamente respeito à condição de idade objecto da disposição acima referida. No entanto, não existe qual-

quer razão para expressar essas reservas no presente caso, pois o exame do artigo 9.º acima referido vai demonstrar que esse artigo não é aplicável em caso de despedimento (ver a seguir o n.º 39).

2. Hipótese da aplicabilidade das directivas relativas à igualdade de tratamento

38. Deste modo, que directiva, relativa à igualdade de tratamento, deve ser aplicada? Esta questão coloca-se em razão da derrogação permitida aos Estados-membros no n.º 1, alínea a), do artigo 7.º da Directiva 79/7 e no n.º 1, alínea a), do artigo 9.º da Directiva 86/378 — trata-se das directivas relativas à igualdade de tratamento em matéria de segurança social — no que diz respeito à fixação da idade de reforma para a concessão das pensões de velhice e de reforma [a propósito do n.º 1, alínea a), do artigo 9.º da Directiva 86/378, ver a seguir o n.º 37]. Em contrapartida, a Directiva 76/207, que diz respeito à igualdade de tratamento em matéria de condições de trabalho, não contém essa derrogação.

Em nossa opinião, a condição de idade prevista nas disposições relativas à cessação do contrato de trabalho em vigor no Guardian são abrangidas pelo n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207, cujo texto é o seguinte:

«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» (o sublinhado é nosso).

Este texto foi interpretado pelo Tribunal, nomeadamente no acórdão que proferiu no processo Roberts. Neste acórdão, o Tribunal declarou que a noção de «despedimento» que figura na disposição citada deve ser entendida em sentido lato, também se incluindo aí o despedimento colectivo e, em especial, uma condição de idade para a concessão de uma pensão no caso deste tipo de despedimento (ver acima a nota 28 e, a seguir, os n.ºs 42 e 43)³⁰.

39. O Guardian alega nas suas observações que as disposições relativas à cessação do contrato de trabalho em causa são abrangidas pela Directiva 86/378, ou seja, pela directiva de segurança social relativa aos *regimes profissionais*, por conseguinte, a única que se deve tomar em linha de conta neste caso (a Directiva 79/7 diz respeito aos regimes legais de segurança social). Para este efeito, o Guardian invoca a alínea a), terceiro travessão, do artigo 4.º no qual o Conselho declarou que a directiva se aplica

«a) aos regimes profissionais que assegurem uma protecção contra os seguintes riscos:

— ...

— ...

— velhice, *incluindo nos casos de reforma antecipada*,

— ...

— ...» (o sublinhado é nosso).

30 — No processo Burton (nota 3 acima referida), o Tribunal entendeu que a noção de «despedimento» também abrange a desvinculação por iniciativa do trabalhador. Após essa decisão, o Conselho aprovou a Directiva 86/378/CEE, que se aplica, nomeadamente, aos regimes profissionais que asseguram uma protecção no caso de reformas antecipadas (ver o n.º 39).

Segundo o Guardian, deve ler-se este artigo no contexto da derrogação permitida aos Estados-membros no n.º 1, alínea a), do artigo 9.º desta directiva. O Reino Unido utilizou a possibilidade aí prevista, permitindo, pois, derrogar o princípio da igualdade de tratamento no que diz respeito à fixação de uma condição de idade, que difere consoante o sexo, para a concessão de uma pensão, como a prevista nas disposições relativas à cessação do contrato de trabalho em litígio.

Que pensar sobre isto? Antes de mais, deve recordar-se que a Directiva 86/378 foi aprovada pelo Conselho muito tempo antes dos factos em causa no processo principal. Para além disso, em qualquer caso a citada disposição do artigo 4.º não é aplicável a uma situação como a do presente caso, em que o trabalhador foi despedido pela entidade patronal. A expressão «reforma antecipada» refere-se exclusivamente a regimes aplicáveis em caso de cessação do contrato de trabalho por iniciativa do trabalhador e não é válida para um despedimento: por consequência, nesta última matéria (que é manifestamente uma condição de despedimento e, por conseguinte, uma condição de trabalho regulada na Directiva 76/207, por oposição à primeira, preferentemente do domínio da segurança social), a derrogação objecto do artigo 9.º da Directiva 86/378 não pode ser invocada. Isto é tanto mais certo que, conforme o Tribunal decidiu expressamente a propósito da disposição «gémea» do n.º 1 do artigo 7.º da Directiva 79/7, a matéria de segurança social constitui uma excepção ao âmbito de aplicação da Directiva 76/207 e, por isso, é de interpretação estrita (ver a citação e a remissão para o n.º 42, *infra*). Este ponto de vista vale do mesmo modo para o n.º 1 do artigo 9.º da Directiva 86/378, a qual, pelas mesmas razões, deve ser interpretada de maneira estrita.

Por conseguinte, mantemos a opinião de que — na hipótese que estamos a examinar — a diferença de tratamento em causa no presente processo deve ser apreciada com base no n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207. Esta disposição requer que as mesmas condições de despedimento sejam aplicadas aos homens e às mulheres.

40. É ainda necessário examinar a questão de saber se — na hipótese que estudamos — a proibição de discriminação consagrada no n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207 é realmente aplicável quando a condição de idade, que difere consoante o sexo, prevista nas disposições relativas à cessação do contrato de trabalho é consequência de uma condição de idade, que difere consoante o sexo, prevista tanto no regime de pensão profissional como no regime legal de pensões para a concessão de uma pensão de velhice ou de reforma. É este o objecto da quinta questão, tal como a entendemos. Para lhe responder, basear-nos-emos nos acórdãos que o Tribunal proferiu no processo Burton e no processo Roberts, os quais, no entanto, deixam transparecer uma certa evolução nesta matéria.

41. Nos n.ºs 10 a 16 dos fundamentos no acórdão Burton, o Tribunal seguiu um raciocínio que podemos resumir da seguinte maneira. O Tribunal tomou como ponto de partida a afirmação segundo a qual para se determinar se um tratamento que difere consoante o sexo é discriminatório, é necessário tomar em consideração a relação entre as medidas em litígio e as regras nacionais que definem a idade normal de passagem à reforma. O Tribunal verificou que, na legislação britânica, a idade mínima de aquisição de direitos à pensão no regime nacional foi fixada em 60 anos para os trabalhadores de sexo feminino e em 65 anos para os trabalhadores de sexo masculino, essa diferença de tratamento sendo conforme ao n.º 1, alínea a), do artigo 7.º da Directiva 79/7. As

regras em litígio relativas à desvinculação por iniciativa do trabalhador, aplicadas pelo British Railways Board, permitem ao trabalhador que põe termo à sua relação de trabalho no período de cinco anos que antecede a idade em que normalmente poderia pedir a reforma, beneficiar de determinadas prestações. Por conseguinte, a única diferença entre as prestações para os homens e as prestações para as mulheres resulta da ligação do regime de desvinculação por iniciativa do trabalhador ao regime de reforma da segurança social britânica. Nestas circunstâncias, declara o Tribunal, as regras relativas à desvinculação por iniciativa do trabalhador não devem ser consideradas como discriminatórias na acepção da Directiva 76/207.

42. A situação era diferente no processo Roberts. Neste processo estava em causa um plano de redução de efectivos que a Tate & Lyle Industries Ltd havia estabelecido em concertação com o sindicato, no âmbito de um despedimento colectivo após o encerramento de um entreposto. Este regime previa para todos os trabalhadores despedidos com menos de 55 anos de idade, ou seja, tanto para os homens como para as mulheres, a concessão imediata de uma pensão para além do pagamento imediato de uma indemnização. A Sr.^a Roberts, que tinha 53 anos no momento do seu despedimento, entendeu que esta regulamentação era discriminatória, pois um trabalhador despedido do sexo masculino podia exigir imediatamente uma pensão dez anos antes da idade normal de aquisição dos direitos a pensão para os homens, enquanto que um trabalhador despedido do sexo feminino só podia exigir a mesma vantagem cinco anos antes da idade normal da reforma para as mulheres.

Neste processo, o Tribunal adoptou a seguinte premissa (n.º 33 dos fundamentos):

«Mesmo que, à primeira vista, não haja qualquer diferença de tratamento, segundo o regime da reforma em causa, no respeitante às condições de despedimento para as mulheres e para os homens, deve-se, no entanto, examinar se a fixação de uma idade igual para atribuição da reforma antecipada não constituirá uma discriminação em razão do sexo, tendo em consideração a diferença de idades de reforma para os homens e para as mulheres consagrada no sistema legal de segurança social do Reino Unido.»

Em seguida, o Tribunal prosseguiu o seu raciocínio da seguinte maneira (n.ºs 34 a 36 inclusive dos fundamentos). A semelhança do processo Burton, o Tribunal reconheceu que a legislação nacional pode derrogar o princípio da igualdade de tratamento, em conformidade com o artigo 7.º da Directiva 79/7. Baseando-se na importância fundamental desse princípio, e reportando-se ao artigo 1.º da Directiva 76/207, o Tribunal declarou, no entanto, que a matéria de segurança social conforme é regulamentada na Directiva 79/7 constitui uma excepção ao âmbito de aplicação da Directiva 76/207 e, por conseguinte, é de interpretação estrita. Por conseguinte, a derrogação prevista no n.º 1, alínea a), do artigo 7.º da Directiva 79/7 é válida apenas para a:

«fixação da idade de reforma para a concessão de pensões de velhice e de reforma e às consequências daí resultantes para outras prestações de *segurança social*» (as palavras sublinhadas foram acrescentadas pelo Tribunal ao texto da disposição em causa).

Ora, concluiu o Tribunal, no caso concreto não se trata de prestações de segurança social, mas sim de um «despedimento» na acepção do artigo 5.º da Directiva 76/207:

«Em tais condições, a concessão de uma pensão de reforma aos trabalhadores da mesma idade despedidos não corresponde senão a uma medida colectiva tomada independentemente do sexo dos trabalhadores despedidos para garantir a todos os mesmos direitos.»

43. Por conseguinte, no acórdão Roberts, o Tribunal declara expressamente que um regime que, quando de um despedimento, sujeita a concessão de uma pensão em caso de despedimento a uma condição de idade idêntica para homens e mulheres não é discriminatória mesmo que no Estado-membro em causa o regime de pensões nacional vigente preveja idades de reforma que diferem consoante o sexo. Noutros termos, a ligação entre o regime legal e o regime de despedimento em causa no processo Burton não é obrigatória. Após o acórdão Roberts, a única questão que permanece em aberto é de saber se o direito comunitário autoriza ainda essa ligação.

Em nossa opinião, deve responder-se negativamente a esta questão pelas mesmas razões em que se baseia o acórdão Roberts, a saber, porque a derrogação prevista no artigo 7.º da Directiva 79/7 deve ser estritamente interpretada e porque não se pode derrogar ao princípio da igualdade de tratamento no que diz respeito à fixação da idade normal de reforma e às consequências daí resultantes para outras prestações de segurança social e que, por conseguinte, não se pode derrogar no que diz respeito às condições de despedimento objecto do artigo 5.º da Directiva 76/207. Em nossa opinião, esta afirmação aplica-se a todas as condições de despedimento, incluindo — na hipótese que estamos a analisar da aplicabilidade da directiva — à condição de idade a que está sujeita a concessão de uma pensão em caso de despedimento. Por conseguinte, a resposta à questão anteriormente suscitada

no n.º 40 é a seguinte: o facto de o regime de pensões nacional prever uma idade de passagem à reforma diferente — em conformidade com a derrogação prevista no artigo 7.º da Directiva 79/7 — e de, na linha do regime nacional, um regime de pensões profissionais também prever uma condição de idade diferente, não é susceptível de influenciar a interpretação do n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207.

44. Em resumo, sugerimos ao Tribunal que responda à primeira parte da terceira questão e à quinta questão da seguinte maneira:

«1) Na hipótese, que defendemos, do artigo 119.º do Tratado CEE ser aplicável: este artigo obsta a que um regime profissional preveja, em caso de despedimento, uma condição de idade que difere consoante o sexo para a concessão imediata de uma pensão que deva ser considerada como “remuneração”.

2) Na hipótese, subsidiária, do artigo 119.º não se aplicar: quando um regime profissional preveja uma condição de idade que difere consoante o sexo para a concessão de uma pensão imediata em caso de despedimento, esta é uma condição de despedimento discriminatória proibida pelo n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207.»

A alínea b) da terceira questão

45. Recordemos que as disposições relativas à cessação do contrato de trabalho aplicadas pelo Guardian prevêem a concessão de uma indemnização por despedimento mais elevada para os trabalhadores despedidos que não podem exigir imediatamente uma pensão. No entanto, ambas as partes no pro-

cesso principal reconhecem que o valor de uma pensão a pagar imediatamente — entende-se: o valor actuarial — é superior ao montante da indemnização por despedimento mais elevada. Na segunda parte da sua terceira questão, a Court of Appeal pretende saber se existe uma discriminação incompatível com o direito comunitário quando o valor total das prestações recebidas por um trabalhador despedido do sexo feminino é superior ao valor total das prestações recebidas por um trabalhador do sexo masculino.

46. Na medida em que a questão se reporta à diferença do montante total das prestações concedidas aos homens e às mulheres da mesma idade, é possível dar-lhe a mesma resposta que à primeira parte da terceira questão (ver acima o n.º 44).

No entanto, esta questão suscita um problema adicional, na medida em que pode sugerir que, caso se aplique o artigo 119.º, o princípio da igualdade de remuneração que este consagra não sofre qualquer violação quando o valor total das prestações seja igual, ainda que seja constituído por elementos diferentes consoante o sexo, mas que se compensam mutuamente.

Entendemos que o princípio da igualdade de remuneração implica uma igualdade ao nível de cada elemento da remuneração, sem o que a possibilidade de o juiz assegurar o respeito do princípio está gravemente ameaçada. Com efeito, neste caso, o juiz deve avaliar e comparar entre si as mais diversas regalias que as entidades patronais atribuem aos seus trabalhadores. Esse exame implica uma análise de elementos factuais de tal modo complexa que não é possível garantir a igualdade da remuneração total de

uma maneira tão eficaz quanto o mais fácil controlo em separado da igualdade de cada elemento constitutivo da remuneração³¹.

Deste modo, propomos completar da seguinte maneira a resposta que já demos a propósito da questão precedente: o princípio da igualdade de remuneração implica uma igualdade ao nível de cada elemento constitutivo da remuneração.

A quarta questão

47. Através da quarta questão, a Court of Appeal pretende saber se o artigo 119.º do Tratado CEE e a directiva relativa ao princípio da igualdade de remuneração têm efeito directo no presente caso.

Formulada deste modo — a propósito do artigo 119.º (e da directiva de aplicação) —, a questão não suscita dificuldades particulares. Com efeito, desde o acórdão *Defrenne II*, é jurisprudência constante do Tribunal que, quando se trate de discriminações directas detectadas com recurso aos critérios do artigo 119.º, com base numa pura análise jurídica, o artigo 119.º também tem efeito directo entre particulares (n.º 21 dos fundamentos do acórdão). Conforme se demonstrou acima, a discriminação declarada pode ser identificada apenas com base nos critérios previstos no artigo 119.º, conforme indicados na jurisprudência do Tribunal e, por conseguinte, com base numa aná-

31 — A jurisprudência britânica vai neste sentido. No processo *Hayward/Cammell Laird* (n.º 2), ICR 1988, 464, a House of Lords declarou que o artigo 1.º da Directiva 75/117 não pode ser interpretado no sentido de que, quando a remuneração apresente globalmente o mesmo resultado para os homens e para as mulheres, é irrelevante o facto de determinados elementos dessa remuneração serem objecto de uma discriminação em benefício da mulher, na medida em que essa discriminação é compensada por elementos da remuneração que incluem benefícios igualmente discriminatórios em favor do homem.

lise jurídica. O facto da discriminação declarada consistir numa condição de acesso (a saber, uma condição de idade) à remuneração não a torna uma discriminação indirecta, atendendo a que ela se apoia clara e manifestamente na distinção entre homens e mulheres.

48. Conforme expusemos acima (nos n.ºs 24 e seguintes) aquando do exame da questão intermédia, entendemos que a condição de idade em litígio é abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 119.º. Não obstante, no caso de o Tribunal não ser desta opinião e, portanto, a título subsidiário, queremos examinar a questão de saber se, analogamente, o artigo 5.º da Directiva 76/207, que neste caso, em nossa opinião, é aplicável (ver acima os n.ºs 38 e seguintes), tem efeito directo. Uma resposta afirmativa a esta questão tem como consequência permitir que, no litígio perante o órgão jurisdicional nacional que opõe D. H. Barber à sua antiga entidade patronal, o Guardian, aquele invoque o princípio da igualdade de tratamento mencionado no artigo 5.º da directiva, obrigando deste modo o órgão jurisdicional nacional a não tomar em conta o n.º 4 do artigo 6.º do Sex Discrimination Act 1975, que exclui as disposições «relativas ao falecimento ou à reforma» do âmbito de aplicação da proibição de discriminação que figura nessa lei.

A fim de responder a esta questão, é preciso tomar em conta o facto da desigualdade de tratamento em litígio figurar nas disposições relativas à cessação do contrato de trabalho que integram as convenções de trabalho celebradas pelo Guardian com os seus empregados, e se baseia no regime de pensões profissionais do Guardian, aprovado pela autoridade pública britânica competente (o «Occupational Pensions Board») na qualidade de regime «contracted-out» na acepção do Social Security Pensions Act 1975

(ver acima os n.ºs 3 e seguintes). Por outro lado, as autoridades públicas (neste caso o «Inland Revenue», administração fiscal) conferem também benefícios fiscais aos regimes de pensões profissionais quando estes correspondam a certas condições bem determinadas³².

49. No seu acórdão do processo Marshall, o Tribunal declarou, precisamente a respeito da Directiva 76/207, da qual também se trata no presente caso:

«que uma directiva não pode, por si só, criar obrigações na história jurídica de um particular e que uma disposição de uma directiva não pode ser invocada, enquanto tal, contra tal pessoa. Assim, convém analisar, no caso concreto, se se deve considerar que a recorrida agiu enquanto particular» (n.º 48 dos fundamentos do acórdão).

Neste acórdão, o Tribunal baseou a sua jurisprudência no conceito de «estoppel» ou no princípio «nemo auditur»^{33 34}, pretendendo deste modo indicar que o Estado-membro (ao qual a directiva impôs obrigações) que negligenciou a transposição da directiva para o seu direito nacional nos prazos fixados, ou que o fez de maneira inadequada, não pode invocar a sua omissão con-

32 — Ver a resposta do Governo britânico a uma questão colocada pelo Tribunal relativamente aos benefícios fiscais dos regimes de pensões profissionais, reproduzida na parte III do relatório para audiência.

33 — Morris, P. E.: «The Direct Effect of Directives — Some recent Developments in the European Court» (O efeito directo das directivas — Desenvolvidos recentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias), *Journal of Business Law*, 1989, p. 233 e seguintes e 309 e seguintes, em especial, a p. 310.

34 — O princípio «nemo auditur propriam turpitudinem allegans» está mais divulgado do que o princípio do «estoppel», retirado do direito anglo-americano. O princípio «nemo auditur» remete mais claramente para uma negligência, enquanto o princípio do «estoppel» pode, designadamente, indicar (também) a existência de uma contradição entre o comportamento de uma pessoa e a confiança que o mesmo inspira a outrem, confiança na qual este último tinha baseado a sua actuação.

tra particulares que lhe oponham as normas da directiva. No entanto, no mesmo acórdão, o Tribunal precisou que se entende por Estado-membro não só o Estado enquanto autoridade pública mas também enquanto entidade patronal, e que o Estado engloba também as autoridades públicas (autónomas)³⁵ (sem definir, contudo, o que sejam estas)³⁶. Tendo em consideração que (segundo o ponto de vista do órgão jurisdicional do reenvio) o processo Marshall diz respeito a uma autoridade pública, o Tribunal entendeu que a disposição inserida no n.º 1 do artigo 5.º da directiva era «suficientemente precisa para poder ser invocada por um particular» (n.º 52 dos fundamentos do acórdão), tendo efectivamente efeito directo neste caso.

Em acórdãos posteriores, o Tribunal confirmou que uma directiva, por si só, não pode criar obrigações na esfera jurídica de um particular e que uma norma de uma directiva não pode ser invocada enquanto tal contra essa pessoa³⁷. Contudo, se a norma for suficientemente precisa, pode ser invocada por particulares contra um Estado-membro, bem como contra as autoridades públicas. É neste contexto que deve examinar-se o efeito directo do n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207 num litígio entre particulares.

50. Antes de dar início a esse exame, queremos salientar que, mesmo na hipótese de o referido artigo não ter efeito directo entre particulares, nos termos do acórdão do Tri-

bunal no processo Von Colson et Kamann³⁸, compete ao órgão jurisdicional nacional

«dar à lei adoptada em aplicação da directiva — (tratava-se igualmente da Directiva 76/207/CEE) — em toda a medida da margem de apreciação que lhe seja atribuída pelo seu direito nacional, uma interpretação e uma aplicação conformes às exigências do direito comunitário» (n.º 3 do dispositivo).

Esta obrigação que incumbe às instâncias judiciais nacionais foi confirmada em numerosos acórdãos posteriores³⁹.

Nesta hipótese, não se trata de efeito directo entre particulares da directiva em causa mas da natural aplicação da lei nacional interpretada pelos tribunais em conformidade com o direito comunitário⁴⁰. Em nossa opinião, isto implica que a interpretação da legislação nacional em conformidade com a directiva não se limita à interpretação da legislação nacional posterior à adopção da directiva em causa ou da legislação nacional que tenha sido especificamente instituída com vista a transpor a directiva em causa⁴¹. Muitas vezes a interpretação diz respeito a uma legislação nacional de transposição — tal como é o caso no acórdão Von Colson — mas não necessariamente. Uma limitação da exigência de uma interpretação conforme à directiva da legislação

35 — Ver também o acórdão de 15 de Maio de 1986, Johnston, n.º 56 (222/84, Colect., p. 1651).

36 — É este o objecto de uma questão prejudicial a que o Tribunal deve ainda responder no processo C-188/89, Foster e outros/British Gas.

37 — Ver acórdão de 12 de Maio de 1987, Traen, n.º 24 (372/85 a 374/85, Colect., p. 2141), o acórdão de 11 de Junho de 1987, Pretore di Salò/X, n.º 19 (14/86, Colect., p. 2545), e o acórdão de 8 de Outubro de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, n.º 9 (80/86, Colect., p. 3969).

38 — Acórdão de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann (14/83, Recueil, p. 1891). Ver também o acórdão com a mesma data, Harz (79/83, Recueil, p. 1921).

39 — Ver os acórdãos, já referidos, Johnston (n.º 53) e Kolpinghuis Nijmegen (n.º 12), bem como o acórdão de 20 de Setembro de 1988, Gebroeders Beentjes, n.º 39 (31/87, Colect., p. 4635) e o acórdão de 7 de Novembro de 1989, Nijman, n.º 6 (125/88, Colect., p. 3533).

40 — Ver as conclusões apresentadas em 14 de Novembro de 1989 pelo advogado-geral Marco Darmon nos processos 177/88 e 179/88.

41 — Ver, não obstante, as conclusões do advogado-geral Sir Gordon Slynn no processo Marshall (nota 21 acima referida).

de transposição propriamente dita dificilmente se pode justificar (ainda que se abstraia da dificuldade que é determinar se uma disposição nacional determinada foi ou não adoptada com o objectivo de transpor uma directiva), atendendo a que a partir da sua adopção, e *a fortiori* do termo do prazo de transposição para o direito nacional, a directiva se tornou parte integrante do direito comunitário e, nessa qualidade, prevalece sobre *todas* as disposições de direito nacional.

Aliás, o acórdão do Tribunal no processo Von Colson é particularmente instrutivo para o presente processo não só porque também diz respeito à Directiva 76/207 como também porque o órgão jurisdicional nacional alemão deduziu do acórdão que não lhe era permitido interpretar uma disposição específica do direito alemão segundo as técnicas de interpretação normais, usuais na sua ordem jurídica, e que, pelo contrário, devia interpretá-la de uma maneira estritamente literal a partir de uma norma geral de direito nacional, a fim de tornar possível uma solução mais conforme à directiva⁴². Resulta do exposto que o direito comunitário pode impor limites a certos métodos de interpretação aplicados na ordem jurídica nacional, sem que possa, bem entendido, obrigar o órgão jurisdicional nacional a interpretar *contra legem*⁴³.

51. No exame da questão do efeito directo entre particulares do n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207, concentraremos a nossa atenção em dois pontos. Em primeiro lugar, examinaremos a questão de saber se deve conferir-se efeito directo horizontal à refe-

rida norma nas circunstâncias específicas do presente litígio (ver acima os segundo e terceiro parágrafos do n.º 48), atendendo, nomeadamente, à função desempenhada pelas autoridades públicas relativamente aos regimes «contracted-out» (ver a seguir o n.º 52). Em seguida, examinaremos a questão, distinta da anterior, de saber se, de qualquer modo, a norma referida não tem efeito directo entre particulares ao abrigo de outras regras, a saber, das de direito internacional que fazem parte integrante do direito comunitário (ver a seguir o n.º 53). Antes de examinar essas questões, referiremos em primeiro lugar a noção de «efeito directo horizontal».

O efeito directo de uma norma entre particulares, designado por efeito directo horizontal, constitui uma noção indeterminada e ambígua que não tentaremos definir de momento. No que diz respeito ao artigo 119.º do Tratado CEE, o Tribunal entendeu manifestamente no acórdão Defrenne II que uma norma tem efeito horizontal quando cria *obrigações* na esfera não só dos Estados-membros mas também dos particulares, neste caso as entidades patronais, obrigações a que correspondem direitos na esfera jurídica de outros particulares, os trabalhadores. Com efeito, o Tribunal considerou:

«(o referido artigo) abrange também todas as convenções que tenham por objecto regular de maneira colectiva o trabalho assalariado, bem como os contratos entre os particulares» (n.º 39 dos fundamentos do acórdão).

Resulta do exposto que o Tribunal entendeu que, em razão da sua natureza «imperativa» (*ibid.*), o artigo 119.º impõe aos particulares uma obrigação de respeitar nas relações contratuais a proibição de discriminação do

42 — Ver Arbeitsgericht Hamm, 6 de Setembro de 1984, *Der Betrieb*, 1984, p. 2700.

43 — Ver Galmot, Y. e Bonichot, J.-C.: «La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national» (O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a transposição de directivas para o direito nacional), *Revue française de droit administratif*, 1988, p. 1 e seguintes, em particular, a p. 22.

referido artigo. No processo Marshall, o Tribunal conferiu à noção de efeito horizontal o mesmo significado embora tenha então negado efeito a uma norma de uma directiva com o motivo de, por muito precisa que fosse, ela não poder criar *obrigações* na esfera jurídica dos particulares e de, por conseguinte, também não poder ser invocada por outros particulares contra essas pessoas.

No entanto, no acórdão Marshall, ao basear o efeito directo de uma directiva relativamente a um Estado-membro na falta de transposição por parte deste da directiva para a legislação nacional (ver acima o n.º 49), o Tribunal colocou noutra perspectiva a questão do efeito directo horizontal das normas das directivas, obrigando também a formular diferentemente essa questão no âmbito das relações particulares, tal como no presente caso. Concretamente, a questão já não é saber se o n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207 criou para o Guardian obrigações a que correspondem direitos na esfera jurídica de D. H. Barber — a norma não o faz por si só —, mas sim a de saber se D. H. Barber pode opor ao Guardian a omissão de um Estado-membro que negligenciou o respeito da *sua* obrigação de transposição do direito comunitário, quando esta omissão lesa os seus direitos.

52. Assim, a questão do efeito directo horizontal de uma norma de uma directiva conduz-se à questão da possibilidade de um particular (no presente caso: D. H. Barber) invocar o desrespeito, por um Estado-membro, de uma directiva, que vincula esse Estado-membro, no litígio que o opõe a outro particular (no presente caso: o Guardian) ou, inversamente à questão de saber se este último particular pode beneficiar da omissão de um Estado-membro para negar a outro particular (o seu empregado) uma regalia le-

gítima, baseada no direito comunitário. É a questão do efeito em relação a terceiros das normas das directivas⁴⁴.

Conforme referimos acima (no n.º 49), a jurisprudência do Tribunal impõe que um Estado-membro não possa invocar a sua omissão em relação a um particular. Ora, o Tribunal confere a esta omissão um largo alcance: por um lado, atribui-lhe também efeitos quando o Estado-membro intervém na qualidade de entidade patronal, por conseguinte, de facto enquanto «sujeito de direito privado», ou seja, no âmbito de uma relação horizontal em relação aos trabalhadores, e, por outro, ao autorizar os particulares, no presente caso os trabalhadores, a invocar também esta omissão contra as autoridades públicas autónomas que, em si mesma, não são responsáveis pela omissão do Estado-membro, do qual dependem, na transposição de uma directiva para a legislação nacional. Em consequência, o princípio «*nemo auditur*» tem uma larga aplicação (a qual não se liga à própria omissão da pessoa em questão), pelo que confere à directiva um certo efeito em relação a terceiros, a saber, as referidas autoridades públicas.

Deve esta jurisprudência ser alargada no sentido de que um particular, que de forma alguma depende de autoridades públicas, deixe de poder beneficiar, nas suas relações com outros particulares, da omissão do Estado-membro e, deste modo, se abstenha de invocar uma norma (legal ou contratual) contrária à directiva? Com efeito, não se exclui que se entenda o princípio «*nemo audi-*

44 — Por efeito horizontal «em relação a terceiros» («*Drittwirkung*») interpreta-se em geral que a norma examinada (quer se trate de uma norma contratual, do Tratado ou de uma directiva) pode também atingir a esfera jurídica de um «terceiro», ou seja, de uma pessoa que não seja aquela à qual a disposição impõe directamente obrigações (específicas) ou confere direitos (específicos) (por exemplo, impondo-lhe uma obrigação geral de abstenção).

tur» (ou o princípio do «estoppel») como uma proibição geral de beneficiar da negligência de uma outra pessoa, *desde que*, nos termos da referida jurisprudência, esse princípio tenha uma aplicação de tal modo lata que deixe de remeter para uma omissão «pessoal» do Estado-membro enquanto *legislador*.

Contudo, atendendo à jurisprudência do Tribunal, não pretendemos recomendar que se dê este passo suplementar. Com efeito, até hoje o Tribunal limitou os efeitos do princípio «nemo auditur» e/ou do princípio do «estoppel» (e, do mesmo modo, os efeitos em relação a terceiros das normas de directivas) às pessoas que dependem da esfera das autoridades públicas e em relação às quais o Estado tem, por conseguinte, uma determinada responsabilidade. Certamente, se no presente caso se tratasse de um regime específico de despedimento de natureza discriminatória que as autoridades públicas tivessem aprovado enquanto tal ou, *a fortiori*, ao qual tivessem conferido um alcance normativo geral, então, em nossa opinião, essa jurisprudência também se deveria aplicar neste caso, *porque* as autoridades públicas teriam então a (co) responsabilidade desse regime. No entanto, no presente caso, trata-se de um regime específico de despedimento que, é certo, se refere ao regime de pensões profissionais aprovado pelas autoridades públicas na qualidade de regime «contracted-out» e que é acompanhado de benefícios fiscais mas que, enquanto tal, não foi de forma alguma aprovado pelas autoridades públicas. Por outro lado, as autoridades públicas não sujeitaram a aprovação do regime de pensões profissionais em questão e a concessão dos benefícios fiscais à inserção de condições discriminatórias, limitando-se a tolerá-las, aspecto em que o presente processo se distingue dos processos Marshall e Johnston, pois nestes as autoridades públicas locais em causa tinham efec-

tivamente adoptado medidas discriminatórias.

Não nos parece oportuno ir mais longe na aplicação, também a relações de puro direito privado, de um princípio «nemo auditur “proprium” turpitudinem allegans» baseada na omissão de um Estado-membro, a qual, desse modo, perde por completo o seu significado original — a menos que o Tribunal pretenda rever completamente a sua jurisprudência do acórdão Marshall —, afirmando-se assim a concessão de um efeito directo horizontal completo às normas das directivas (ainda que, de um ponto de vista teórico, essa aplicação se possa distinguir desta concessão⁴⁵). É certo, esta posição permitiria evitar um grande número de problemas que de momento se colocam no domínio examinado: eliminaria a desigualdade de tratamento entre entidades patronais do sector público e do sector privado (motivo económico) e, sobretudo, entre trabalhadores empregados de entidades patronais públicas ou privadas (motivo social), tal como também seriam evitados certos problemas delicados de delimitação, em função da noção de «Estado», do sector público e do sector privado, problemas que se tornaram ainda mais difíceis pelo facto dos trabalhadores de uma mesma instituição ou empresa de utilidade pública poderem, consoante esta seja privatizada ou nacionalizada, ser abrangidos quer pelo sector privado quer pelo sector público. Contudo, recordemos que, no presente caso, esses problemas não se devem colocar se o Tribunal admitir, como defendemos a título principal, que o artigo 119.º se aplica à desigualdade de tratamento objecto do presente processo.

45 — Conforme acima indicámos no n.º 51, essa aplicação pode distinguir-se na medida em que se trataria apenas de um efeito «em relação a terceiros» generalizado (o qual, de momento, o Tribunal só aceita relativamente a entidades públicas), e não de um efeito directo em sentido estrito, baseada na existência de uma obrigação propriamente dita imposta à entidade patronal privada.

53. A segunda questão acima mencionada (no n.º 51) consiste em saber se uma norma de uma directiva que, em si mesma, não cria obrigações para os particulares, não obstante, produz efeitos entre particulares, atendendo a um princípio fundamental, no presente caso, o da igualdade dos sexos, constante de normas de direito internacional que incluem a proibição de discriminação baseada (nomeadamente) no sexo, na medida em que essas normas são parte integrante da ordem jurídica comunitária. A este respeito, pensamos em especial na Convenção Europeia de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950, e nos pactos internacionais de 19 de Dezembro de 1966, celebrados no âmbito das Nações Unidas, relativos, respectivamente, aos direitos civis e políticos e aos direitos económicos, sociais e culturais ⁴⁶.

Esta questão não foi de forma alguma debatida nas observações escritas das partes, apenas sendo afluída aquando da fase oral. Assim, limitar-nos-emos a situá-la. Se o acórdão do Tribunal necessitar de uma resposta a esta questão, então deve dar-se às partes a possibilidade de apresentar as suas opiniões sobre a matéria.

Vendo bem, a questão não é saber se uma directiva tem efeito directo horizontal, ou melhor: efeito em relação a terceiros, graças a uma norma de direito internacional: se uma norma de direito internacional tem esse efeito entre particulares na ordem jurídica comunitária, isso deve-se à aplicação que lhe é própria; contudo, uma directiva pode contribuir para interpretar, no seio da Co-

munidade, uma disposição internacional, fazendo desaparecer, no interior da Comunidade e num determinado domínio, um eventual obstáculo (a sua imprecisão) aos efeitos da norma internacional em relação a terceiros.

A questão do efeito em relação a terceiros, em especial da Convenção Europeia de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, foi examinada de maneira relativamente aprofundada pela doutrina nos Estados-membros, sobretudo naqueles que estabelecem uma distinção precisa entre direito privado e direito público. Queremos fazer uma única citação (sem recorrer a notas de pé de página) relativa à Convenção Europeia de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, pois, ainda hoje, ela parece-nos constituir, o resumo exacto da problemática ⁴⁷:

«Em resumo, é possível concluir que o efeito em relação a terceiros não decorre imperativamente da convenção. Por outro lado, nenhuma norma da convenção impede os estados contratantes de reconhecer, nos seus regimes jurídicos nacionais, efeitos em relação a terceiros aos direitos e liberdades fundamentais, na medida em que estes a isso se prestem. Em determinados estados contratantes, são já reconhecidos os efeitos em relação a terceiros dos direitos e liberdades garantidos na convenção, enquanto que noutros estados contratantes esses efeitos em relação a terceiros não são excluídos, pelo menos em princípio. Esta tendência corresponde certamente à concepção segundo a qual é possível deduzir da evolução

46 — Dos quais, respectivamente, os artigos 2.º e 26.º e os artigos 3.º e 7.º se reportam ao direito fundamental aqui em questão. Esses pactos foram, entre 1976 e o presente, ratificados por todos os Estados-membros (as únicas excepções são a Grécia, no que diz respeito ao primeiro pacto, e a Irlanda, no que diz respeito ao segundo).

47 — Van Dijk, P., e van Hoof, G. J. H.: *De Europese conventie in theorie en praktijk* (a convenção europeia em teoria e na prática), 1979 (segunda edição: 1982) p. 15 e 16. Em 1984, foi publicada uma tradução inglesa da edição de 1982 com o título *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. A citação figura nesta edição nas p. 16 e 17.

das condições e das concepções de sociedade de que a convenção *se vai* dotando uma aplicação que confere ao indivíduo uma determinada garantia mínima também nas suas relações com as outras pessoas. No espírito da convenção, muito milita em favor desta tese, ainda que, tratando-se de uma "interpretação *a posteriori*", se deva naturalmente colocar sempre a questão de saber se, deste modo, não se confere à convenção efeitos que, para os estados contratantes (ou para um determinado número de estados contratantes), são inadmissíveis e, por conseguinte, insuficientemente fundados no acordo de vontades que lhes está implícito.»

É geralmente aceite, também pelos autores acima citados, que a questão de saber se um direito pode ter efeitos em relação a terceiros depende da natureza e do teor de cada direito em particular. Parece-nos que a igualdade de tratamento entre homens e mulheres no trabalho constitui um dos direitos fundamentais que, mais do que os outros, se prestam a esses efeitos. Com efeito, este direito só adquire todo o seu sentido na medida em que não esteja limitado às relações verticais, ou seja, às relações entre os funcionários e as autoridades públicas que os empregam, mas se aplique também em todas as relações horizontais. Por outro lado, embora se possa observar uma evolução, é pacífico que o princípio geral de proibição no artigo 14.º da Convenção Europeia de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não é considerado como uma norma autónoma, oferecendo apenas protecção jurídica em conjugação com outras normas da convenção⁴⁸. Em contrapartida, o artigo 26.º do Pacto Internacional relativo aos Direitos Cívicos e

Políticos tem este, sim, natureza autónoma⁴⁹.

Finalmente, a determinação do modo segundo o qual os estados contratantes respeitam as suas obrigações decorrentes da convenção ou do pacto é da responsabilidade destes (sancionada em direito internacional). No que diz respeito à Convenção Europeia de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cuja importância específica o Tribunal reconhece, atendendo à interpretação dos direitos fundamentais que fazem parte integrante do direito comunitário, o exposto parece implicar que compete ao Tribunal, por via de uma interpretação uniforme que se aplique em toda a Comunidade⁵⁰, determinar o teor e o alcance das normas da convenção e, por conseguinte, determinar também se se deve atribuir efeitos em relação a terceiros aos direitos fundamentais consagrados na Convenção Europeia de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, *nos domínios abrangidos pelo direito comunitário*. Bem entendido, para estes efeitos, o Tribunal deve ter em linha de conta, por um lado, a importância do direito fundamental em causa, no presente caso, a igualdade de tratamento dos homens e mulheres, na ordem jurídica comunitária e, por outro, as tradições constitucionais (e o sentimento de justiça) dos Estados-membros. Em nossa opinião, a situação é a mesma no que diz respeito ao Pacto Internacional relativo aos Direitos Cívicos e Políticos (e ao Pacto Internacional relativo aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais) cuja importância o Tribunal reconheceu em acordões recentes re-

48 — Ver obra citada, nota 47, p. 339 e seguintes (versão neerlandesa); p. 386 e seguintes (versão inglesa).

49 — Ver as decisões n.ºs 172/1984, 180/1984 e 182/1984, de 7 de Abril de 1987, da comissão competente, publicadas no *Report of the Human Rights Committee* (Relatório da Comissão dos Direitos do Homem), UN/GAOR/42.ª sessão, Suppl. 40 (A/42/40) 1987, p. 139-169 (em especial, os pontos 12.1 a 12.5 da primeira decisão).

50 — Ver, no que diz respeito às disposições do GATT, o acordão de 16 de Março de 1983, SIOT, n.º 28 (266/81, Recueil, p. 731).

lativamente à interpretação dos direitos fundamentais no direito comunitário⁵¹.

Se nos abstrairmos do que foi exposto, coloca-se a questão de saber em que medida o direito fundamental em questão pode ser invocado perante o Tribunal, não só para examinar a validade de actos que emanam de autoridades comunitárias — o que é evidente⁵² —, mas também de actos que emanam de autoridades públicas nacionais, adoptados em execução de normas de direito comunitário ou nos domínios abrangidos por estas⁵³.

Conforme indicámos, pelas razões expostas no início do presente número, não prosseguiremos o exame desta questão.

54. Em resumo, entendemos que deve responder-se à quarta questão no sentido de que, caso o Tribunal entenda que o artigo 119.º se aplica, esta norma também tem, no presente caso, efeito directo entre os particulares, mas que, caso o Tribunal entenda que se aplicam as normas da Directiva 76/207, estas não têm esse efeito no presente caso, o que não impede o órgão jurisdicional nacional de estar obrigado a interpretar a sua legislação nacional, no presente caso, o n.º 4 do artigo 6.º do Sex Discrimination Act de 1975, em conformidade com a parte decisória do acórdão proferido pelo Tribunal relativamente à aplicação da Directiva 76/207, muito em particular, o n.º 1 do seu artigo 5.º

Conclusão

55. Tendo em consideração o exposto, sugerimos ao Tribunal que responda às questões prejudiciais da seguinte maneira:

- «1) Uma indemnização por despedimento, incluindo a indemnização mínima legal, paga ao abrigo de um regime profissional pela entidade patronal aos trabalhadores que despede, é uma “remuneração” na acepção do segundo parágrafo do artigo 119.º do Tratado CEE.
- 2) As pensões pagas aos trabalhadores despedidos por intermédio dos trustees de um fundo de pensões financiado pelas contribuições pagas pelas entidades patronais, em conformidade com um regime de pensões profissionais aprovado na qualidade de “contracted-out”, constituem remuneração na acepção do segundo parágrafo do artigo 119.º do Tratado CEE.

51 — Ver os acórdãos de 18 de Outubro de 1989, Orkem, n.ºs 18 e 31 (374/87, Colect., p. 3283), e Solvay, n.ºs 15 e 28 (27/88, Colect., p. 3355).

52 — Neste sentido, o advogado-geral F. Capotorti nas suas conclusões no processo Defrenne III (Recueil 1978, p. 1381 e seguintes, e 1386).

53 — Ver neste sentido, Pescatore, P.: «Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften» (O direito originário no sistema jurídico das Comunidades Europeias), *Europarecht*, 1979, p. 1 e seguintes e, em especial, a p. 10. Para outras referências, ver as nossas conclusões de 5 de Dezembro de 1989, no processo Hansen, n.º 11 (C-326/88, ainda não publicado).

- 3) O princípio da igualdade de remuneração referido no primeiro parágrafo do artigo 119.º do Tratado CEE implica uma igualdade ao nível de cada elemento constitutivo da remuneração.

A título principal

- 4) O artigo 119.º do Tratado CEE opõe-se a que um regime profissional preveja, em caso de despedimento, uma condição de idade que difere consoante o sexo para a concessão imediata de uma pensão que deva ser considerada como “remuneração”.
- 5) No presente caso, o artigo 119.º do Tratado CEE também tem efeito directo entre particulares.

A título subsidiário

- 4) Quando um regime profissional preveja uma condição de idade que difere consoante o sexo para a concessão imediata de uma pensão em caso de despedimento, esta deve ser considerada uma condição de despedimento discriminatória proibida pelo n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207/CEE.
- 5) No presente caso, o n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207 não tem efeito directo entre particulares; contudo, compete ao órgão jurisdicional nacional interpretar a sua legislação nacional, no presente caso, o n.º 4 do artigo 6.º do Sex Discrimination Act 1975, em conformidade com a parte decisória do acórdão proferido pelo Tribunal no que diz respeito ao alcance do referido n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207.»