MANGOLD

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

ANTONIO, TIZZANO

apresentadas em 30 de Junho de 2005 11

1. Por despacho de 26 de Fevereiro de 2004, o Arbeitsgericht München (a seguir «Arbeitsgericht») submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º CE, três questões prejudiciais relativas à interpretação das Directivas 1999/70/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo ² e 2000/78//CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional ³ (a seguir «Directiva 1999/70» e «Directiva 2000/78» ou, conjuntamente, «directivas»).

I — Quadro jurídico

A — O direito comunitário

A Directiva 1999/70 que aplica o acordoquadro CES, UNICE e CEEP relativo ao trabalho de duração determinada.

2. No essencial, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se — no âmbito de um litígio entre particulares — as referidas directivas se opõem a uma legislação nacional que admite, sem quaisquer limites, contratos de duração determinada com trabalhadores com mais idade.

^{3.} Considerando que «os contratos de trabalho de duração indeterminada constituem a forma comum da relação laboral», mas reconhecendo igualmente que os contratos de duração determinada podem «em certos sectores, ocupações e actividades [...] ser da conveniência tanto dos empregadores como dos trabalhadores» (considerações gerais, n.ºs 6 e 8), em 18 de Março de 1999, as organizações sindicais ao nível comunitário (CES, UNICE e CEEP) concluíram um acordo-quadro relativo ao trabalho a termo (a seguir «acordo-quadro»), que foi depois aplicado, nos termos do artigo 139.º, n.º 2, CE, pela Directiva 1999/70.

^{1 -} Língua original: italiano.

^{2 -} JO L 175, p. 43.

^{3 -} JO L 303, p. 16.

4. Para o que aqui interessa recorde-se, em especial, o artigo 5.º, n.º 1, do acordo-quadro, que dispõe o seguinte:

«Da aplicação deste acordo não poderá resultar um motivo válido para diminuir o nível geral de protecção dos trabalhadores para efeitos do presente acordo».

«Para evitar os abusos decorrentes da conclusão de sucessivos contratos de trabalho ou relações laborais a termo e sempre que não existam medidas legais equivalentes para a sua prevenção, os Estados-Membros, após consulta dos parceiros sociais e de acordo com a lei, acordos colectivos ou práticas nacionais, e/ou os parceiros sociais deverão introduzir, de forma a que se tenham em conta as necessidades e sectores e/ou categorias de trabalhadores específicos, uma ou várias das seguintes medidas:

A Directiva 2000/78

- Razões objectivas que justifiquem a renovação dos supra-mencionados contratos ou relações laborais;
- 6. A Directiva 2000/78 «tem por objecto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento» (artigo 1.º).
- b) Duração máxima total dos sucessivos contratos de trabalho ou relações laborais a termo;
- 7. Depois de no artigo 2.º, n.º 2, definir a noção de discriminação, no artigo 6.º, n.º 1, a directiva prevê que:
- Número máximo de renovações dos contratos ou relações laborais a termo.
- «Sem prejuízo de disposto no n.º 2 do artigo 2.º, os Estados-Membros podem prever que as diferenças de tratamento com base na idade não constituam discriminação se forem objectiva e razoavelmente justifica-

5. Nos termos do artigo 8.º, n.º 3:

MANGOLD

das, no quadro do direito nacional, por um objectivo legítimo, incluindo objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objectivo sejam apropriados e necessários.

contar de 2 de Dezembro de 2003, ou seja, de um total de 6 anos, para executar as disposições da presente directiva relativas à discriminação baseada na idade e na deficiência, devendo, nesse caso, informar imediatamente a Comissão [...]».

Essas diferenças de tratamento podem incluir, designadamente:

a) O estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho, nomeadamente condições de despedimento e remuneração, para os jovens, os trabalhadores mais velhos e os que têm pessoas a cargo, a fim de favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua protecção;

9. Uma vez que a Alemanha invocou essa faculdade, a transposição para o ordenamento alemão das disposições da Directiva 2000/78 relativas à idade e à incapacidade deverá ocorrer até 2 de Dezembro de 2006.

[...]».

B — Direito nacional

8. Nos termos do primeiro parágrafo do artigo 18.º, a transposição da directiva deveria ocorrer até 2 de Dezembro de 2003. Porém, de acordo com o segundo parágrafo da mesma disposição:

«Para atender a condições particulares, os Estados-Membros podem dispor, se necessário, de um prazo suplementar de três anos a 10. Antes da transposição da Directiva 1999/70, a lei alemã impunha dois limites às relações de trabalho de duração determinada: apenas admitia contratos de trabalho de duração determinada se existisse uma razão objectiva ou, em alternativa, restringia as possibilidades de renovação (no máximo três) e a duração total (no máximo dois anos).

- 11. Porém, esses limites não eram aplicáveis às relações que dissessem respeito aos trabalhadores com mais idade. De facto, de acordo com a lei alemã, mesmo sem as limitações descritas, podiam ser celebrados contratos de duração determinada quando o trabalhador já tivesse completado 60 anos [ver artigo 1.º do Beschaftigungsforderungsgesetz (lei relativa à promoção do emprego) de 25 de Abril de 1985 4, conforme alterada pela lei relativa ao direito do trabalho destinada a promover o crescimento e o emprego, de 25 de Setembro de 1996⁵].
- artigo 14.º, n.º 2, na falta dessa razão objectiva, a duração máxima total do contrato é de novo limitada a dois anos e, dentro dessa duração, são ainda permitidas três renovações.
- 14. Contudo, nos termos do artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG:
- 12. Esta situação alterou-se, em parte, com a aprovação da lei relativa ao trabalho a tempo parcial e de duração determinada, de 21 de Dezembro de 2000, que aplicou a Directiva 1999/70 (a seguir «TzBfG») 6.
- 13. O artigo 14.°, n.º 1, da TzBfG, revogou a regra geral segundo a qual um contrato de duração determinada só é admissível quando exista uma razão objectiva 7. Nos termos do
- «A celebração de contratos de trabalho de duração determinada não requer umá razão objectiva quando o trabalhador já tenha completado 58 anos de idade no início dessa relação laboral. Não é possível celebrar um contrato de duração determinada quando com o mesmo empregador exista uma relação objectiva estreita com um anterior contrato de trabalho de duração indeterminada. Deve considerar-se que existe essa relação objectiva estreita quando entre os dois contratos de trabalho medeie um intervalo de tempo inferior a seis meses» 8.

- 4 BGBl 1985, I, p. 710.
- 5 BGBl 1986, I, p. 1476.
- 6 Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen, de 21 de Dezembro de 2000 (BGBI 2000, I, p. 1966).
- 7 O artigo 14°, n.º 1, da TzBíG, determina que: «A celebração de um contrato de trabalho de duração determinada só é admitida quando for justificada por uma razão objectiva. Existe uma razão objectiva, em particular, quando:

 a empresa necessite da prestação laboral apenas com

carácter temporário;

- 2. a duração determinada esteja ligada a actividades de formação ou de estudo com o objectivo de facilitar o acesso do trabalhador a um emprego relacionado com essas actividades
- o trabalhador seja contratado para substituir outro trabalhador;
- 4. as características da prestação laboral justifiquem a duração determinada;
- 5. a duração determinada constitua um período experimental; 6. razões inerentes à pessoa do trabalhador justifiquem a duração determinada;
- 7. o trabalhador seja remunerado através de recursos orçamentais destinados a financiar um emprego de duração determinada e o referido trabalhador tenha sido contratado nessa base, ou
- 8. a duração determinada tenha como base uma transacção judicial».

^{15.} Na sequência dos trabalhos de uma comissão governamental, a qual concluiu que «a probabilidade de um desempregado com mais de 55 anos de idade encontrar novamente trabalho é de cerca de 25%», esta última disposição foi alterada. Com efeito, nos termos da primeira lei relativa à modernização das prestações de serviços no

^{8 -} Sublinhado meu.

MANGOLD

mercado de trabalho, de 23 de Dezembro de 2002 (designada «lei Hartz»):

«[...] Até 31 de Dezembro de 2006, a idade de 58 anos indicada na primeira frase [do artigo 14.°, n.° 3, da TzBfG] é substituída pela idade de 52 anos» ⁹.

2. A duração determinada do presente contrato baseia-se na disposição legal relativa à celebração facilitada de contratos de duração determinada com trabalhadores de idade avançada, prevista no artigo 14.º, n.º 3, quarta frase, conjugada com o disposto na primeira frase, da TzBfG (lei relativa ao trabalho a tempo parcial e de duração determinada, a seguir «TzBfG»), uma vez que o trabalhador em causa tem mais de 52 anos de idade.

II — Matéria de facto e tramitação processual

16. O presente litígio opõe W. Mangold e o advogado R. Helm.

ngold, Helm

17. Em 26 de Junho de 2003, W. Mangold, de 56 anos de idade celebrou com R. Helm um contrato de trabalho de duração determinada.

18. O artigo 5.º desse contrato dispõe:

«Duração

lho "

 A relação laboral tem início em 1 de Julho de 2003 e termina em 28 de Fevereiro de 2004. 3. As partes estão de acordo quanto ao facto de essa ser a única razão que justifica o pacto de duração determinada do presente contrato. Outras razões que justificam a celebração de contratos de duração determinada, em princípio, admissíveis pelo legislador e pela jurisprudência são expressamente excluídas e não constituem objecto do presente pacto de duração determinada.

19. Considerando que o artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG era contrário às Directivas 1999/70 e 2000/78 e que, por isso, a cláusula de duração determinada do contrato era ineficaz, decorridas poucas semanas sobre a respectiva celebração, W. Mangold demandou o seu empregador no Arbeitsgericht. Por sua vez, este último, tendo também dúvidas quanto à interpretação das directivas, decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) a) O artigo 8.º, n.º 3, do acordo-quadro (Directiva 1999/70/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo) deve ser interpretado no sentido de que proíbe, no âmbito da aplicação no direito interno, um tratamento mais desfavorável resultante da diminuição da idade de 60 para 58 anos?

- 20. No procedimento desta forma instaurado apresentaram alegações escritas as partes no processo principal e a Comissão.
- b) O artigo 5.º, n.º 1, do acordo-quadro (Directiva 1999/70/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo) deve ser interpretado no sentido de que se opõe uma legislação nacional que — como a legislação objecto de litígio — não preveja restrições na acepção das três alternativas do n.º 1?
- 21. Em 26 de Abril de 2005 realizou-se uma audiência no Tribunal de Justiça em que participaram as partes no processo principal, o Governo alemão e a Comissão.

2) O artigo 6.º da Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que — como a que está em causa no litígio — permite a celebração de contratos de trabalho a termo com trabalhadores com mais de 52 anos de idade sem que se verifique uma razão objectiva — ao contrário do que estipula o princípio da necessidade de existência de uma razão objectiva?

III — Análise jurídica

3) Em caso de resposta afirmativa a uma das três questões, o tribunal nacional é obrigado a não aplicar a norma de direito nacional contrária ao direito comunitário, aplicando-se então o princípio geral do direito interno segundo o qual a fixação de termo ao contrato de trabalho apenas é permitida quando se verifique uma razão objectiva»?

- 1) Quanto à alegada natureza fictícia do processo principal
- 22. Antes de abordar o mérito das questões colocadas pelo Arbeitsgericht, há que responder às dúvidas manifestadas pelo Governo alemão quanto à natureza «real» ou «fictícia» do litígio que deu origem ao processo principal, dúvidas essas que, se fundadas, poderiam colocar em questão a própria admissibilidade da decisão de reenvio. Além disso, e para ser completo, esclareço que, quanto a essa admissibilidade, também a Comissão suscitou duas objecções, mas uma vez que as mesmas dizem respeito a aspectos muito pontuais, delas me ocuparei quando analisar as questões a que dizem respeito.

23. Concentrando-me, de momento, nas dúvidas manifestadas pelo Governo alemão. recordo que, na audiência, este último chamou a atenção do Tribunal de Justica para alguns aspectos algo singulares da situação que deu origem ao processo principal. Em particular, insistiu no facto de a interpretação de R. Helm da lei em discussão não ser diferente da de W. Mangold e, inclusivamente, por diversas vezes, o primeiro se manifestou publicamente contra a referida lei. De acordo com o Governo alemão, esta coincidência de entendimentos justificava algumas suspeitas quanto à real natureza do processo principal. Assim, poder-se-ia supor que tanto o demandante (W. Mangold) como o demandado (R. Helm), concertados com o objectivo de fazer declarar a incompatibilidade do artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG, teriam instaurado artificialmente a referida acção, com a finalidade única de alcancar esse fim.

25. A este propósito, parece-me oportuno, antes de mais, recordar que, nos termos do artigo 234.º CE, um órgão jurisdicional nacional pode pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre uma questão prejudicial quando considere a resposta a essa questão «necessária» para proferir a sua decisão.

26. Na repartição de competências pretendida pelo Tratado, compete ao órgão jurisdicional nacional, que é o «único que tem conhecimento directo dos factos do processo» e está, portanto, «mais bem colocado» para o fazer, apreciar «a necessidade de uma questão prejudicial» ¹⁰. Colocada uma questão que o referido órgão considerada «necessária», o Tribunal de Justiça tem, portanto, «em princípio», «o dever de decidir» ¹¹.

24. Desde já afirmo que, mesmo à luz de outras circunstâncias do presente caso (relativamente às quais, ver *infra*, n.º 29), as dúvidas do Governo alemão não me parecem, de modo nenhum, destituídas de fundamento. Porém, não acredito, pelas razões que passo a expor, que essas dúvidas sejam suficientes para fundamentar uma decisão de inadmissibilidade das questões colocadas ao Tribunal de Justiça. E, de resto, o próprio Governo alemão não ousou avançar formalmente com semelhante pedido.

27. Todavia, é também claro que a função do Tribunal de Justiça é «contribuir para a administração da justiça nos Estados-Membros, e não emitir opiniões consultivas sobre questões gerais ou hipotéticas». Com o objectivo de preservar essa função, o Tribunal de Justiça sempre se reservou o direito de «examinar as condições em que os pedidos lhe são submetidos pelo órgão jurisdicional nacional» ¹², chegando até, em casos excep-

^{10 —} Acórdãos de 29 de Novembro de 1978, Pigs Marketing Board (83/78, Colect., p. 821), de 28 de Novembro de 1991, Durighello (C-186/90, Colect., p. I-5773), e de 16 de Julho de 1992, Meilicke (C-83/91, Colect., p. I-4871, n.º 23).

^{11 —} Acórdão de 8 de Novembro de 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Colect., p. I-4003, n.º 20).

^{12 —} Acórdão de 3 de Fevereiro de 1983, Robards (149/82, Recueil, p. 171) e acórdão Meilicke, já referido, n.º 25.

cionais, a excluir a admissibilidade do reenvio, sempre que resulte «manifesto» ¹³ que a interpretação do direito comunitário solicitada «não responde a uma necessidade objectiva inerente à resolução de um litígio» ¹⁴.

28. E foi precisamente no exercício desse seu poder excepcional de controlo que, em alguns casos já célebres, o Tribunal de Justica não respondeu ao tribunal nacional precisamente porque as questões foram colocadas no âmbito de litígios, por assim dizer, «fictícios» 15. Porém, quando, como noutros casos, mais recentes e menos conhecidos, pelo contrário, respondeu, fê-lo apenas porque se concluiu que «que não resulta [val de forma manifesta dos elementos de facto indicados na decisão do tribunal de reenvio que se [estivesse] na realidade perante um litígio fictício» 16. E ainda de acordo com a mesma linha de raciocínio, se bem que com menor rigidez, recentemente, o Tribunal de Justiça declarou que o acordo das «partes no processo principal [...] quanto ao resultado a obter em nada diminui a realidade [do] litígio» e não exclui, portanto, a admissibilidade da questão prejudicial, se se verificar que a referida questão «responde a uma necessidade objectiva inerente à resolução do litígio principal» 17.

29. Considerando tudo isto, e voltando ao caso presente, importa antes de mais reafirmar que, objectivamente, alguns elementos dos autos em análise parecem confirmar as suspeitas do Governo alemão quanto ao carácter fictício do processo principal. Estou a pensar, por exemplo, no facto, que se manifestou na audiência, de o contrato prever uma actividade laboral limitada a poucas horas semanais; e estou igualmente a pensar no facto de esse contrato especificar de forma talvez demasiado detalhada que a cláusula relativa à duração determinada se baseava, exclusivamente, no artigo 14.º, n.º 3, TzBfG, excluindo qualquer outra possível justificação da relação temporal, como podia supor-se com base na lei e na jurisprudência alemãs. Finalmente, facto certamente pouco habitual, poucas semanas após a celebração do contrato, W. Mangold dirigiu-se ao Arbeitsgericht com o intuito de obter a declaração de ineficácia da referida cláusula contratual.

30. No entanto, como referiu a Comissão, o órgão jurisdicional de reenvio já tinha tido em conta as circunstâncias atrás referidas, configurando ele próprio a eventualidade de a acção principal ter sido artificialmente construída pelas partes. Essa eventualidade foi, porém, descartada pelo Arbeitsgericht, depois de ter apreciado todos os outros elementos à sua disposição e depois de ter ouvido directamente W. Mangold.

13 — Acórdão de 13 de Julho de 2000, Idéal tourisme (C-36/99, Colect., p. I-6049, n.º 20). V. igualmente acórdão de 16 de Julho de 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Colect., p. I-4673) n.ºº 17 e 17; Meilicke, já referido, n.º 25; de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.º 61); e de 9 de Março de 2000, EKW e Wein & Co. (C-437/97, Colect., p. I-1157, n.º 52). Sublinhado meu.

14 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1981, Foglia c. Novello (244/80, Recueil, p. 3045, n.º 18).

15 — Acórdão de 11 de Março de 1980, Foglia c. Novello (104/79, Recueil, p. 745); de 16 de Dezembro de 1981, Foglia c. Novello, já referido.

16 — Acórdão de 21 de Setembro de 1988, Van Eycke (267/86, Colect., p. 4769, n.º 12). Sublinhado meu.

17 — Acórdão de 9 de Fevereiro de 1995, LeclerC-Siplec (Colect., p. I-179, n.ºs 14 e 15).

31. Tendo em conta essa apreciação específica pelo órgão jurisdicional nacional, a Comissão concluiu que o não se pode

considerar que o processo principal seja «manifestamente» fictício e que o consequente reenvio deve, assim, ser declarado admissível, em conformidade com a orientação do Tribunal de Justiça, atrás referida (v. n.º 28), a qual, precisamente, faz depender a inadmissibilidade do facto de o artifício ser evidente.

mais do que tentar verificar o grau de evidência de um artifício que, por definição, é frequentemente difícil e controvertido, é importante determinar, especialmente se o processo «levantar suspeitas», que a interpretação do direito comunitário requerida responde realmente «a uma necessidade objectiva inerente à resolução de um litígio».

34. Por outro lado, parece-me que, para

preservar o papel do Tribunal de Justiça,

32. No que me diz respeito, partilho dessa conclusão, mas considero preferível baseá-la na orientação mais recente do Tribunal de Justiça que, para efeitos do controlo da admissibilidade, atenua a incidência de um possível acordo entre as partes sobre o resultado do processo principal e insiste, antes, na relevância efectiva da questão prejudicial para resolver o processo principal (ver n.º 28, *supra*).

35. Assim, à luz destas considerações, entendo que a alegada natureza fictícia do processo principal não pode, por si só, determinar a inadmissibilidade das questões prejudiciais colocadas, e que, pelo contrário, há que se concentrar, igualmente com particular rigor, na relevância dessas questões.

33. De facto, considero que essa aproximação é a mais respeitadora da repartição de competências entre o Tribunal de Justiça e o órgão jurisdicional nacional preconizada pelo Tratado e, sobretudo, mais coerente com o «espírito de colaboração» entre os referidos órgãos jurisdicionais que pressuposto pelo artigo 234.º CE 18 e que o Tribunal de Justiça desde sempre acentuou. Na verdade, resultaria, a meu ver, difícil não inferir dessa aproximação uma atitude de confiança prejudicial nas apreciações do tribunal nacional e a presunção de que a mesma não é um «um mero 'instrumento'» nas mãos das partes» 19, que estas podem utilizar à vontade em benefício próprio.

2) Quanto à Directiva 1999/70

i) Artigo 5.º

36. Na primeira questão, alínea b), que convém abordar em primeiro lugar, o órgão jurisdicional nacional pergunta se o artigo 5.º do acordo-quadro se opõe a uma norma nacional como a constante do artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG, que não estabelece nenhum limite para a celebração de contratos de trabalho de duração determinada com trabalhadores com mais de 52 anos de idade.

^{18 —} Acórdão LeclerC-Siplec, já referido, n.º 12.

^{19 —} V. conclusões do advogado-geral A. Tesauro, no processo Eurotunnel (C-408/95, Colect., p. I-6315, n.º 10)

37. Na perspectiva estrita atrás enunciada, desde já afirmo que, em meu entender, a Comissão tem razão quando defende que esta questão é inadmissível.

vos contratos de trabalho ou relações laborais a termo» (décimo quarto «considerando»). Não se pretende, portanto, incidir sobre a conclusão do primeiro contrato de duração determinada, mas antes sobre o uso reiterado desta forma contratual, considerado portador de abusos e prevaricações.

38. Como resulta claramente da letra e da finalidade da norma, o artigo 5.º regula, com efeito, as hipóteses de vários contratos de duração determinada reiterados e, consequentemente, a sua interpretação não é, de facto, relevante para o caso vertente, uma vez que este diz respeito ao primeiro e único contrato de trabalho celebrado entre W. Mangold e R. Helm.

41. Ora, como foi confirmado por W. Mangold e pelo advogado R. Helm, o contrato que celebraram foi o *primeiro* e *único contrato* de trabalho. Daqui resulta que, com base nas considerações expostas, o artigo 5.º não é aplicável a esse contrato e que, manifestamente, a interpretação dessa cláusula é irrelevante para a resolução do processo principal.

39. Quanto à letra da disposição, observo que a referida cláusula impõe aos Estados-Membros a introdução nos ordenamentos nacionais de medidas como a «existência de razões objectivas que justifiquem a renovação» dos contratos de duração determinada [alínea a)], a «duração máxima total» dos contratos «sucessivos» [alínea b)] ou o «número máximo de renovações», sempre dos contratos sucessivos [alínea c)]. Por conseguinte, esta disposição exige medidas restritivas quando existam vários contratos sucessivos, mas não diz respeito a uma única contratação de duração determinada do trabalhador.

42. Por este motivo, proponho que o Tribunal de Justiça se declare incompetente para se pronunciar quanto à primeira questão, alínea b).

ii) Quanto ao artigo 8.°, n.º 3 (denominado cláusula de não regressão)

40. Este argumento literal é, pois, confirmado pela finalidade da directiva, que é a de «estabelecer um quadro para impedir os abusos decorrentes da utilização de *sucessi-*

43. Com a primeira questão, alínea a), o Arbeitsgericht pergunta se o artigo 8.°, n.° 3, do acordo-quadro se opõe a uma norma nacional como o artigo 14.°, n.° 3, da TzBfG,

que ao transpor a Directiva 1999/70 reduziu de 60 anos para 58 anos a idade a partir da qual podem ser celebrados sem limites contratos de trabalho de duração determinada.

Premissa

44. Para se entender melhor a referida questão, recordo previamente que, no ordenamento alemão, se sucederam os seguintes actos normativos:

- a lei relativa à promoção do emprego de 1985, alterada pela lei relativa ao direito do trabalho, destinada a promover o crescimento e o emprego, de 1996, que admitiu, sem limites, a celebração de contratos a prazo com trabalhadores com idade superior a 60 anos;
- o artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG, que aplica a Directiva 1999/70, que no ano 2000 reduziu o limite de idade em questão de 60 para 58 anos;
- a lei Hartz, que modificou a disposição referida da TzBfG, reduzindo posteriormente esse limite para 52 anos.

45. Tendo em conta a evolução normativa atrás descrita, a Comissão considera que também a primeira questão, alínea a) pode suscitar um problema de admissibilidade. Com efeito, a Comissão refere que W. Mangold não foi contratado depois de ter completado os 58 anos, como exigia a previsão originária do artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG (sobre a qual o órgão jurisdicional nacional coloca a presente questão), mas sim com a idade de 56 anos, como permite a posterior lei Hartz, que modificou a referida disposição. De acordo com a Comissão, apenas em relação a esta última lei, seria relevante uma resposta do Tribunal de Justica.

46. Por sua vez, o Arbeitsgericht explicou sumariamente que, de qualquer modo, a interpretação da versão originária do artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG, seria útil, uma vez que uma eventual declaração de incompatibilidade da referida norma afectaria também, inevitavelmente, a posterior disposição da lei Hartz, invocada pelo advogado R. Helm para justificar a duração determinada do contrato de trabalho celebrado com W. Mangold.

47. Ora, à luz de um exame rigoroso, como o que me propus efectuar no presente caso (v. *supra*, n.º 35), esta explicação apresenta lacunas e é pouco convincente. Com efeito, o Tribunal de Justiça não entende, com base nessa explicação, as razões pelas quais, em vez de interrogar este último por referência à norma aplicável ao presente caso (a que

resulta das alterações introduzidas pela lei Hartz), o órgão jurisdicional de reenvio preferiu formular a questão que se examina por referência à lei preexistente, a qual não parece estritamente pertinente para este caso. aplicação [do acordo-quadro] não poderá resultar um motivo válido para diminuir o nível geral de protecção dos trabalhadores para efeitos do presente acordo».

48. Apesar disso, dado que o órgão jurisdicional de reenvio forneceu ao Tribunal de Justica todos os elementos de direito necessários para responder de maneira útil às suas dúvidas, considero — tal como a Comissão - que a primeira questão, alínea a), não deve ser declarada inadmissível, mas que, pelo contrário, é possível seguir a prática a que o Tribunal de Justica recorre frequentemente nestes casos, que consiste em reformular a própria questão a fim de aclarar o que é realmente importante que o referido órgão jurisdicional saiba. Ou seja, trata-se de lhe indicar se o artigo 8.º, n.º 3 do acordo-quadro se opõe ou não a uma norma nacional, como o artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG, conforme alterado pela lei Hartz, que, na sequência da transposição da Directiva 1999/70, reduziu de 58 anos para 52 anos a idade a partir da qual podem ser celebrados, sem limites, contratos de trabalho de duração determinada.

50. Em particular, as partes que apresentaram observações sobre a referida cláusula esforçaram-se por demonstrar que, através das medidas normativas atrás recordadas, o legislador alemão reduziu (ou não) o nível geral de protecção garantido aos trabalhadores pelo ordenamento nacional antes da transposição da Directiva 1999/70.

51. No entender de W. Mangold, esse nível de protecção foi reduzido na medida em que foi consideravelmente reduzia a idade a partir da qual desapareceram os limites para celebrar contratos de duração determinada. Entendimento diverso tem, pelo contrário, o Governo alemão, que sublinha que a controvertida redução da idade foi mais do que compensada pelo reconhecimento aos trabalhadores temporários de novas garantias como a previsão de uma proibição geral de discriminação e a extensão dos limites fixados para este tipo de contratos igualmente às pequenas empresas e ainda às relações de trabalho de curta duração.

Observações das partes

49. Assim reformulada a primeira questão, alínea a), observo que, na análise da mesma, um lugar de primeiro plano foi ocupado pela discussão quanto ao significado e alcance do artigo 8.°, n.° 3, segundo o qual «[d]a

52. Pela minha parte, pergunto-me se, com estas observações, as partes focalizaram de maneira adequada a problemática central do presente caso. De facto, as mesmas parecem

dar como adquirido que o artigo 8.º, n.º 3, deve ser lido como uma disposição vinculativa que proíbe, com carácter absoluto, que os Estados-Membros reduzam o nível geral da protecção já garantida. Pelo contrário, a meu ver, o alcance e a natureza de cláusulas deste tipo não são, de modo nenhum, dado adquirido e são, pelo contrário, objecto de um debate animado na doutrina.

«razão» para piorar o tratamento já existente nos vários Estados-Membros ²¹.

53. Importa, assim, dedicar à sua análise, também nesta sede, a necessária atenção.

55. Para efeitos da nossa análise, podemos distinguir duas categorias de cláusulas de não regressão: aquelas que figuram apenas nos considerandos dos actos pertinentes ²² e as que constam do próprio articulado das directivas ou dos acordos a que chegaram os parceiros sociais a nível europeu e que são aplicados através de directivas ²³.

Quanto à natureza jurídica da cláusula

21 — Para a definição dessas cláusulas, v., por todos, MARTIN P., Le droit social communautaire: droit commun des États membres de la Communauté européenne en matière sóciale?, in Revue trimestrelle de droit européenne, 1994, n.º 4, p. 627.

- 54. Começo por recordar que estamos aqui perante disposições, tradicionalmente denominadas *cláusulas de não regressão*, introduzidas nas directivas sociais comunitárias desde os finais dos anos oitenta ²⁰, com o objectivo de estabelecer, ainda que com diferentes formulações, que a aplicação de uma directiva específica não deve constituir uma «justificação», um «motivo» ou uma
- 22 V., por exemplo, o segundo «considerando» da Directiva 89/391/CEF, do Conselho, de 12 de Junho de 1989, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho (10 L 183, p. 1); quarto «considerando» da Directiva 2002/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Junho de 2002, relativa às prescrições mínimas de segurança e saúde respeitantes à exposição dos trabalhadores aos riscos devidos aos agentes (físicos (vibrações) (décima sexta directiva especial na acepção do n.º 1 do artigo 16.º da Directiva 89/391/CEE) Declaração conjunta do Parlamento Europeu e do Conselho (10 L 177, p. 13); e quinto «considerando» da Directiva 2004/40/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa às prescrições mínimas de segurança e de saúde em matéria de exposição dos trabalhadores aos riscos devidos aos agentes físicos (campos electromagnéticos) (18.º directiva sepecial na acepção do n.º 1 do artigo 16.º da Directiva 89/391/CEE) (10 L 159, p. 1).

- 20 Uma cláusula deste tipo consta também da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores a qual, no seu último considerando, refere que «a proclamação solene dos direitos sociais fundamentais a nível da Comunidade Europeia não pode justificar, aquando da sua aplicação, uma regressão em relação à situação [...] existente em cada um dos Estados-Membros».
- 23 V., por exemplo, artigo 18.º, n.º 3, da Directiva 93/104/CE, do Conselho, de 23 de Novembro de 1993 relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho (JO L 307, p. 18); artigo 16º da Directiva 94/33/CE do Conselho, de 22 de Junho de 1994, relativa à protecção dos jovens no trabalho (JO L 216, p. 12); artigo 6º da Directiva 97/80/CE do Conselho de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo (JO 1998 L 14, p. 6); cláusula 6, n.º 2, da Directiva 97/81 do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997 respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES (JO 199 L 14, p. 9); artigo 6º, n.º 2, da Directiva 2000/43/CE, do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica (JO L 180, p. 22); artigo 8º, n.º 2, da Directiva 2000/78/CE; artigo 9º, n.º 4, da Directiva 2002/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 2002, que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta dos trabalhadores na Comunidade Europeia (JO L 80, p. 29); artigo 23º da Directiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro de 2003, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho (JO L 299, p. 9).

56. A esta segunda categoria, à qual pertence o artigo 8.º, n.º 3, do acordo-quadro, a maioria da doutrina reconhece *natureza juridica vinculativa*. Pelo contrário, outra parte da doutrina atribui-lhe um valor refinadamente político: trata-se, fundamentalmente, de um mero convite dirigido aos legisladores nacionais a fim de que, ao procederem à transposição das directivas em matéria de política social, não reduzam a protecção já reconhecida no ordenamento nacional.

57. Pela minha parte, considero preferível, também neste caso específico, a primeira orientação, e isto por razões de carácter literal e sistemático ²⁴.

58. Em relação ao primeiro aspecto, observo que o uso do verbo no indicativo («[d]a aplicação deste [acordo-quadro] não poderá resultar um motivo válido para diminuir o nível geral de protecção» ²⁵) leva a pensar, em conformidade com os habituais critérios de interpretação seguidos nestes casos ²⁶, que se quis privilegiar uma formulação preceptiva e impor, deste forma, aos Estados-Membros, uma verdadeira obrigação de

59. O lugar que a cláusula ocupa no contexto da directiva parece confirmar esta apreciação. Com efeito, a mesma não foi inserida nos considerandos (como por vezes acontecia no passado), mas sim no próprio articulado da directiva. Assim, à semelhança de todas as disposições normativas desse acto, também a cláusula em questão, por força do disposto no artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE, vincula os Estados-Membros quanto ao resultado a alcançar, resultado que neste caso é, precisamente, o de evitar que a transposição possa constituir uma justificação válida para uma eventual diminuição dos níveis de protecção já existente a nível nacional.

Quanto ao âmbito da obrigação «de não regressão»

60. Dado este esclarecimento, queria agora aprofundar a questão do alcance da obrigação que resulta do artigo 8.º, n.º 3.

24 — Assinalo que da mesma opinião é também o Tribunal Constitucional Italiano, o qual, no acórdão n.º 45/2000, considerou que a cláusula de não regressão contida no artigo 6º, n.º 2, da Directiva 97/81 é fonte de uma «obrigação específica comunitária» (Tribunal Constitucional, 7 de Fevereiro de 2000, n.º 45, in Mass, giur. Lav., 2000, p. 746 e segs.).

conteúdo negativo, que consiste em não utilizar a transposição como motivo para reduzir a protecção já garantida aos trabalhadores no ordenamento nacional.

^{25 —} Sublinhado meu.

^{26 —} Neste sentido, v., por exemplo, acórdão de 20 de Janeiro de 2005, Merck, Sharp & Dohme (C-245/03, ainda não publicado na Colectânea, n.º 21).

^{61.} A este respeito, afirmo desde já que, diversamente do que considera W. Mangold, não se está aqui perante uma cláusula de

stand-still que proíbe, com carácter absoluto, uma redução do nível de protecção existente no direito nacional ao transpor a directiva. sistema de repartição de competências pretendido pelo Tratado, o qual, no campo da política social, reserva à Comunidade a missão de «apoi[ar] e complet[ar] a acção dos Estados-Membros» em sectores específicos (artigo137.º CE).

62. Em minha opinião, trata-se, pelo contrário, de uma cláusula de transparência, ou seja, uma cláusula que, com o objectivo de evitar abusos, proíbe os Estados-Membros de aproveitarem a aplicação da directiva para proceder, num sector delicado como o da política social, à diminuição da protecção já garantida no próprio ordenamento, imputando-a (como infelizmente muitas vezes acontece) a obrigações comunitárias inexistentes e não a uma opção nacional autónoma.

65. Com efeito, se a cláusula em análise fosse considerada, não, como se afirmou, uma exigência de transparência, mas sim uma verdadeira obrigação de stand-still, a partir da aplicação da directiva os Estados-Membros estariam impedidos, não só — como é óbvio — de não cumprirem as obrigações resultantes da mesma, mas também e com carácter absoluto, de alterarem in peius, com base em motivos justificados, a matéria regulada pela directiva. Mas isto não constitui nem um alicerce nem um complemento, mas sim uma verdadeira paralisia (para pior) da sua acção em matéria de política social.

63. Isto resulta, antes de mais, da letra da cláusula, a qual não impede, em geral, a redução do nível de protecção assegurado aos trabalhadores, mas exclui que a «aplicação» da directiva possa constituir, por si só, «um motivo válido» para proceder a essa redução. Por conseguinte, sem prejuízo do cumprimento do disposto na directiva, é possível um retrocesso da protecção a nível nacional, mas apenas por motivos diversos da necessidade de aplicar a própria directiva e cuja existência cabe ao Estado-Membro demonstrar.

66. Posto isto, para determinar o alcance do artigo 8.º, n.º 3, falta ainda estabelecer se, quando se fala em «aplicação» da directiva, se faz referência à «primeira aplicação» dessa directiva ou, com carácter mais geral, a qualquer acto, ainda que posterior à mesma, que incida sobre o seu campo de aplicação.

64. Vendo bem, uma interpretação diferente não só seria contrária à letra, muito clara, da cláusula, como estaria em oposição com o 67. O Governo alemão parece perfilhar a primeira solução. De facto, em seu entender, a cláusula em questão vincula o legislador nacional apenas no momento da *primeira* aplicação da Directiva 1999/70, não tendo nenhum efeito sobre as posteriores medidas estatais. Assim, no caso vertente, estaria, de qualquer modo, excluída uma violação da cláusula, uma vez que a mesma nenhum efeito teria sobre a lei Hartz, aqui em causa, que foi aprovada apenas em 2002, dois anos depois da transposição formal da referida directiva, através da TzBfG.

70. No que respeita às finalidades que a mesma prossegue, reafirmo que a cláusula visa evitar que o legislador nacional utilize a Directiva 1999/70 como justificação para reduzir a protecção garantida aos trabalhadores, imputando à própria directiva a responsabilidade de medidas que são, pelo contrário, resultado de uma opção legislativa autónoma.

68. Considero, porém, que esta posição não pode ser acolhida e que, pelo contrário, é acertado, tanto por razões literais, como por razões teleológicas, que W. Mangold sustente a solução oposta.

71. Ora, é claro que o risco de um comportamento deste tipo por parte do Estado é mais elevado no momento da primeira transposição, quando é muito difícil distinguir com clareza, num mesmo acto, entre as normas que dão execução às obrigações comunitárias e aquelas que são alheias a esse objectivo e, portanto, maior pode ser a tentação de «dissimular» as segundas entre as primeiras.

69. No que diz respeito à letra da cláusula, observo que a mesma, quando estabelece que a «aplicação» da directiva não constitui motivo válido para o retrocesso, utiliza uma expressão genérica que pode, portanto, abranger qualquer norma interna destinada a alcançar os resultados prosseguidos pela própria directiva. Assim, devem respeitar a obrigação de transparência atrás descrita não só as disposições nacionais de execução das obrigações resultantes da directiva, mas também as normas posteriores que, com a mesma finalidade, completam ou modificam as normas já adoptadas.

72. Contudo, parece-me que esse risco também existe posteriormente, em particular quando — como acontece no presente caso — o legislador completa ou modifica o primeiro acto de transposição, aditando-lhe normas novas. Com efeito, também em relação a estas normas, que se confundem com as existentes, pode não ser claro se ainda são imputáveis a uma exigência comunitária ou, pelo contrário, à vontade autónoma do legislador nacional.

73. Por esta razão, entendo que as leis posteriores ao primeiro acto de transposição,

como no caso vertente, a lei Hartz, que modifiquem ou completem esse acto, também devem respeitar a exigência de transparência fixada no artigo 8.º, n.º 3. Assim, também a lei Hartz que alterou a TzBfG, norma que aplicou a Directiva 1999/70, deve ser avaliada sob esta perspectiva.

Aplicação ao caso específico

74. Posto isto, e voltando ao caso específico, importa desde já referir que, em meu entender, ao aprovar a lei Hartz, a Alemanha não violou o artigo 8.º, n.º 3.

75. De facto, da decisão de reenvio e das observações apresentadas na audiência pelo Governo alemão, decorrem vários elementos susceptíveis de demonstrar que a redução operada pela lei Hartz, de 58 anos para 52 anos, da idade a partir da qual é admitida, sem limites, a celebração de contratos de duração determinada, se baseia num motivo claramente distinto das exigências de aplicação da Directiva 1999/70, isto é, a necessidade de promover na Alemanha o emprego das pessoas de idade mais avançada.

76. Um primeiro elemento nesse sentido resulta da existência quer antes quer depois

da aplicação da directiva, de diversas medidas que, progressivamente, reduziram o limite de idade em questão. De facto, como se viu, o legislador alemão adoptou, para esse efeito, em 1996, a lei relativa ao direito do trabalho destinada a promover o crescimento e o emprego, que fixou o limite em 60 anos; em 2000, adoptou a TzBfG, que reduziu esse limite para 58 anos; e, por fim, em 2002, a lei Hartz, que o antecipou posteriormente para 52 anos. Por conseguinte, o legislador alemão, já antes da aplicação da directiva, decidiu, de modo autónomo, reduzir a protecção garantida nesta matéria, ao trabalhadores de idade mais avançada, com o objectivo de lhes facilitar o emprego e persistiu nesta sua opção mesmo depois da aplicação da mesma, demonstrando, assim, querer prosseguir uma opção própria em matéria de política económica e social, independente dos vínculos comunitários.

77. Um segundo elemento, relativo, especificamente, à lei Hartz, diz respeito ao facto de ter esta sido adoptada no seguimento dos trabalhos de uma comissão governamental que concluiu que «a probabilidade de um desempregado com mais de 55 anos de idade encontrar novamente trabalho [era] de cerca de 25%» (ver *supra*, n.º 15). A diminuição do limite de idade está, assim, claramente ligada a valorações precisas sobre o emprego e não a um uso instrumental das obrigações impostas pela Comunidade.

78. Á luz destes elementos, considero que o artigo 8.°, n.º 3, do acordo-quadro não se opõe a uma disposição nacional, como o artigo 14.°, n.º 3, da TzBfG, conforme alterado pela lei Hartz, que, por motivos

justificados de promoção do emprego independentes da transposição da Directiva 1999/70, baixou de 58 anos para 52 anos a idade até à qual se podem celebrar, sem limites, contratos de trabalho de duração determinada. se forem objectiva e razoavelmente justificadas, no quadro do direito nacional, por um objectivo legítimo, incluindo objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objectivo sejam apropriados e necessários».

79. Porém, falta ainda examinar se essa redução é compatível com a outra directiva (a Directiva 2000/78) referida pelo tribunal nacional na sua segunda questão prejudicial, que passo a examinar.

82. Nos termos da alínea a) do mesmo artigo, essas diferenças de tratamento podem incluir «[o] estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho, nomeadamente condições de despedimento e remuneração, para [...] os trabalhadores de idade mais avançada [...] a fim de favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua protecção».

3) Quanto à Directiva 2000/78

80. Com a segunda questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta se o artigo 6.º da Directiva 2000/78 se opõe à existência de uma norma nacional, como o artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG, conforme alterado pela lei Hartz, que admite, sem limites, a celebração de contratos de trabalho de duração determinada com trabalhadores com mais de 52 anos de idade, mesmo na falta de uma razão objectiva, derrogando, assim, o princípio geral de direito interno que exige como regra uma justificação deste tipo.

83. Recordo, além disso, que mesmo antes da adopção da Directiva 2000/78 e das suas disposições específicas, o Tribunal de Justiça reconheceu a existência de um princípio geral de igualdade, que vincula os Estados-Membros «quando implementam regulamentações comunitárias» e que pode, portanto, ser utilizado por aquele Tribunal para examinar as normas nacionais que «entram no campo de aplicação do direito comunitário» ²⁷. Segundo esse princípio, é proibido «que situações idênticas [...] sejam tratadas

81. A este respeito recordo, antes de mais, que, nos termos do artigo 6.º, n.º 1 da citada directiva «os Estados-Membros podem prever que as diferenças de tratamento com base na idade não constituam discriminação

^{27 —} Acórdão de 12 de Dezembro de 2002, Caballero (C-442/00, Colect., p. 1-11915) n.ºº 30-32). Outros casos de controlo da compatibilidade das disposições nacionais adoptadas em aplicação de actos comunitários com o princípio geral de igualdade, em particular no caso de aplicação de regulamentos, são dados pelos acórdãos de 25 de Novembro de 1986, Klensch e o. (201/85 e 202/85, Colect., p. 3477) n.ºs 9-10; de 14 de Julho de 1994, Graf (C-351/92, Colect., p. 1-3361, n.ºs 15-17); e de 17 de Abril de 1997, EARL de Kerlast (C-15/95, Colect., p. 1-1961, n.ºs 35-40).

de modo diferente e que situações diferentes [...] sejam tratadas de igual maneira, salvo se esse tratamento se justificar por razões objectivas» ²⁸ devido ao prosseguimento de uma finalidade legítima e sempre que seja «adequado e necessário para atingir» essa finalidade ²⁹.

Directiva 2000/78. Com efeito, também neste caso, para apreciar se uma norma nacional como o artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG, constitui uma discriminação com base na idade, há que determinar sempre se existe disparidade de tratamento, se essa eventual disparidade está objectivamente justificada por uma finalidade legítima e se a mesma é adequada e necessária para prosseguir essa finalidade.

84. Como resulta da sua comparação, as duas normas — a norma específica da directiva e a norma geral ora citada -coincidem, no essencial, pelo que a análise da compatibilidade de uma norma como a alemã poderia ser feita indistintamente à luz de uma ou outra, com idênticos resultados. O recurso ao princípio da igualdade invocado, ainda que incidentalmente, pelo órgão jurisdicional de reenvio — talvez fosse preferível, uma vez que, precisamente enquanto princípio geral do direito comunitário cujo preceituado é conciso e incondicional, produz efeitos próprios sobre todos os indivíduos e pode, contrariamente à directiva, ser invocado directamente por W. Mangold contra o advogado R. Helm e ser, assim, aplicado pelo Arbeitsgericht no processo principal.

86. Antes de efectuar esta verificação, recordo que o artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG, na sequência da alteração introduzida pela lei Hartz, dispõe que: «[a] celebração de contratos de trabalho de duração determinada não requer uma razão objectiva quando o trabalhador já tenha completado 58 anos de idade no início da relação laboral de duração determinada. [...] Até 31 de Dezembro de 2006, a idade de 58 anos indicada na primeira frase é substituída pela idade de 52 anos».

85. Mas o resultado não seria diferente se se resolvesse a questão à luz do artigo 6.º da

87. Dito isto, passo ao desenvolvimento da análise atrás referida, a qual, repito, exige que seja demonstrada a eventual existência de uma disparidade de tratamento e, nesse caso, se existe um justificação objectiva e se foi respeitado o princípio da proporcionalidade.

^{28 —} Acórdãos de 29 de Junho de 1995, SCAC (C-56/94, Colect., p. 1-1769, n.º 27); EARL de Kerlast, já referido, n.º 35); de 17 de Julho de 1997, National Farmer's Union e o. (C-354/95, Colect., p. 1-6559) n.º 61; e de Abril de 2000, Karlsson e o. (C-292/97, Colect., p. 1-2737, n.º 39).

^{29 —} Acórdão de 19 de Março de 2002, Lommers (C-476/99, Colect., p. 1-2891, n.º 39).

88. Quanto ao primeiro aspecto, não me parece que se levantem muitas dúvidas. Como sublinha o juiz nacional, a possibilidade de celebrar, sem limites, em particular na falta de uma razão objectiva, contratos de duração determinada, só está prevista para os trabalhadores com mais de 52 anos. É, pois, evidente a disparidade de tratamento com base na idade.

91. Mais difícil é, pelo contrário, determinar se essa finalidade foi prosseguida através dos meios adequados e necessários. Parecem-me, porém, persuasivos os argumentos apresentados sobre este aspecto pelo órgão jurisdicional de reenvio, que se pronunciou claramente no sentido de que o artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG ultrapassa o necessário para favorecer a reinserção profissional dos trabalhadores de idade mais avançada.

89. Não obstante o teor literal da disposição em causa, parece-me bastante clara a existência de uma justificação objectiva, ainda que implícita, dessa disparidade.

92. Em primeiro lugar, o juiz nacional observou que a norma controvertida admite que «com um trabalhador de 52 anos de idade [se pode celebrar] um contrato de trabalho por tempo determinado com duração praticamente ilimitada (por exemplo, de 13 anos, isto é, até [à idade da reforma] aos 65 anos de idade)» ou «um número indeterminado de contratos de trabalho de duração determinada, de curta duração, com um mais empregadores» até atingir a referida idade ³⁰.

90. Com efeito, para além da formulação algo equívoca da norma (que parece excluir a necessidade de uma «razão objectiva» para celebrar um contrato de duração determinada com trabalhadores com mais de 52 anos) e se, pelo contrário, se considerarem como já foi feito anteriormente - os trabalhos da comissão governamental que conduziram à adopção da lei Hartz (ver supra, n. os 15, 76 e 77), conclui-se que tanto a disposição em exame como as normas que a precederam têm uma justificação bastante precisa. Com efeito, todas se destinam a favorecer a inserção profissional dos trabalhadores desempregados de idade mais avançada, que, igualmente de acordo com estatísticas oficiais referidas por essa comissão, deparam com maiores dificuldades para encontrar um novo emprego.

93. Além disso, sublinhou que o limite de 52 anos, se bem que mais baixo do que os 55 anos indicados pela comissão governamental já referida (ver *supra*, n.º 15), na prática, é reduzido em mais dois anos, uma vez que a norma em causa exclui uma contratação a termo quando «existia um relação laboral anterior *de duração indeterminada*» com o trabalhador de 52 anos de idade mas, pelo contrário, não a exclui quando tenha sido

celebrado com o mesmo trabalhador um contrato anterior de duração determinada, o qual, de acordo com as restantes disposições da TzBfG ³¹, pode durar precisamente até dois anos ³².

94. Definitivamente, segundo a reconstrução do juiz nacional, a norma controvertida finalmente permite que os trabalhadores contratados pela primeira vez por tempo determinado, depois de terem completado 50 anos de idade, possam, posteriormente, ser contratados, sem qualquer limite, por tempo determinado até à reforma.

95. Nestas circunstâncias, penso que o referido juiz tem razão ao afirmar que isto ultrapassa o necessário para facilitar a inserção dos trabalhadores de idade avançada no mercado de trabalho. Com efeito, é facilitada a estes últimos a procura de uma nova ocupação, mas ficam, em princípio, permanentemente excluídos da garantia de uma relação de duração indeterminada que, segundo as intenções dos parceiros sociais, de que o legislador comunitário se apropriou, deve continuar a ser para todos «a forma comum da relação laboral» (n.º 6 das considerações gerais do acordo-quadro anexo à Directiva 1999/70; ver n.º 3).

31 — Artigo 14.º, n.º 2, da TzBfG.
32 — V. decisão de reenvio, pp. 6 e 12.

96. Nem se pode, por outro lado, objectar que a redução de 58 anos para 52 anos prevista na lei Hartz só vigora até 31 de Dezembro de 2006. De facto, essa objecção cai só pelo facto de que nessa data grande parte dos trabalhadores sujeitos à referida lei (dos quais W. Mangold faz parte) já terão completado 58 anos e ainda estarão abrangidos pelo regime especial previsto no artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG. Pelo menos para estes, a exclusão da garantia da relação de trabalho estável já é definitiva e, portanto, desproporcionada.

97. Parece-me, assim, à luz da apreciação do Arbeitsgericht, que a finalidade da reinserção profissional dos trabalhadores de idade avançada é prosseguida através de meios largamente desproporcionados e que, portanto, o tratamento reservado pelo artigo 14.°, n.° 3, da TzBfG aos trabalhadores que tenham completado 52 anos dá lugar a uma verdadeira discriminação com base na idade.

98. Por estes motivos, considero que o artigo 6.º da Directiva 2000/78, e mais genericamente, o princípio geral da não discriminação, opõem-se a uma norma nacional, como a que está em causa no caso específico, que admite a possibilidade de celebrar sem limites contratos de trabalho de duração determinada com pessoas que tenham completado 52 anos de idade.

4) Quanto às consequências da interpretação feita pelo Tribunal de Justiça

culares quer contra o Estado ³³, quer contra outros particulares (ver *supra*, n.º 84). Não há dúvida que, nesse caso, o órgão jurisdicional de reenvio deveria afastar a aplicação da norma nacional contrária ao referido princípio, que se considera de efeito directo.

99. Antes de concluir, falta ainda precisar as consequências jurídicas que o tribunal nacional deverá extrair da decisão do Tribunal de Justiça em circunstâncias como as do processo principal, no qual se pede a interpretação de uma directiva no âmbito de um litígio entre particulares.

102. Pelo contrário, a questão recupera toda a sua importância se o Tribunal de Justiça decidir — como indiquei em alternativa — declarar a incompatibilidade à luz da regra de não discriminação codificada no artigo 6.º da Directiva 2000/78. Nesse caso, a resposta à questão seria, certamente, mais complicada, uma vez que, na altura dos factos controvertidos, o prazo para a transposição da directiva ainda não tinha expirado (ver supra, n.ºs 8 e 9).

100. Importa, assim, responder à terceira questão, na qual o órgão jurisdicional de reenvio pretende precisamente saber que consequências tem para o processo principal, um eventual acórdão que declare a incompatibilidade de uma norma como a norma controvertida e, em particular, se na sequência desse acórdão, se pode excluir a aplicação da referida norma.

103. A este respeito, o Arbeitsgericht e, no essencial, a própria Comissão, sustentam que, se as Directivas 1999/70 e 2000/78 se opuserem a uma disposição, como a do artigo 14.°, n.° 3, da TzBfG, conforme alterada pela lei Hartz, que admite sem limites relações de duração determinada com trabalhadores com mais de 52 anos de idade, deveria excluir-se a aplicação desta última disposição e, em seu lugar, deveria ser aplicada a regra geral do artigo 14.°, n.° 1, da TzBfG, que apenas permite a celebração deste tipo de contratos quando exista uma razão objectiva.

101. Vendo bem, esta questão estaria ultrapassada se o Tribunal de Justiça — seguindo a minha proposta — declarasse a incompatibilidade de uma lei como a lei controvertida, utilizando como parâmetro de interpretação o princípio geral de igualdade, cujo preceituado, claro, conciso e incondicional, se dirige a todos os sujeitos do ordenamento e pode, portanto, ser invocado pelos parti-

^{33 —} V. acórdão de 15 de Abril de 1997, Bakers of Nailsea (C-27/95, Colect., p. I-1847, n.º 21).

104. Segundo o Arbeitsgericht e a Comissão, a norma nacional controvertida também não deve ser aplicada também no caso de se considerar que esta apenas é incompatível com a Directiva 2000/78, mesmo que o prazo de transposição desta ainda não tenha expirado. Neste caso, se bem entendi, esta consequência seria a sanção natural para a violação da obrigação imposta aos Estados-Membros de não adoptarem, na pendência do referido prazo, disposições — como, em seu entender, a disposição controvertida — que possam comprometer gravemente o resultado exigido pela directiva.

105. É certo — continua a Comissão — que, tendo por destinatários os Estados-Membros, as directivas comunitárias, incluindo aquelas cujo prazo de transposição ainda não expirou — não podem produzir efeitos directos, denominados horizontais, isto é, não podem ser invocadas contra um particular, como o advogado R. Helm, chamado a juízo por outro particular. Todavia, a aplicação das directivas invocadas não produziria efeitos desta natureza; afastado o artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG, ainda seria aplicável uma norma do ordenamento nacional, isto é, o artigo 14.º, n.º 1, da TzBfG e não uma disposição, por si só, das directivas referidas.

106. Desde já afirmo que, em meu entender, esta posição não pode ser acolhida. A mesma

não tem em conta que, nas hipóteses consideradas, a não aplicação da norma nacional controvertida constitui, na realidade, um efeito directo do acto comunitário e é, portanto, este último acto que impede o sujeito interessado de invocar os direitos que lhe são concedidos pelo seu ordenamento.

107. Tomando como referência o caso vertente, a consequência da tese contrária seria que uma directiva impediria o advogado R. Helm de invocar no Arbeitsgericht a faculdade que lhe é reconhecida pelo direito nacional de celebrar sem limites contratos de duração determinada com trabalhadores com mais de 52 anos ³⁴.

108. Tal seria, evidentemente, contrário à jurisprudência assente do Tribunal de Justiça segundo a qual, destinando-se formalmente aos Estados-Membros, as directivas «não [podem] por si só criar obrigações para um particular e não [podem], portanto, ser invocada[s], enquanto ta[is], contra ele[s] » 35.

^{34 —} Nesse caso, não poderia ser invocada (o que, por outro lado, o Arbeitsgericht e a Comissão não fazem) o acórdão de 26 de Setembro de 2000, Unilever (C-443/98, Colect, p. 1-7535) no qual o Tribunal de Justiça admitiu a não aplicação de uma norma técnica nacional adoptada durante o período de adiamento da adopção de medidas previsto no artigo 9.º da Directiva 83/189, mas apenas porque o mesmo considerou que a referida directiva «não cria(va) direitos nem obrigações para os partículares» e «não [definia] de modo algum o conteúdo material da norma jurídica com base na qual o juiz nacional deve resolver o litígio que lhe foi submetido» (n.º 51).

^{35 —} V. especialmente acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Marshaal (152/84, Colect., p. 723, n.º 48); de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Colect., p. 1-3325, n.º 20); de 7 de Janeiro de 2004, Wells (C-201/02, ainda não publicado na Colectânea, n.º 56); e de 3 de Maio de 2005, Berlusconi (C-387/02, 391/02 e 403/02, ainda não publicados na Colectânea, n.º 73).

109. Porém, isto não é tudo. Como é sabido, este princípio vale, e foi várias vezes afirmado, para as hipóteses em que o prazo de transposição da directiva invocada já tinha expirado e a obrigação imposta aos Estados-Membros era, deste ponto de vista, incondicional. Por maioria de razão, deve obviamente valer quando o referido prazo ainda não expirou.

quando, como neste caso específico, o litígio no principal opõe dois particulares.

111. Assim, em minha opinião, no litígio no processo principal, que opõe W. Mangold ao advogado R. Helm, o Arbeitsgericht não pode afastar, em detrimento deste último, a aplicação do artigo 14.°, n.°3, da TzBfG, conforma alterado pela lei Hartz, por ser considerado incompatível com a Directiva 1999/70 ou — de acordo com a solução que proponho — com a Directiva 2000/78.

110. Nem, em meu entender, esta conclusão é infirmada pela jurisprudência invocada pelo Arbeitsgericht e pela Comissão na qual o Tribunal de Justica reconheceu a obrigação de os Estados-Membros não adoptarem, na pendência do prazo de transposição, disposições que possam comprometer gravemente o resultado imposto por uma directiva 36. Pelo contrário, ainda recentemente o Tribunal de Justiça esclareceu que a existência dessa obrigação para os Estados-Membros não implica o direito (que é, pelo contrário, expressamente excluído) de os particulares invocarem perante «os órgãos jurisdicionais nacionais» a directiva não transposta «para afastar uma regra nacional preexistente contrária a esta mesma directiva» 37 Essa exclusão ainda mais obviamente se justifica

112. Dito isto, devo, no entanto, acrescentar que — sempre de acordo com a consolidada jurisprudência comunitária — a conclusão anterior não exime o tribunal nacional do dever de interpretar o direito interno em conformidade com a directiva.

113. Com efeito, na hipótese de uma directiva não poder produzir efeitos directos no litígio no processo principal, há já algum tempo que o Tribunal de Justiça esclareceu que o órgão jurisdicional nacional deve «fazer todos os possíveis, das suas competências», «tomar em consideração todo o direito nacional» mediante a aplicação «dos métodos de interpretação por si reconheci-

^{36 —} Acórdãos de 18 de Dezembro de 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Colect., p. I-7411, n.º 45); de 8 de Maio de 2003, ATRAL (C-14/02, Colect., p. I-4431, n.º 58).

^{37 —} Acórdão de 5 de Fevereiro de 2004, Rieser (C-157/02, ainda não publicado na Colectânea, n.º 69).

dos» com vista a «alcançar o resultado pretendido» pela própria directiva ³⁸. Com efeito, também sobre esse órgão, tal como sobre os restantes órgãos dos Estados-Membros, recai a obrigação que resulta do artigo 249.°, terceiro parágrafo, CE, que estabelece o carácter vinculativo das directivas e, em sentido mais geral, do artigo 10.°, segundo parágrafo, CE, que impõe mesmo órgãos a adopção «de todas as medidas gerais ou especiais» necessárias para assegurar o respeito do direito comunitário ³⁹.

Directiva 2000/78 (mais importante, segundo a minha reconstrução; ver *supra*, n.º 98), que já estavam em vigor no momento em que ocorreram os factos da acção, mas cujo prazo de transposição não ainda não tinha expirado nesse momento ⁴⁰.

116. E isto pelo motivos que passo a expor.

114. A obrigação de interpretação conforme atrás indicada, aplica-se, sem dúvida, à Directiva 1999/70, cujo prazo de transposição já tinha expirado quando foi celebrado o contrato de trabalho entre W. Mangold e o advogado R. Helm. Porém, esta directiva, segundo a minha análise, não assume grande relevo, uma vez que, a meu ver, as questões que se lhe referem devem, ou ser declaradas inadmissíveis [primeira questão, alínea b); ver *supra*, n.º 42] ou obter resposta negativa [primeira questão, alínea a); ver *supra*, n.º 78].

115. Mas, vendo bem, essa obrigação vale igualmente em relação às directivas, como a

117. Antes de mais, recorde-se que a obrigação de interpretação conforme constitui um dos efeitos «estruturais» da norma comunitária que permite, juntamente com o instrumento mais «invasivo» da eficácia directa, a adequação do direito interno aos conteúdos e aos objectivos do ordenamento comunitário. Precisamente em virtude desta sua indicada natureza, a referida obrigação impõe-se em relação a todas as fontes do ordenamento quer as mesmas constituam normas primárias ⁴¹ ou de direito derivado 42, actos que produzam efeitos jurídicos vinculativos 43 ou não. Mesmo em relação às recomendações, com efeito, o Tribunal de Justiça afirmou que «os juízes nacionais terão que [as] tomar em consideração para

^{38 —} Acórdão de Outubro de 2004, Pfeiffer (C-397/01 a C-403/01, ainda não publicado na Colectânea, n.º 113, 115, 116 e 118).

^{39 —} V., em especial, acórdão de 13 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.º 8); Faccini Dori, já referido, n.º 26; Inter-Environnement Wallonie cit. n.º 40 e de 25 de Fevereiro de 1999, Carbonari e o. (C-131/97, Colect., p. I-1103, n.º 48).

^{40 —} Neste sentido, v. acórdão de 8 de Outubro de 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Colect., p. 3969, n.º¹ 15 e 16).

^{41 —} V. acórdão de 4 de Fevereiro de 1988, Murphy (157/86, Colect., p. 673, n.º 11).

^{42 -} V. acórdãos referidos nas notas 34-35.

^{43 —} V. acórdãos referidos nas notas 34-35.

resolver os litígios que lhes são submetidos » 44.

118. É, pois, evidente que a mesma obrigação é reconhecida igualmente em relação às directivas cujo prazo de transposição não tenha expirado, dado que as mesmas fazem parte das fontes do ordenamento e produzem efeitos jurídicos não a partir desse prazo, mas a partir do momento da sua entrada em vigor, isto é, nos termos do artigo 254.º CE, a data fixada na própria directiva ou, na falta dessa fixação, no vigésimo dia seguinte à sua publicação.

tos necessárias para alcançar o resultado pretendido pela directiva, recai sobre todos os órgãos dos Estados-Membros, incluindo, no âmbito das suas competências, os órgãos jurisdicionais nacionais. Daí decorre, assim, que, na pendência do prazo de transposição, também esses órgãos jurisdicionais, no exercício das suas competências, devem fazer tudo o possível para evitar que o resultado prosseguido pela directiva possa ser comprometido. Por outras palavras, devem esforçar-se igualmente por privilegiar a interpretação do direito interno que melhor se ajuste à letra e ao espírito da directiva.

positiva de adoptar todos os comportamen-

119. De resto, milita neste sentido a referida jurisprudência do Tribunal de Justiça (ver supra, n.ºs 104 e 110) segundo a qual «os Estados-Membros, apesar de não estarem obrigados a adoptar [as] medidas [de aplicação de uma directiva] antes de expirar o prazo de transposição», infere-se das disposições conjugadas dos artigos 10.º, segundo parágrafo, CE e 249.º, terceiro parágrafo, CE que «devem abster-se, durante esse prazo, de adoptar disposições susceptíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito por essa directiva» 45.

120. Ora, não há duvida de que essa obrigação de abstenção, tal como a obrigação

121. Voltando ao caso vertente, e extraindo as conclusões da análise até aqui desenvolvida, considero que, no litígio que opõe W. Mangold ao advogado R. Helm, o Arbeitsgericht não pode afastar, em detrimento do segundo, o artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG, conforme alterado pela lei Hartz, por ser incompatível com a proibição de discriminação com base na idade prevista no artigo 6.º da Directiva 2000/78. Todavia, mesmo que o prazo de transposição desta directiva ainda não tenha terminado, o referido tribunal deve tomar em consideração todas as normas do direito nacional, incluindo as de nível constitucional, que imponham essa proibição, a fim de alcançar, na medida do possível, um resultado conforme com o imposto pela directiva.

^{44 —} V. acórdão de 13 de Dezembro de 1989, Grimaldi (322/88, Colect., p. 4407).

^{45 -} Acórdão Inter-Environnement Wallonie, já referido, n.º 45.

122. Por todas as razões expostas, considero que um órgão jurisdicional nacional ao qual é submetido um litígio exclusivamente entre particulares, não pode afastar, em detrimento destes, as normas de direito interno contrárias a uma directiva. Todavia, tendo em conta as obrigações decorrentes dos artigos 10.º, segundo parágrafo, CE e 249.º, terceiro parágrafo, CE, o órgão jurisdicional

nacional deve interpretar as referidas normas, na medida do possível, à luz da redacção e da finalidade da directiva, de forma a alcançar o resultado por ela prosseguido; isto é válido igualmente em relação às directivas cujo prazo de transposição para o direito nacional ainda não tenha expirado.

IV — Conclusão

À luz das considerações expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que responda ao Arbeitsgericht München nos seguintes termos:

«1 a) O artigo 8.º, n.º 3, da Directiva 1999/70/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a termo, não se opõe à existência de uma norma nacional, como o artigo 14.º, n.º 3, da lei relativa ao trabalho a relativa ao trabalho a tempo parcial e de duração determinada, de 21 de Dezembro de 2000 (TzBfG), conforme alterada pela lei relativa à modernização das prestações de serviços no mercado de trabalho, de 23 de Dezembro de 2002, (denominada «lei Hartz»), que por justificados motivos de promoção do emprego, independentes da transposição da própria directiva, reduziu de 58 anos para 52 anos, a idade a partir da qual podem ser celebrados sem limites contratos de trabalho de duração determinada.

CONCLUSÕES DE A. TIZZANO - PROCESSO C-144/04

- 1 b) O Tribunal de Justiça não é competente para responder à primeira questão, alínea b).
- 2) O artigo 6.º da Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional e, em geral, o princípio geral de não discriminação, opõem-se à existência de uma norma nacional, como o artigo 14.º, n.º 3, da TzBfG, conforme alterado pela lei Hartz, que admite a possibilidade de celebrar, sem limites, contratos de trabalho de duração determinada com pessoas que tenham completado 52 anos de idade.
- 3) Um órgão jurisdicional nacional, no qual está pendente um litígio exclusivamente entre particulares, não pode afastar, em detrimento destes, as normas de direito nacional contrárias a uma directiva.

Todavia, tendo em conta as obrigações decorrentes dos artigos 10.º, primeiro parágrafo, CE e 249.º, terceiro parágrafo, CE, o órgão jurisdicional nacional deve interpretar as referidas normas, na medida do possível, à luz da redacção e da finalidade da directiva, de forma a alcançar o resultado por ela prosseguido; isto é válido igualmente em relação às directivas cujo prazo de transposição para o direito nacional ainda não tenha expirado».