

Processo C-626/23 [Sergamo] ⁱ**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

12 de outubro de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Tribunal Superior de Justiça de Madrid, Espanha)

Data da decisão de reenvio:

13 de setembro de 2023

Recorrente:

XXX

Recorrido:

Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)

Objeto do processo principal

Pensão de reforma — Complemento para pensionistas que tenham tido filhos ou filhas — Pedido de complemento apresentado por um pensionista do sexo masculino

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Artigo 267.º TFUE — Pedido de decisão prejudicial de interpretação — Diretiva 79/7/CEE — Igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social — Complemento de pensão destinado a pensionistas que tenham tido filhos ou filhas — Reconhecimento do complemento a todas as pensionistas do sexo feminino — Requisitos impostos aos pensionistas do sexo masculino — Discriminação direta — Possíveis justificações

ⁱ O nome do presente processo é um nome fictício. Não corresponde ao nome verdadeiro de nenhuma das partes no processo.

Questão prejudicial

Devem a Diretiva 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 e os artigos 20.º, 21.º, 23.º e 34.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que prevê o direito a um complemento de pensão para os beneficiários de pensões contributivas de reforma que tenham tido filhos biológicos ou adotados, que é automaticamente concedido às mulheres, ao passo que aos homens é exigido que sejam beneficiários de uma pensão de viuvez por morte do outro progenitor e que um dos filhos seja beneficiário de uma pensão de orfandade, ou então que a sua carreira profissional tenha sido interrompida ou prejudicada (nos termos previstos na lei e que foram anteriormente descritos) devido ao nascimento ou à adoção do filho?

Disposições de direito da União invocadas

- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigos 20.º, 21.º, 23.º e 34.º, n.º 1.
- Diretiva 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, segundo e terceiro considerandos e artigos 1.º, 2.º, 3.º, n.º 1, 4.º e 7.º

Disposições de direito nacional invocadas

Ley General de la Seguridad Social (Lei Geral da Segurança Social) [versão consolidada aprovada pelo Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de outubro (Decreto Real Legislativo 8/2015, de 30 de outubro); *BOE* n.º 261, de 31 de outubro de 2015; a seguir «LGSS»], conforme alterada pelo Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero (Real Decreto- Lei 3/2021, de 2 de fevereiro).

O artigo 60.º da LGSS, que regula o chamado «complemento de pensões contributivas para reduzir a disparidade entre homens e mulheres», dispõe o seguinte:

«1. As mulheres que tenham tido um ou mais filhos ou filhas e que sejam beneficiárias de uma pensão contributiva de reforma, de incapacidade permanente ou de viuvez têm direito a um complemento por cada filho ou filha, devido à incidência, em termos gerais, da disparidade entre homens e mulheres no montante das pensões contributivas da segurança social das mulheres. O direito ao complemento por cada filho ou filha será atribuído à mulher, e mantido, desde que esse complemento não tenha sido pedido e atribuído a outro progenitor, e, se este

também for uma mulher, será atribuído à que seja titular de pensões públicas de menor valor total.

Os homens podem ter direito à atribuição do complemento se estiver preenchido algum dos seguintes requisitos:

a) Beneficiar de uma pensão de viuvez por morte do outro progenitor dos filhos ou filhas de ambos, desde que algum destes tenha direito a receber uma pensão de orfandade.

b) Beneficiar de pensão contributiva de reforma ou incapacidade permanente e a sua carreira profissional ter sido interrompida ou afetada pelo nascimento ou adoção, desde que:

1.^a No caso de filhos ou filhas nascidos ou adotados até 31 de dezembro de 1994, tenha mais de cento e vinte dias sem contribuições no período compreendido entre os nove meses anteriores e os três anos seguintes ao parto ou, em caso de adoção, entre a data da decisão judicial que a constitui e os três anos seguintes e a totalidade dos valores das pensões atribuídas seja inferior à totalidade das pensões a que a mulher tenha direito.

2.^a No caso de filhos ou filhas nascidos ou adotados a partir de 1 de janeiro de 1995, a totalidade das contribuições pagas nos vinte e quatro meses seguintes ao nascimento ou à decisão judicial que constitui a adoção seja inferior, em mais de 15 %, à dos vinte e quatro meses imediatamente anteriores e o valor da totalidade das pensões atribuídas seja inferior à totalidade das pensões a que a mulher tenha direito.

[...]

2. A atribuição do complemento ao segundo progenitor implica a extinção do complemento já atribuído ao primeiro progenitor [...]

3. Este complemento tem, para todos os efeitos, natureza jurídica de pensão pública contributiva.

O montante do complemento por filho ou filha é fixado na respetiva Ley de Presupuestos Generales del Estado [Lei do Orçamento Geral do Estado] [...].

O montante do complemento não é tido em conta na aplicação do limite máximo de pensões [...].»

A trigésima sétima disposição adicional da LGSS estabelece o seguinte:

«Âmbito temporal do complemento de pensões contributivas para reduzir a disparidade entre homens e mulheres.

1. O direito à atribuição do complemento de pensões contributivas para reduzir a disparidade entre homens e mulheres previsto no artigo 60.º mantém-se desde

que a disparidade entre homens e mulheres nas pensões de reforma, recebidas no ano anterior, seja superior a 5 %.

2. Para efeitos da presente lei, entende-se por disparidade entre homens e mulheres nas pensões de reforma a percentagem que representa a diferença entre o montante médio das pensões de reforma contributiva recebidas durante um ano, por homens e as mulheres.

[...]»

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 O recorrente é reformado e pai de três filhos nascidos em 1979, 1984 e 1986. Requeveu ao Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) (Instituto Nacional da Segurança Social, Espanha) que lhe fosse concedido o complemento de pensões contributivas para reduzir a disparidade entre homens e mulheres (a seguir «complemento controvertido») previsto no artigo 60.º da LGSS.
- 2 O INSS não deu resposta a esse pedido. O recorrente intentou uma ação no Juzgado de lo Social n.º 4 de Madrid (Tribunal do Trabalho n.º 4 de Madrid, Espanha) contra este indeferimento tácito da Administração, tendo no essencial alegado que o mesmo era ilegal pelo facto de o regime do complemento controvertido ser incompatível com o direito da União, em particular, com a Diretiva 79/7/CEE.
- 3 O Juzgado de lo Social n.º 4 de Madrid (Tribunal do Trabalho n.º 4 de Madrid, Espanha) julgou a ação improcedente, tendo considerado, no essencial, que o artigo 60.º da LGSS é conforme com o direito da União.
- 4 O recorrente interpôs recurso da sentença do referido tribunal para o Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Tribunal Superior de Justiça de Madrid, Espanha).

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 5 O recorrente considera que o artigo 60.º da LGSS viola a Diretiva 79/7/CEE e a jurisprudência estabelecida no Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de dezembro de 2019, Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complemento de pensão para as mães), C-450/18, EU:C:2019:1075 (a seguir «Acórdão C-450/18»). Alega que a diferença de tratamento entre homens e mulheres que constava da redação original do artigo 60.º LGSS, e que foi declarada incompatível com a Diretiva 79/7/CEE pelo Tribunal de Justiça, se mantém na atual redação do artigo 60.º LGSS, dado que a exigência de interrupção da carreira profissional não se aplica às mulheres, mas sim aos homens.
- 6 Do despacho de reenvio não constam os argumentos do INSS.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 7 É necessário determinar a compatibilidade do regime do complemento controvertido com a Diretiva 79/7/CEE e com os artigos 20.º, 21.º, 23.º e 34.º, n.º 1, da Carta.
- 8 Com efeito, o regime do complemento em causa inclui uma diferença de tratamento entre homens e mulheres, uma vez que impõe que os primeiros demonstrem que cumprem determinados requisitos que não são exigidos às mulheres. Há que ter em conta que o Acórdão C-450/18 declarou que a Diretiva 79/7/CEE deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma norma nacional, como o referido artigo 60.º da LGSS antes da respetiva alteração pelo Real Decreto- Lei 3/2021, que previa o direito a um complemento de pensão para as mulheres que tivessem tido pelo menos dois filhos biológicos ou adotados e beneficiassem de pensões contributivas pagas pelo sistema nacional de Segurança Social, ao passo que os homens que se encontravam na mesma situação não tinham direito a esse complemento de pensão.
- 9 O legislador espanhol reagiu a esse acórdão alterando o artigo 60.º da LGSS e modificando o nome do complemento. Atualmente, o mesmo é devido pelo facto de se ter um ou mais filhos, embora o seu valor varie segundo o número de filhos. Por outro lado, previu-se que o complemento controvertido deixará de estar em vigor quando a percentagem que representa a diferença entre o montante médio das pensões contributivas de reforma a que homens e mulheres tenham tido direito no período de um ano («disparidade entre homens e mulheres») deixar de ser superior a 5 %.
- 10 De igual modo, o novo regime permite que os homens tenham acesso ao complemento controvertido, mas impõe-lhes o cumprimento de requisitos adicionais que não são exigidos às mulheres, concretamente:
 - que sejam beneficiários de uma pensão de viuvez por morte do outro progenitor dos filhos em comum, exigindo-se, além disso, que algum dos filhos tenha direito a receber uma pensão de orfandade (deve ser tido em conta o facto de a pensão de orfandade não ser reconhecida ou se extinguir quando o filho faz 23 anos, a não ser que se trate de pessoa com deficiência), ou,
 - que tenham interrompido a sua carreira profissional, ou a mesma tenha sido afetada, em virtude do nascimento ou adoção, de acordo com condições concretas estabelecidas na lei, que são diferentes no caso de filhos nascidos ou adotados até 31 de dezembro de 1994.
- 11 Não se exige que as mulheres cumpram estes requisitos, sendo que, caso tenham tido um ou mais filhos, as mesmas têm automaticamente direito ao complemento controvertido. Os progenitores do sexo masculino, e não os do sexo feminino, independentemente do sexo do outro progenitor, que pode, ou não, ser o mesmo, estão sempre sujeitos ao cumprimento dos referidos requisitos.

- 12 Quando a lei introduz uma diferença de tratamento em razão do sexo, é necessário que o legislador a justifique de forma bastante com fundamento em objetivos destinados a compensar desigualdades sociais de base, não devendo limitar-se a declarar que a finalidade da medida é repor a igualdade material, e demonstrando, além disso, de forma rigorosa e séria, que o impacto da diferença é adequado para alcançar a referida finalidade e, além disso, que o sacrifício imposto ao direito de igualdade formal é proporcionado ao objetivo prosseguido. Por conseguinte, não basta uma mera finalidade, sendo também necessário configurar a medida de forma idónea e proporcionada.
- 13 No presente caso, a justificação da diferença de tratamento em razão do sexo apresentada na exposição de motivos do Real Decreto- Lei 3/2021 limita-se à indicação de que a norma foi concebida de forma a configurar o complemento controvertido como uma alavanca para a redução da disparidade entre homens e mulheres, que é o reflexo da situação de subordinação das mulheres no âmbito do mercado de trabalho por, historicamente, terem assumido o papel principal na prestação de cuidados aos filhos, deixando-se no entanto a porta aberta à possibilidade de os pais terem acesso ao complemento, desde que demonstrem ter sofrido um prejuízo no seu historial contributivo em virtude do nascimento ou adoção de um filho, devido à assunção dessas tarefas de prestação de cuidados. Ou seja, segundo a exposição de motivos, combina-se uma ação positiva a favor das mulheres («se nenhum dos progenitores demonstrar que sofreu um prejuízo na sua carreira contributiva, o complemento é recebido pela mulher») e deixa-se uma porta aberta para os homens que se encontrem numa situação comparável.
- 14 Contudo, esta justificação é insuficiente. Por um lado, a afirmação segundo a qual, se nenhum dos progenitores demonstrar que sofreu um prejuízo na sua carreira contributiva, o complemento controvertido é recebido pela mulher, é incorreta, dado que, nos casos em que não haja uma mulher que receba este complemento (por não ter direito a uma pensão complementar, por não a ter requerido ou por nenhum dos progenitores ser uma mulher), os progenitores do sexo masculino continuam a ser obrigados a demonstrar ter sofrido um prejuízo na sua carreira profissional para poderem aceder a esse complemento. A única exceção é a pensão de viuvez, mas, nesse caso, exige-se, além disso, que algum dos filhos receba uma pensão de orfandade, o que faz deste um caso muito restrito. Além disso, quando os progenitores forem um homem e uma mulher, se o primeiro demonstrar ter sofrido um prejuízo e a segunda não, o complemento controvertido continua a ser reconhecido à mulher, a não ser que o valor total das pensões reconhecidas ao homem seja inferior ao total das pensões que sejam devidas à mulher.
- 15 Em segundo lugar, a configuração concreta do prejuízo na carreira profissional que é exigido aos homens suscita dúvidas sérias. Não são conhecidos os estudos de impacto que o legislador possa ter utilizado para configurar esses requisitos. *Prima facie*, tal como foram concebidos, os requisitos em causa parecem *de facto* impedir o acesso ao complemento controvertido pela maior parte dos homens, sendo que, caso fossem exigidos às mulheres, muito provavelmente também

impediriam o acesso ao referido complemento por grande parte delas. Ora, a finalidade dos referidos requisitos poderia ser a de sanar a diferença de tratamento entre homens e mulheres, declarada incompatível com o direito da União pelo Acórdão C-450/18. Além disso, tal como tais requisitos estão configurados, não parece existir nenhuma relação entre o prejuízo causado à carreira profissional e o impacto no valor da pensão, compensado através de uma determinada percentagem.

- 16 Deste modo, o facto de o cumprimento destes requisitos não ser exigido às mulheres implica que o complemento controvertido, que se destina a compensar o prejuízo na carreira profissional, seja concedido até a mulheres cuja carreira profissional não tenha sido afetada. Há que ter em conta que este complemento está configurado como uma percentagem da pensão, razão pela qual beneficia mais as pessoas com níveis retributivos mais elevados (e, portanto, com pensões mais elevadas), embora seja legítimo considerar que é nesse grupo social que a educação de filhos causa menos prejuízos à carreira profissional dos progenitores, visto disporem da possibilidade de pagar recursos externos à família para esse efeito. No caso extremo dos progenitores com trabalhos com remunerações baixas, que a educação dos filhos tenha afastado do mercado de trabalho, pode acontecer que os mesmos não adquiram direito a qualquer pensão, sendo que também não terão direito ao referido complemento. Trata-se de considerações que não são de todo marginais, uma vez que o volume de recursos públicos que o pagamento do referido complemento implica é indubitavelmente significativo.
- 17 Importa além disso sublinhar que os complementos dos dois progenitores são incompatíveis entre si e que, no caso de ambos terem direito ao complemento:
 - a) se os dois progenitores forem mulheres, o complemento é atribuído à mulher que receber pensões públicas cujo valor total seja inferior;
 - b) se os dois progenitores forem homens, o complemento é atribuído ao homem que receber pensões públicas cujo valor total seja inferior;
 - c) se os progenitores forem uma mulher e um homem, o complemento só é atribuído ao homem se o valor total das pensões que lhe forem atribuídas for inferior ao total das pensões que são devidas à mulher.
- 18 No presente caso, não se coloca nenhuma questão de concurso e compatibilidade de complementos, mas apenas de direito dos homens ao complemento, pelo facto de lhes ser exigido o cumprimento de requisitos que não preenchem e que não é exigido às mulheres para terem acesso ao complemento.
- 19 No entanto, parece efetivamente relevante o facto de, atualmente, a lei prever uma incompatibilidade entre os complementos dos dois progenitores, de modo que, nos casos em que ambos têm direito a esse complemento, a lei opta sempre por complementar a pensão de valor inferior. Nesse sentido, dado que a disparidade entre homens e mulheres é definida na lei como a diferença entre o valor médio das pensões dos homens e das mulheres, cabe colocar a questão de saber se, para

alcançar o objetivo de igualação fixado na lei (ou seja, uma disparidade que não ultrapasse 5 %), bastaria apenas que o complemento controvertido fosse reconhecido às pensões de valor inferior, independentemente do sexo do progenitor.

- 20 Por conseguinte, a questão é a de saber se os referidos requisitos, que instituem uma diferença em função do sexo do beneficiário, podem ser considerados compatíveis com o princípio da igualdade entre homens e mulheres, tendo em conta que «[o] princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adotem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado» (artigo 23.º da Carta). Também se coloca uma dúvida quanto à questão de saber se se pode entender que esses requisitos constituem uma exceção ao princípio da igualdade ao abrigo do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 79/7/CEE.