

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
GEORGES COSMAS

apresentadas em 8 de Outubro de 1998 *

I — Introdução

1. Por meio de uma série de questões, o Landesarbeitsgericht Hamburg (Alemanha) (C-50/96, C-234/96 e C-235/96) e o Landesarbeitsgericht Niedersachsen (Alemanha) (C-270/97 e C-271/97) convidam o Tribunal de Justiça a pronunciar-se a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 119.º do Tratado CEE, sobre o acórdão Barber¹ proferido pelo Tribunal de Justiça em 17 de Maio de 1990 e também sobre o Protocolo n.º 2 *ad* artigo 119.º, já referido, anexado ao Tratado CEE pelo Tratado sobre a União Europeia de 7 de Fevereiro de 1992.

2. Os litígios pendentes nos órgãos jurisdicionais nacionais entre, por uma lado, as demandantes que, durante anos trabalharam, a tempo parcial, para a Deutsche Bundespost Telekom, anteriormente uma única empresa, e, por outro lado, a Deutsche Telekom AG (nos três primeiros processos) e a Deutsche Post AG (nos dois últimos processos), duas empresas nascidas da cisão da primeira das empresas acima referidas. O litígio tem origem no facto de os trabalhadores a tempo parcial empregados pelas supracitadas empresas, como as demandantes, não poderem, no período em causa nos processos em apreço, inscrever-se

no regime profissional de pensões das referidas empresas nem beneficiar das prestações por ele pagas, por se tratar de regalias exclusivas dos trabalhadores a tempo inteiro.

3. Com as questões apresentadas pretende, no essencial, saber-se se nos casos em litígio foi aplicado aos trabalhadores do sexo feminino um regime menos favorável do que aos trabalhadores do sexo masculino, procedimento que seria contrário ao artigo 119.º do Tratado CEE; se a limitação no tempo — introduzida pelo acórdão Barber e pelo protocolo posteriormente adoptado — da possibilidade de as interessadas invocarem o artigo 119.º abrange também os casos em litígio e, nessa perspectiva, se o direito comunitário prevalece sobre as eventuais disposições nacionais mais favoráveis que conferem às interessadas direitos relativamente ao período anterior ao acórdão Barber e ao supracitado protocolo.

4. Dado que as questões apresentadas são, no essencial, comuns a todos os processos, faremos uma única exposição, referindo, sempre que necessário, as diferenças existentes.

* Língua original: grego.
1 — C-262/88, Collect., p. I-1889.

II — Quadro normativo comunitário

5. O artigo 119.º do Tratado CEE, que consagra o princípio da igualdade salarial entre trabalhadores do sexo feminino e do sexo masculino, refere que «... Por 'remuneração' deve entender-se, para efeitos do disposto no presente artigo, o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último».

6. Este artigo foi precisado pela Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros sobre a aplicação do princípio da igualdade salarial entre trabalhadores do sexo feminino e do sexo masculino².

7. Além disso, a Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, e a Directiva 86/378/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986³, aplicaram o princípio da igualdade de tratamento aos regimes legais e profissionais.

2 — JO L 45, p. 19.

3 — Directiva 79/7/CEE relativa à aplicação progressiva do princípio da igualdade de tratamento de homens e mulheres em matéria de segurança social (JO L 6, p. 24), e Directiva 86/378/CEE relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento de homens e mulheres nos regimes profissionais de segurança social (JO L 225, p. 40).

8. O protocolo (n.º 2) *ad* artigo 119.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, que lhe foi anexado, refere que «para efeitos da aplicação do artigo 119.º, as prestações resultantes de um regime profissional de segurança social não serão consideradas remuneração se e tanto quanto se referirem a períodos de trabalho anteriores a 17 de Maio de 1990, excepto se os trabalhadores ou seus sucessores tiverem, antes desta data, interposto recurso ou apresentado reclamação equivalente de acordo o direito nacional aplicável». Por força do disposto pelo artigo 239.º do Tratado CEE, este protocolo faz parte integrante do Tratado.

III — Quadro normativo nacional

A — Legislação nacional

9. O artigo 3.º da Constituição alemã prevê, designadamente, que todas as pessoas são iguais perante a lei (n.º 1), que homens e mulheres têm direitos iguais (n.º 2) e que ninguém pode ser beneficiado nem prejudicado em razão do sexo (n.º 3).

10. O artigo 612.º, n.º 3, do Bürgerliches Gesetzbuch⁴ (código civil alemão) está formulado nos seguintes termos:

«Um contrato de trabalho, não pode fixar, para trabalho igual ou de valor igual, uma remuneração diferente para cada sexo, com base nesse facto. Uma convenção que preveja uma remuneração mais baixa não pode ser justificada pelo facto de, devido ao sexo do trabalhador, lhe serem aplicáveis normas especiais de protecção.»

11. Além disso, os artigos 2.º e 6.º da Gesetz über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung (lei sobre disposições de direito do trabalho para promoção do emprego, adiante BeschFG), que regulam as questões relacionadas com o trabalho a tempo parcial, estão formulados nos seguintes termos:

«2. Proibição de tratamento desigual

- i) A entidade patronal não pode aplicar a um trabalhador a tempo parcial, com base neste facto, um tratamento diferente daquele que vigora para os traba-

lhadores a tempo inteiro, a menos que razões objectivas o justifiquem.

...

6. Primado da convenção colectiva

- i) Uma convenção colectiva pode afastar o disposto nas disposições do presente capítulo, mesmo em detrimento dos trabalhadores.»

12. No que respeita ao regime de segurança social da antiga empresa Deutsche Bundespost, a situação é a seguinte. De acordo com o disposto no artigo 24.º do Tarifvertrag für Arbeiter der Deutschen Bundespost (convenção colectiva aplicável aos trabalhadores dos Correios Federais), os trabalhadores da Deutsche Bundespost e da Deutsche Telekom devem ser obrigatoriamente inscritos no Versorgungsanstalt der Deutschen Bundespost (caixa de pensões dos Correios Federais, adiante VAP), nos termos da Tarifvertrag über die Versorgung der Arbeitnehmer der Deutschen Bundespost (convenção colectiva sobre o regime de pensões dos trabalhadores da Deutsche Bundespost, adiante «convenção colectiva»), na versão aplicável.

⁴ — Este parágrafo foi introduzido pelo artigo 1.º do Gesetz über die Gleichbehandlung von Männer und Frauen am Arbeitsplatz (lei sobre a igualdade de tratamento de homens e mulheres no local de trabalho) de 1980.

13. O artigo 3.º da referida convenção colectiva, na versão em vigor até 31 de Dezembro de 1987, previa a obrigatoriedade de inscrição de um trabalhador na VAP, quando, designadamente:

«o seu horário de trabalho semanal fixado no respectivo contrato de trabalho for, pelo menos, *igual a metade do horário semanal normal* de um trabalhador que lhe corresponda, em regime de tempo integral» [alínea b)].

14. Posteriormente, a convenção colectiva n.º 394 alterou, com efeitos retroactivos, a referida disposição do artigo 3.º, passando a ser obrigatória a inscrição de trabalhadores com um horário de duração média de *pelo menos 18 horas por semana*, a partir de 1 de Janeiro de 1988.

15. Mais tarde, esta disposição volta a ser alterada, passando, a partir de 1 de Abril de 1991, a incluir a inscrição na VAP de trabalhadores com um horário de trabalho «razoável», nos termos do artigo 8.º, n.º 1, do Sozialgesetzbuch IV (código social alemão, parte IV).

B — *Jurisprudência dos órgãos jurisdicionais nacionais*

16. Antes do acórdão Barber, não parece ter-se levantado a questão da validade das disposições relativas à segurança social que acabámos de referir, à luz quer à Constituição alemã quer do direito comunitário.

17. Deve, no entanto sublinhar-se que, como a Comissão refere nas suas observações escritas relativas ao processo C-50/96, o Bundesarbeitsgericht tinha já concluído, na sua sentença de 14 de Outubro de 1986 (3 AZR 66/83), que o artigo 3.º, n.º 2, da Constituição alemã, que consagra a igualdade de homens e mulheres perante a lei e que está em vigor desde 1949, (também) proibia que se aplicasse um tratamento desfavorável aos trabalhadores do sexo feminino, com horário de trabalho a tempo parcial, no que respeita às regalias que resultam do artigo 119.º do Tratado. Além disso, essa mesma sentença referia que uma limitação no tempo dos direitos das interessadas não era legítimo nem necessário⁵ [v., também, a este respeito, a sentença do Bundesarbeitsgericht de 20 de Novembro de 1990 (3AZR 613/89)].

⁵ — Sublinhamos que o referido acórdão é posterior ao acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Maio de 1986, Bilka (170/84, Recueil, p. 1607), em que o Tribunal de Justiça, responde, a título prejudicial, às questões sobre direito comunitário que o Bundesarbeitsgericht lhe tinha apresentado nesse processo. Sublinhamos, também, que a demandada interpôs recurso no Bundesverfassungsgericht contra esse acórdão do Bundesarbeitsgericht, recurso em que afirmava que a culpa que lhe era atribuída com efeitos retroactivos violava o princípio da confiança legítima. O Bundesverfassungsgericht considerou que não tinha de se pronunciar sobre este recurso, porque era improvável que fosse aceite (despacho de 28 de Setembro de 1992, 1 BVR 496/87).

18. No entanto, o referido órgão jurisdicional nacional recusa em jurisprudência posterior, que é já constante, a aplicação de tratamentos diferentes a trabalhadores a tempo parcial e trabalhadores a tempo inteiro e, designadamente, a exclusão dos primeiros da inscrição na VAP, baseando-se, a partir de então, no princípio de igualdade perante a lei, consagrado no artigo 3.º, n.º 1, da Constituição, independentemente do *sexo* da pessoa em causa e da *percentagem* de homens e de mulheres [v., por exemplo, a sentença do Bundesarbeitsgericht de 16 de Janeiro de 1996 (3 AZR 767/94)]. Além disso, segundo a mesma jurisprudência, dado que esta disposição constitucional regula inteiramente a questão em litígio e é anterior ao artigo 119.º do Tratado CEE, não pode ser invocado este artigo nem, consequentemente, aplicada a limitação temporal prevista no acórdão Barber e no Protocolo que, na sequência desse acórdão, foi anexoado ao referido artigo 119.º

19. Conclui-se, assim, que de acordo com a jurisprudência desse mesmo órgão jurisdicional nacional, as disposições da convenção colectiva que proíbem a inscrição na VAP de trabalhadores a tempo parcial violam o princípio constitucional da igualdade, *sendo*, portanto, *inaplicáveis*, mas que as outras disposições são válidas e que, consequentemente, os trabalhadores a quem estava vedada a inscrição adquirem direitos com efeitos retroactivos. O princípio da sugurança jurídica e o da confiança legítima invocados como objecção pela empresa acusada (num dos casos, a Deutsche Telekom) não podem lesar o direito dos trabalhadores de serem abrangidos, com efeito retroactivo, pelo referido regime de pensões de reforma e as consequências daí decorrentes. Os custos adicionais que daí resultam para a empresa, correspondentes a

uma verba que se situa entre 40 e 50 milhões de DM, podiam ser cobertos por outros meios, por exemplo, o recurso ao mercado de capitais ou às reservas já constituídas (n.º 19) ⁶.

IV — Matéria de facto

A — A carreira das demandantes e o processo no Arbeitsgericht

a) No processo C-50/96

20. Lilli Schröder entrou a serviço da Deutsche Bundespost Telekom, em 1974. De 20 Maio de 1975 a 31 de Março de 1994, data em que passou à reforma, trabalhou em horário reduzido que não excedia as 18 horas semanais. Entre 1975 e 31 de Março de 1991, não esteve inscrita na VAP. No entanto, depois da última alteração da convenção colectiva, a que atrás aludimos, a demandante passou a estar inscrita na VAP a partir de 1 de Abril de 1991 e recebe uma pensão de reforma do regime legal desde 1 de Abril de 1994.

6 — Acórdãos de 7 de Fevereiro de 1992 (3 AZR 173/92); de 7 de Março de 1995, relativo à Deutsche Telekom (3 AZR 321/94) e de 16 de Janeiro de 1996, relativo à Deutsche Post (3 AZR 767/94), etc. A Deutsche Telekom interpôs recurso no Bundesverfassungsgericht contra o acórdão de 7 de Março de 1995 que ainda se encontrava pendente no momento em que os presentes processos foram submetidos ao Tribunal de Justiça. Além disso, encontravam-se também pendentes no Tribunal Constitucional recursos contra acórdãos semelhantes do Bundesarbeitsgericht interpostos por outras partes.

21. Na acção que intentou no Arbeitsgericht Hamburg, sustenta que tinha direito à inscrição obrigatória na VAP, com efeito retroactivo a partir de 20 de Maio de 1975, porque a proibição de inscrição na VAP, aplicada aos trabalhadores a tempo parcial, constituía uma discriminação indirecta das mulheres, o que violava, por um lado, o artigo 119.º do Tratado CEE e, por outro, o artigo 3.º da Constituição alemã e o artigo 2.º do BeschFG.

A demandante fundamentava esta pretensão no facto de, como constava dos dados apresentados, a demandada empregar, em 1991, um total de 240 339 trabalhadores a tempo inteiro, dos quais 169 477 (70,5%) eram homens e 70 861 (29%) eram mulheres, e um total de 11 521 trabalhadores a tempo parcial, dos quais 560 (5%) eram homens e 10 931 (95%) eram mulheres.

Nestas circunstâncias, pretendia que a Deutsche Telekom, demandada, fosse obrigada a pagar-lhe, a partir de 1 de Abril de 1994, uma pensão complementar de montante igual ao que teria recebido se tivesse estado inscrita na VAP entre 20 de Maio de 1975 e 31 de Março de 1991. A título subsidiário, pretendia que a demandada a inscrevesse, retroactivamente, na VAP, a partir desta última data, respondendo pelos respectivos encargos, e também que a indemnizasse pelo período em que não esteve inscrita.

b) Nos processos apensos C-234/96 e C-235/96

22. Agnes Vick (demandante no processo C-234/96) entrou ao serviço da Deutsche Bundespost em 1 de Julho de 1971. Até 30 de Setembro de 1972, trabalhou a tempo inteiro e esteve inscrita na VAP. A partir de 1 de Outubro de 1972, começou a trabalhar em tempo parcial, com um horário de dezasseis horas semanais. Por este motivo, a sua inscrição na VAP cessou, tendo-lhe sido reembolsados os descontos que fizera. A partir desta última data e até 30 de Julho de 1991, data em que saiu da empresa, não esteve inscrita na VAP. A partir de 1 de Agosto de 1991, recebe uma pensão de reforma do regime legal.

Na acção que intentou no Arbeitsgericht Hamburg, também ela pede que lhe reconheçam o direito a uma pensão mensal equivalente à que teria recebido se tivesse estado inscrita na VAP desde 1 de Julho de 1971, devendo cada prestação mensal ser acrescida de juros à taxa de 4%.

23. Ute Conze (demandante no processo C-235/96) entrou ao serviço a 13 de Setembro de 1971. Até 30 de Abril de 1972, trabalhou a tempo inteiro, tendo estado inscrita na VAP. A 1 de Maio de 1972, começou a trabalhar a tempo parcial, com um horário de dezasseis horas semanais,

tendo cessado, por este motivo, a sua inscrição na VAP. A partir de 1 de Abril de 1991, a demandante, que continua a trabalhar, voltou a estar inscrita na VAP.

24. Na acção que intentou no Arbeitsgericht Hamburg, a demandante considera que a demandada deve ser obrigada a coloca-la na situação em que se teria encontrado, na altura do produção risco coberto, se tivesse estado inscrita na VAP entre 1 de Janeiro de 1983 e 31 de Março de 1991.

25. Nestes dois casos, a demandada sustentou que a inscrição retroactiva das demandantes violava o princípio da boa fé, o princípio da liberdade contratual e o princípio da liberdade de contratação colectiva, consagrados na Constituição. Para além disso, declarou que a inscrição retroactiva de todos os trabalhadores a tempo parcial punha em risco a sua sobrevivência económica.

A demandada afirmou também que, mesmo que fossem reconhecidos direitos às demandantes, essa decisão nunca pode-

ria retroagir a data anterior a 17 de Maio de 1990, data em que o Tribunal de Justiça proferiu o acórdão Barber⁷.

26. O Arbeitsgericht Hamburg admitiu o recurso, por estarem satisfeitas as condições objectivas que configuram a existência de discriminação indirecta das mulheres. No entanto, a proibição deste tipo de discriminação resulta, já, do artigo 3.º, n.º 2, da lei fundamental alemã. Além disso, o tribunal de primeira instância considerou que nenhum princípio constitucional impedia o reconhecimento retroactivo de direitos às demandantes. Tendo tudo isto em conta, o Arbeitsgericht concluiu que não podia aplicar-se a limitação no tempo prevista no acórdão Barber.

c) Nos processos apensos C-270/97 e C-271/97

27. Elisabeth Sievers (demandante no processo C-270/97) entrou ao serviço da empresa demandada a 16 de Setembro de 1964, tendo cessado de trabalhar para ela a 22 de Fevereiro de 1988, data em que passou à reforma. Durante todo esse tempo, trabalhou em regime de tempo parcial, que oscilou entre duas horas e

7 — Já referido na nota 1.

meia e dezoito horas por semana. Devido a este horário, não estava inscrita na VAP.

28. Em Março de 1993, intentou uma acção no Arbeitsgericht Hannover, exigindo que a demandada fosse obrigada a pagar-lhe uma prestação mensal, a partir de 1 de Março de 1993, equivalente àquela que teria recebido se tivesse estado inscrita na VAP desde o início. A título subsidiário, pretendia a sua inscrição na VAP pelo período correspondente a todo o tempo de serviço, devendo a demandada responder pelos respectivos encargos. Pretendia, também, a título mais subsidiário, que lhe fosse paga uma indemnização pelos prejuízos resultantes do facto de lhe ter sido vedada a inscrição na VAP.

29. A demandante sustentou perante o Arbeitsgericht ter sido objecto de discriminação indirecta com base no sexo. A demandada negou a acusação e afirmou, ainda, terem já prescrito os direitos da demandante relativamente ao período anterior a 1 de Janeiro de 1991.

30. O Arbeitsgericht Hannover concluiu que, independentemente do sexo, a aplicação de tratamento diferente a trabalhadores a tempo parcial e a trabalhadores a tempo inteiro violava o artigo 2.º, n.º 1, do BeschFG e o princípio constitucional da igualdade e, por esse motivo, considerou parcialmente procedente a pretensão prin-

cipal da demandante e atribuiu-lhe uma pensão a partir de 1 de Janeiro de 1991. A demandada interpôs recurso desta decisão no órgão jurisdicional de reenvio.

31. Brunhilde Schrage (demandante no processo C-271/97) foi contratada em 1960. Trabalhou sempre a tempo parcial, com algumas interrupções, até 1 de Outubro de 1981 e, posteriormente, sem interrupção até 31 de Março de 1993. Na acção que intentou, pretende que lhe seja paga uma pensão a partir desta última data, como teria acontecido se tivesse estado inscrita entre 1 de Janeiro de 1964 e 31 de Março de 1993. Apresenta, também, pedidos a título subsidiário semelhantes aos de Elisabeth Sievers.

32. O tribunal da causa considerou parcialmente procedente a pretensão principal, mas não tomou em consideração os direitos anteriores a 1964 por ter já decorrido o prazo de prescrição de trinta anos previsto no direito alemão (artigo 195.º do código civil).

B — *Processo no Landesarbeitsgericht*

33. As empresas demandadas interpuseram recurso das respectivas decisões no Lande-

sarbeitsgericht competente para cada caso. Sustentavam que o artigo 119.º do Tratado CEE, assim como o protocolo que lhe foi anexado pelo Tratado de Maastricht têm primado sobre as disposições do direito nacional, relativamente às questões por eles reguladas. Consequentemente, segundo as recorrentes, no presente caso, devia aplicar-se a restrição temporal prevista no acórdão Barber e no protocolo adoptado na sequência deste.

34. As demandantes contestaram esta interpretação e alegaram que os direitos por elas reivindicados resultavam do artigo 3.º da Constituição e sempre estiveram garantidos na Alemanha. Segundo elas, do direito comunitário não pode resultar que, no caso de a situação jurídica existente num Estado-Membro anteriormente ao acórdão Barber ser análoga à que esse acórdão criou no direito comunitário, as vítimas de uma discriminação com base no sexo ocorrida antes do referido acórdão, não possam vir, posteriormente a ele, fazer valer qualquer pretensão com fundamento nessa discriminação.

35. Os órgãos jurisdicionais de reenvio afirmam, fundamentalmente, que a referida jurisprudência do Bundesarbeitsgericht não está isenta de controvérsia. Consideram, em especial, que a exclusão dos trabalhadores a tempo parcial da inscrição na VAP

constitui uma discriminação que viola o artigo 119.º do Tratado CEE. Além disso, tendo em conta que o acórdão e o Protocolo Barber proibem a aplicação retroactiva de direitos a períodos anteriores à data deste acórdão, são levadas a concluir que essa data constitui um último prazo aplicável, em termos gerais, a qualquer pedido formulado ao abrigo do artigo 119.º do Tratado CEE. Tendo em conta o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional e a necessidade de uma aplicação uniforme do direito comunitário em todos os Estados-Membros, o limite temporal é válido mesmo que o direito nacional reconheça aos interessados direitos respeitantes a um período anterior ao acórdão Barber. Além disso, segundo esses órgãos jurisdicionais, há que ter em conta que o Bundesarbeitsgericht afirmara já, em jurisprudência anterior, que na Alemanha, anteriormente ao acórdão Barber, era difícil ou até impossível concluir que as disposições litigiosas da convenção colectiva violavam quer o artigo 119.º do Tratado CEE quer o artigo 3.º, n.º 2, da Constituição alemã. Nestes termos, o reconhecimento de direitos retroactivos aos trabalhadores suscita um problema de violação dos princípios de segurança jurídica e de protecção da confiança legítima das entidades patronais. Finalmente, os órgãos jurisdicionais de reenvio observam que as consequências financeiras desta retroactividade colocariam as empresas alemãs numa situação desfavorável, no plano da concorrência, relativamente às empresas dos restantes Estados-Membros.

36. Perante as dúvidas manifestadas, os órgãos jurisdicionais de reenvio apresenta-

ram, relativamente aos diferentes processos em causa, as seguintes questões prejudiciais.

Europeia (o chamado Protocolo Barber) e a proibição de aplicação retroactiva nele contida se aplicam também a um caso de discriminação indirecta das mulheres como aquele a que a questão anterior se refere?

V — Questões prejudiciais

37. As questões prejudiciais foram formuladas nos seguintes termos:

a) No processo C-50/96

«1) A exclusão, ao abrigo de uma disposição formulada sem referência ao respectivo sexo, dos trabalhadores a tempo parcial, com um horário de trabalho inferior a dezoito horas semanais, do direito a um complemento de reforma de um regime profissional de pensões privado constitui uma discriminação indirecta das mulheres, no sentido resultante da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o artigo 119.º do Tratado CEE, quando cerca de 95% dos trabalhadores abrangidos por essa exclusão são mulheres?

2) Se a resposta à primeira questão for afirmativa, deve entender-se que o Protocolo n.º 2 *ad* artigo 119.º do Tratado que institui a Comunidade

3) Se a resposta à segunda questão for afirmativa, a proibição de aplicação retroactiva contida no referido Protocolo tem primado sobre um princípio constitucional alemão (artigo 3.º, n.º 1) que impede a proibição de aplicação retroactiva no caso descrito na primeira questão?

4) A aplicação retroactiva a um caso como o descrito na primeira questão, que a norma constitucional alemã prevê, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Constituição, constitui uma forma de contornar ilicitamente a proibição de aplicação retroactiva constante do Protocolo n.º 2 *ad* artigo 119.º do Tratado CEE se, numa situação de facto idêntica e também com o objectivo de garantir a igualdade de tratamento nos regimes profissionais de pensões privados, o direito nacional, contrariamente ao direito comunitário, permitir a aplicação retroactiva em benefício dos trabalhadores, designadamente das mulheres indirectamente discriminadas?

5) Se a resposta à quarta questão for afirmativa, a aplicação do disposto pelo artigo 2.º, n.º 1, da Beschäftigungsförderungsgesetz (lei da promoção do emprego) de 26 de Abril de 1985, que prevê a aplicação retroactiva até essa precisa data, constitui uma forma de contornar ilicitamente a proibição de aplicação retroactiva constante do Protocolo n.º 2 *ad* artigo 119.º do Tratado CEE (Protocolo Barber)?

6) A aplicação retroactiva, legalmente permitida nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Constituição alemã, num caso como o descrito na primeira questão, constitui violação do direito comunitário, do ponto de vista de uma discriminação nacional não equitativa das empresas alemãs abrangidas e à luz duma interpretação do direito nacional conforme ao direito comunitário ou de um princípio de direito comunitário, e tem, nestas circunstâncias, o direito comunitário primado sobre o direito nacional?»

b) Nos processos C-234/96 e C-235/96

primário, sobre o direito constitucional (artigo 3.º da Constituição alemã) e normas de categoria inferior, como o artigo 2.º, n.º 1 da Beschäftigungsförderungsgesetz (lei da promoção do emprego) e o princípio geral em direito do trabalho da igualdade de tratamento, aplicáveis na República Federal da Alemanha, se, verificadas as condições de facto que determinam o reconhecimento de um direito resultante do artigo 119.º do Tratado CEE, no caso de ocorrer uma discriminação indirecta fundada no sexo, em matéria de regimes profissionais de pensões que aplicam um tratamento desfavorável aos trabalhadores a tempo parcial, só for possível, mesmo com base nas normas constitucionais nacionais ou de categoria inferior, reclamar o pagamento de prestações nas condições restritivas idênticas às que se aplicam ao reconhecimento do direito previsto no artigo 119.º do Tratado CEE, um direito decorrente da ordem jurídica comunitária e que contraria as referidas normas nacionais, de tal forma que, afastando a apreciação jurídica que resulta das disposições nacionais, só haja lugar, apesar do fundamento da legislação nacional, ao pagamento das prestações relativas a períodos de trabalho posteriores a Maio de 1990, salvo a excepção prevista dos trabalhadores ou seus sucessores que tiverem, antes dessa data, interposto acção judicial ou apresentado reclamação equivalente, nos termos do direito nacional aplicável?

«1) O artigo 119.º do Tratado CEE, o Protocolo Barber (n.º 2) e a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre esta matéria têm primado, enquanto direito

2) A resposta à questão anterior será a mesma se, de acordo com o direito nacional concorrente, o direito à igual-

dade de tratamento existe por ter ocorrido uma discriminação sem fundamento objectivo, em relação ao trabalho a tempo parcial, sem necessidade de saber se existe também discriminação indirecta com base no sexo decorrente da aplicação aos trabalhadores de sexo feminino de um tratamento menos favorável?»

tário só preveja o pagamento de prestações ao abrigo de regimes profissionais de pensões se e quando corresponderem a períodos de trabalho posteriores a 17 de Maio de 1990, e as disposições nacionais regulamentem os mesmos factos de forma diferente, posto que não excluam a retroactividade?

c) Nos processos C-270/97 e C-271/97

«1) a) Deverá considerar-se que o direito comunitário goza de primado, quanto aos seus efeitos ou aplicação (nos termos dos artigos 5.º, n.º 2 e 189.º do Tratado CEE), sobre as disposições nacionais que com ele entrem em conflito, embora visem também a igualdade de tratamento em matéria de regimes profissionais de pensões, e que poderiam ou deveriam aplicar-se aos mesmos factos, como, na Alemanha, em termos gerais, o princípio da igualdade de tratamento em matéria de direito social ou, em termos específicos, o artigo 2.º, n.º 1, da Beschäftigungsförderungsgesetz de 1985?

b) O primado do direito comunitário é de aplicação geral no caso de um conflito em que o direito comuni-

c) Deve entender-se que esse primado não existe se o objectivo económico do artigo 119.º do Tratado CEE — estabelecer a igualdade de oportunidades em matéria de concorrência —, que coexiste com o objectivo social dessa disposição, for concretamente afectado?

2) Poderá, pelo menos, concluir-se que, de acordo com o princípio do direito comunitário segundo o qual o direito nacional deve ser interpretado em consonância com as normas comunitárias, as disposições nacionais sobre a igualdade de tratamento em matéria de regimes profissionais de pensões têm obrigatoriamente de ser interpretadas e aplicadas de acordo com as exigências e restrições (princípio da não aplicação retroactiva) previstas pelo direito comunitário?»

VI — Quanto à matéria de facto

A — Sobre a primeira questão do processo C-50/96

38. Com esta questão pretende saber-se se o artigo 119.º do Tratado CEE proíbe que, no âmbito de um regime profissional de pensões, se recuse uma prestação complementar de reforma aos trabalhadores do sexo feminino a tempo parcial, quando 95% dos trabalhadores são mulheres.

39. No caso em apreço, não se contesta que o regime profissional de pensões se inclua no âmbito de aplicação do artigo 119.º do Tratado CEE e que a prestação em causa seja uma remuneração no sentido que lhe foi atribuído por esta disposição ⁸.

8 — V., designadamente, os acórdãos Bilka (já referido na nota 5, n.º 22) e Barber (já referido na nota 1, n.º 28), e também os acórdãos de 17 de Fevereiro de 1993 Comissão/Bélgica (C-173/91, Colect., p. I-673, n.ºs 17 e 20); de 6 de Outubro de 1993, Ten Oever (C-109/91, Recueil, p. I-18/79, n.ºs 10 e 11) e de 28 de Setembro de 1994, Beune (C-7/93, Colect., I-4471, n.ºs 30, 37 e 43).

40. Além do mais, as partes concordam, em substância, com a resposta a dar a esta questão, visto ter sido anteriormente decidida. Basta, tão-só, lembrar a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, segundo a qual a exclusão dos trabalhadores a tempo parcial do direito a uma prestação complementar de reforma no âmbito de um regime profissional de pensões privado constitui uma discriminação das mulheres proibida pelo artigo 119.º do Tratado CEE, quando essa medida abranja um número de mulheres muito superior ao número de homens, salvo se a empresa em questão esclarecer que essa medida se justifica por razões objectivas e alheias a qualquer discriminação exercida com base no sexo ⁹.

41. Sublinhamos que o Governo do Reino Unido, nas suas observações, propõe uma formula diferente da que é utilizada pelos órgãos jurisdicionais do processo principal para calcular as percentagens de homens e mulheres a ter em conta na determinação da existência ou não de discriminação. No entanto, como este problema não se levanta directamente nos processo em apreço, consideramos desnecessário proceder a sua apreciação ¹⁰.

9 — V., entre outros, o acórdão Bilka (já referido na nota 5, n.º 31).

10 — Explicámos já o nosso ponto de vista sobre esta questão nas conclusões apresentadas a 14 de Julho de 1998, no processo Seymour-Smith e Peres (C-167/97, processo ainda pendente no Tribunal de Justiça, n.ºs 116, 124 e 125).

B — Sobre as segunda, terceira, quarta e quinta questões do processo C-50/96, as duas questões dos processos C-234/96 e C-235/96 e a primeira questão, alíneas a) e b), e a segunda questão dos processos C-270/97 e C-271/97

a) Primeiro problema

42. Estas questões, que convém analisar conjuntamente, têm como objectivo saber, em substância, se o artigo 119.º do Tratado CEE e o Protocolo Barber, tal como interpretados pelo Tribunal de Justiça, contrariam as disposições nacionais que conferem aos trabalhadores a tempo parcial o direito à inscrição no regime profissional de pensões e a uma prestação complementar, como a que está em causa no processo principal, relativamente a períodos anteriores a 17 de Maio de 1990, data o acórdão Barber.

43. Estas questões levantam dois problemas. Trata-se de saber, em *primeiro lugar*, se, à luz do direito comunitário, casos como os que aqui estão em litígio se encontram, em princípio, abrangidos pela limitação no tempo introduzida pelo acórdão Barber ou qualquer eventual limitação no tempo [v., adiante, alínea a)] e, em *segundo lugar*, se, por força do princípio do primado do direito comunitário, esta limitação se aplica também ao caso em que o direito nacional permite aplicação retroactiva a períodos anteriores à referida data [v., adiante, alínea b)].

44. Como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça posterior ao acórdão Barber, a proibição de efeitos retroactivos nele contida e retomada pelo já referido protocolo, abrange apenas os tipos de discriminação que, de acordo com as excepções transitórias previstas pelo direito comunitário aplicável em matéria de regimes profissionais de pensões, as entidades patronais e os regimes profissionais de pensões *razoavelmente* consideraram *aceitáveis*¹¹.

45. Assim, no que respeita ao direito de *inscrição* nos regimes profissionais de pensões, o Tribunal de Justiça entendeu que, posteriormente ao acórdão Bilka, já referido, era evidente que uma discriminação com base no sexo constituía uma violação do artigo 119.º do Tratado CEE e que não havia elementos que permitissem concluir que as entidades profissionais interessadas pudessem ter interpretado erradamente a aplicabilidade deste artigo do Tratado CEE¹².

11 — Por exemplo, a possibilidade de fixar uma idade de reforma diferente para homens e para mulheres prevista pelo artigo 9.º, alínea a), da Directiva 86/378 que retomava a excepção prevista pelo artigo 7.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 79/7 (v., acórdão Barber, já referido na nota 1, n.º 42 e o acórdão de 28 de Setembro de 1994, Vroege, C-57/93, Colect., p. I-4541, n.º 22).

12 — Acórdão Vroege (já referido na nota 11, n.ºs 20 a 29) e acórdãos de 28 de Setembro de 1994, Fischer (C-128/93, Colect., p. I-4583, n.ºs 17 a 26), de 24 de Outubro de 1996, Dietz (C-435/93, Colect., p. I-5223, n.ºs 19 e 20) e de 11 de Dezembro de 1997, Magorrian e Cunningham (C-246/96, Colect., p. I-7153, n.º 27 a 29).

46. Além disso, o Tribunal de Justiça decidiu que, como o acórdão Bilka não prevê qualquer proibição de efeitos retroactivos, pode invocar-se a eficácia directa do artigo 119.º para exigir a retroactividade da inscrição num regime profissional de pensões, logo a partir de 8 de Abril de 1976, data do acórdão Defrenne II (43/75, Rec. 455, n.º 40) que reconheceu pela primeira vez a eficácia directa do referido artigo¹³.

47. Por último, o Tribunal de Justiça sublinhou que a inscrição num regime profissional de pensões deixaria de ter qualquer interesse para o trabalhador se ela lhe não conferisse o direito de receber as prestações concedidas pelo referido regime. Assim, foi entendimento do Tribunal de Justiça que os trabalhadores a quem, em razão do sexo, tivesse sido vedada a inscrição no regime profissional de pensões tinham, para além do direito à inscrição com efeitos retroactivos, o direito de receber retroactivamente as prestações correspondentes, como a pensão de velhice e a pensão complementar¹⁴.

48. Por conseguinte, no caso em apreço, à luz do direito comunitário, os trabalhadores nas condições das demandantes têm direito, em todo o caso, por um lado, a serem inscritos retroactivamente no regime profissional de pensões a partir de 8 de Abril de 1976 e, por outro lado, a receberem as prestações correspondentes a esse período de seguro.

49. Tendo em conta o contexto factual em que se inserem os litígios dos processos principais, impõe-se acrescentar que o direito de receber as prestações correspondentes aos períodos de inscrição retroactiva fica sujeito às condições gerais em vigor aplicáveis nesta matéria no respectivo Estado-Membro, entre as quais se conta, designadamente, a exigência de pagamento prévio por parte do trabalhador das quotas eventualmente devidas.

50. Com efeito, tal como o Tribunal de Justiça sublinhou, no caso em que o trabalhador tiver sido objecto de discriminação com base no sexo contrária ao artigo 119.º do Tratado CEE,

«... a reposição da igualdade de tratamento deve colocar o trabalhador discriminado em situação igual à dos trabalhadores do outro sexo.

Por consequência, o referido trabalhador não poderá exigir, nomeadamente no plano financeiro, um tratamento mais favorável do que aquele que teria tido se tivesse estado normalmente inscrito.

... o facto de um trabalhador poder reclamar a inscrição retroactiva num regime profissional de pensões não lhe permite

13 — Acórdãos (já referidos na nota 12) Dietz (n.º 21) e Magorrian e Cunningham (n.º 30).

14 — Acórdãos (já referidos na nota 12) Dietz (n.ºs 23 e segs.) e Magorrian e Cunningham (n.ºs 32 a 35) respectivamente.

eximir-se ao pagamento das quotas devidas pelo período de inscrição pretendido»¹⁵.

51. No caso presente, como já referimos na exposição dos antecedentes dos diferentes processos, a primeira e as duas últimas demandantes concluíram simplesmente que lhes deve ser paga uma prestação complementar convencionalmente calculada com base no período que trabalharam a tempo parcial (ou seja, sem exigirem a sua inscrição retroactiva no regime profissional de pensões); pedem, a título subsidiário, a inscrição retroactiva a cargo das demandadas e, seguidamente, a título mais subsidiário, uma indemnização pelo período em que não estiveram inscritas, sendo que, em todos estes casos, pedem para usufruir das referidas regalias sem encargos para elas.

52. Não podemos, contudo, partilhar esse ponto de vista, porque o direito de receber as prestações não é um direito autónomo, mas um direito associado com a inscrição no regime que concede as prestações (neste caso, a VAP) e dela decorrente. Além disso, se se concedesse gratuitamente às demandantes a regalia das prestações em litígio, criar-se-ia uma nova discriminação a seu favor e em detrimento dos trabalhadores a tempo integral que, durante anos, efectua-

ram os respectivos descontos, motivo este que no acórdão Fisscher, já referido, levou a rejeitar esta interpretação dos factos.

53. Em conclusão, quando se trate da inscrição num regime profissional de pensões, como o que está em causa no processo principal, e do pagamento das respectivas prestações, a limitação no tempo a ter em conta, do ponto de vista do direito comunitário, é 8 de Abril de 1976, data do acórdão Defrenne II, e não 17 de Maio de 1990, data do acórdão Barber, e à qual se refere também o protocolo adoptado na sequência deste último acórdão.

b) Segundo problema

54. Depois de esclarecido o primeiro dos problemas levantados, coloca-se a questão de saber se as referidas limitações no tempo são também aplicáveis, quando, como no caso presente, as disposições do direito interno neste matéria são mais favoráveis.

55. As demandantes, o Governo do Reino Unido e a Comissão defendem, no essencial, que se a legislação alemã confere direitos mais vastos do que o artigo 119.º do Tratado CEE, nem este artigo nem as limitações no tempo que a sua execução implica são aplicáveis. Pelo contrário, as

15 — Acórdão Fisscher (já referido na nota 12, n.ºs 35 a 37).

demandadas afirmam que quando um caso cabe no âmbito de aplicação do artigo 119.º do Tratado CEE, deve aplicar-se este artigo e as limitações a ele associadas, preterindo-se as disposições nacionais ainda que mais favoráveis, por força do princípio do primado do direito comunitário.

56. Não podemos partilhar o ponto de vista das demandadas.

57. Em primeiro lugar, é necessário esclarecer o significado das limitações temporais introduzidas pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Defrenne II e Barber.

58. De acordo com uma jurisprudência constante, a aplicabilidade directa do direito comunitário significa que as normas do direito comunitário devem produzir uniformemente a totalidade dos seus efeitos em todos Estados-Membros, a partir da sua entrada em vigor e durante toda a sua vigência. Estas disposições são fonte imediata de direitos e obrigações quer para os Estados-Membros quer para os particulares enquanto partes de uma relação jurídica decorrente do direito comunitário, cabendo ao juiz proteger esses direitos¹⁶.

16 — V., entre outros, o acórdão de 9 de Março de 1978, Simmenthal (106/77, Recueil, p. 629, n.º 14 a 16).

59. Para além disso, «por força do princípio do primado do direito comunitário, as disposições do Tratado e os actos emanados das instituições, directamente aplicáveis, têm como efeito, nas relações com o direito interno dos Estados-Membros, não apenas tornar inaplicável de pleno direito, pelo facto de terem entrado em vigor, qualquer disposição contrária da legislação nacional existente, mas também — dado as disposições e os actos do direito comunitário serem parte integrante, com prevalência hierárquica, da ordem jurídica aplicável em todos os Estados-Membros — impedir a criação válida de nova legislação nacional que seja incompatível com as normas comunitárias»¹⁷.

60. Por outro lado, segundo jurisprudência igualmente constante, a interpretação feita pelo Tribunal de Justiça, ao abrigo do disposto no artigo 177.º do Tratado CEE, de uma norma de direito comunitário vem esclarecer e precisar o significado e alcance da norma, tal como esta deve ou deveria ter sido entendida e aplicada a partir do momento da sua entrada em vigor. Conclui-se daí que a norma assim interpretada pode e deve ser aplicada pelo juiz mesmo a relações jurídicas criadas e constituídas antes do acórdão sobre o pedido de interpretação¹⁸. Por outras palavras, os acór-

17 — *Ibidem*, n.º 17.

18 — V., nomeadamente, os acórdãos de 27 de Março de 1980, Denkavit italiana (61/79, Recueil, p. 1205, n.º 16), de 13 de Fevereiro de 1996, Bantia e Société Française Maritime (C-197/94 e C-252/94, Colect., p. I-505, n.º 47) e, recentemente, o acórdão de 15 de Setembro de 1998, Edilizia Industriale Siderurgica (C-231/96, Colect. p. I-4951, n.º 15).

dãos interpretativos proferidos pelo Tribunal de Justiça retroagem, geralmente, à data da entrada em vigor da disposição interpretada¹⁹.

61. Nestas circunstâncias, a limitação dos efeitos dum acórdão interpretativo decidida pelo Tribunal de Justiça é uma medida excepcional, exclusivamente justificada por razões imperiosas de segurança jurídica. Isso acontece quando, por um erro de direito desculpável, as instituições nacionais tenham adoptado e aplicado, há já muito tempo, normas contrárias ao direito comunitário que produziram efeitos de tão grande alcance que causaria muito mais danos eliminá-las do que mantê-las²⁰. Contudo, relativamente a datas posteriores, não se admite qualquer limitação²¹.

62. Creio, portanto, ter ficado claro que não deve confundir-se a questão do significado e do efeito das disposições interpretadas pelo Tribunal de Justiça e a questão da limitação dos efeitos do acórdão interpretativo. A interpretação retroage sempre (ou seja, mesmo que o Tribunal de Justiça determine uma limitação dos efeitos do seu acórdão) à data de adopção da disposição em causa e limita-se a revelar o significado e a obrigatoriedade intrínseca da disposição, mas não é dessa interpretação que

ambos derivam. A limitação dos efeitos do acórdão, pelo contrário, consiste apenas em privar os particulares da possibilidade de invocarem e exercerem direitos que extraem da disposição interpretada e já em vigor²².

63. Com base nas considerações que antecedem, são possíveis as conclusões seguintes.

Em primeiro lugar, a questão da aplicação do princípio do primado do direito comunitário só se levanta se as disposições nacionais *contrariarem* o direito comunitário, isto é, quando exista um conflito entre direito comunitário e direito interno²³. Consequentemente, a questão da aplicação deste princípio não se coloca se as disposições nacionais forem concordantes com o direito comunitário.

Em segundo lugar, a limitação dos efeitos de um acórdão do Tribunal de Justiça é uma medida excepcional a que este recorre depois de ter avaliado as consequências resultantes da disposição nacional *contrária* ao direito comunitário. Assim sendo,

19 — Acórdão Edilizia Industriale Siderurgica (já referido na nota 18, n.º 17).

20 — V., designadamente, o acórdão Defrenne II (já referido no n.º 46, n.ºs 69 e segs.); os acórdãos de 11 de Março de 1981, Worrinham e Humphreys (69/80, Recueil, p. 767, n.ºs 29 e segs.); de 2 de Fevereiro de 1988, Blaizot e o. (14/86, Colect., p. 379, n.ºs 28 e segs.); Barber (já referido na nota 1, n.ºs 40 e segs.); de 19 de Outubro de 1995 (C-137/94, Colect., p. I-3407, n.ºs 32 e segs.) e Bautiaa e Société Française Maritime (já referido na nota 18, n.º 48).

21 — Isto foi expressamente acentuado, embora redundantemente, no n.º 44 do acórdão Barber.

22 — Acórdão Edilizia Industriale Siderurgica (já referido na nota 18, n.º 18).

23 — V., designadamente, os acórdãos de 13 de Fevereiro de 1969, Wilhem e o. (14/68, Recueil, p. 1, n.º 6) e Simmenthal (já referido na nota 16, n.º 17).

essa limitação dos efeitos de um acórdão do Tribunal de Justiça pressupõe *necessariamente* um conflito entre o direito comunitário e o direito interno. No entanto, a limitação dos efeitos de um acórdão é inaceitável se a disposição nacional se harmonizar com o direito comunitário, posto que tal corresponderia a uma autocensura do direito comunitário.

64. Desta forma, a questão essencial que no caso presente se levanta é saber se as disposições nacionais como as que estão em causa no processo principal contrariam ou não o direito comunitário.

65. Convém lembrar que, nos processos em apreço, as disposições nacionais em causa não são as disposições da convenção colectiva de trabalho nas suas diferentes versões sucessivamente em vigor. Trata-se do alcance actual das disposições da convenção colectiva, depois de terem sido expurgadas retroactivamente dos elementos contrários ao artigo 3.º, n.º 1, da Constituição alemã, de acordo com a jurisprudência do Bundesarbeitsgericht que atrás referimos (v. n.º 16 e segs). Essas disposições constituem o «enquadramento jurídico nacional» das questões prejudiciais aqui analisadas, independentemente da questão — pura e simplesmente do foro do direito interno — de

saber como e porquê os órgãos jurisdicionais nacionais chegaram a essa conclusão.

66. Nos termos dessas disposições, tal como atrás foram descritas, os trabalhadores a tempo parcial (homens e mulheres) beneficiam obrigatoriamente, desde 1949, de tratamento igual ao dos trabalhadores a tempo inteiro (homens e mulheres). Nessas circunstâncias, a disposição que impede a inscrição na VAP dos trabalhadores a tempo parcial e lhes veda o direito a receberem uma pensão complementar sempre foi inconstitucional. Assim, todos os trabalhadores a tempo parcial (incluindo as mulheres) têm direito à inscrição retroactiva na VAP e ao pagamento das prestações correspondentes.

67. Verifica-se, portanto, que as disposições nacionais, ao regularem uma questão mais geral (a aplicação de tratamento igual a trabalhadores a tempo parcial e a tempo inteiro), regulam também uma questão mais específica (a aplicação de tratamento igual a trabalhadores do sexo feminino a tempo parcial e a trabalhadores tempo inteiro), a questão em causa no presente processo. Por conseguinte, os mesmos factos ficam simultaneamente abrangidos por dois regimes jurídicos que se sobrepõem, ou seja, por um lado, o artigo 119.º do Tratado CEE que proíbe a discriminação dos trabalhadores do sexo feminino a

tempo parcial, comparativamente em maior número, e, por outro lado, as normas do direito interna que proíbem, em termos gerais, a aplicação aos trabalhadores a tempo parcial de um regime menos favorável do que o dos trabalhadores a tempo inteiro.

68. Do ponto de vista do conteúdo, as normas nacionais estão em *plena conformidade* com o artigo 119.º do Tratado CEE, chegando ainda mais longe quanto à aplicação no tempo (dado que abrangem também um período anterior ao Tratado CEE), quanto à aplicação individual (porque abrangem todos os trabalhadores a tempo parcial, independentemente do sexo e da percentagem de homens e mulheres) e, também, com toda a probabilidade, quanto à aplicação material (porque, de acordo com a formulação geral do artigo 3.º, n.º 1, da Constituição alemã, subjacente à argumentação do Bundesarbeitsgericht, a igualdade de tratamento aplica-se, em geral, às condições de trabalho das duas categorias de trabalhadores e não apenas à sua remuneração)²⁴.

24 — Sublinhamos que, em virtude do seu conteúdo, as normas internas constituem uma medida abrangida pelo disposto nos artigos 117.º e 118.º do Tratado CEE, sendo, por esse motivo, da competência dos Estados-Membros. No entanto, como já noutra oportunidade afirmámos, as medidas deste tipo estão também sujeitas a fiscalização relativamente à sua compatibilidade com o artigo 119.º (v. as conclusões por nós apresentadas, já referidas na nota 10, no processo Seymour-Smith e Perez, ainda pendente no Tribunal de Justiça, n.º 70 e, sobretudo, nota 21).

69. Ora, se as disposições nacionais têm um âmbito de aplicação mais vasto do que o artigo 119.º do Tratado CEE e não o contrariam, elas podem, com toda a legitimidade, fundar os pedidos apresentados pelas demandantes aos órgãos jurisdicionais nacionais. Assim sendo, não existe qualquer conflito nem contradição entre o direito interno e o direito comunitário, nada justificando, portanto, a aplicação do princípio do primado do direito comunitário.

70. Além disso, perante as considerações acima expostas, nas circunstâncias dos presentes processos, não pode admitir-se qualquer limitação dos efeitos do acórdão do Tribunal de Justiça. E isto pelo facto de, por um lado, como as demandantes e a Comissão bem o sublinham, a limitação em causa se aplicar a direitos que os interessados extraem do direito comunitário (quando, no caso presente, os pedidos apresentados pelas demandantes se fundam, como já o dissemos, no direito nacional) e de, por outro lado, não ser, apesar de tudo, admissível uma limitação dos efeitos do acórdão do Tribunal de Justiça se as disposições nacionais não contrariam as disposições do direito comunitário interpretadas pelo Tribunal de Justiça, porquanto tal conduziria a uma autocensura do direito comunitário.

71. Com efeito, se se admitisse o ponto de vista das demandadas, poderia concluir-se que, se, por um lado, o artigo 119.º determina a igualdade de remuneração entre homens e mulheres nos Estados-Membros, por outro lado, anula essa igualdade com as restrições que impõe às medidas nacionais que aplicam esse preceito, inclusivamente a partir de data anterior ao referido artigo 119.º Estaríamos, assim, perante uma contradição, no plano lógico e jurídico, inadmissível à luz do direito comunitário. Ora, se razões de segurança jurídica, isto é, razões que decorrem também do direito comunitário, permitiram, a título excepcional, que, anteriormente, se tivessem mantido disposições internas contrárias ao artigo 119.º, não há disposição expressa nem princípio geral que permita a anulação de disposições internas conformes ao direito comunitário.

C — Sobre a sexta questão do processo C-50/96 e a primeira questão, alínea c), dos processos C-270/97 e C-271/97

72. Com estas questões pretende saber-se, essencialmente, se a conformidade de dis-

posições internas, como as que estão em causa no processo principal, com o artigo 119.º do Tratado CEE pode ser contestada devido aos encargos financeiros que elas acarretam para as empresas envolvidas, tendo em conta o objectivo económico do artigo 119.º e o facto de outros Estados-Membros não terem adoptado disposições semelhantes às que aqui estão em litígio.

73. De acordo com a tese defendida pelas empresas demandadas, que parece ser perfilhada pelos órgãos jurisdicionais de reenvio, a inscrição retroactiva na VAP dos trabalhadores a tempo parcial e a aquisição de direitos por parte deles estão na origem de grandes encargos financeiros para as empresas em causa, encargos esses que diminuiriam a sua competitividade relativamente a empresas semelhantes dos outros Estados-Membros. Em seu entender, daí resultaria um conflito com o princípio da igualdade de condições de concorrência na Comunidade e com o objectivo do artigo 119.º, que não é apenas social, mas também económico, por outras palavras, que tem por finalidade estabelecer condições económicas de funcionamento iguais para todas as empresas. Por seu lado, as outras partes ou rejeitam esta argumentação (como é o caso das demandantes) ou consideram supérfluo contestá-las por já terem respondido às outras questões (como é o caso do Governo do Reino Unido e da Comissão).

74. Não concordamos com esta tese defendida pelas demandadas.

75. Em primeiro lugar, sublinhamos que os argumentos acima aduzidos visam essencialmente os efeitos que resultaram, na prática, para as empresas demandadas do facto de o Bundesarbeitsgericht ter declarado inconstitucionais as disposições da convenção colectiva que excluía os trabalhadores a tempo parcial da inscrição [no regime profissional de pensões]. Anteriormente, tinham já sido apresentados argumentos semelhantes perante esse mesmo órgão jurisdicional que os tinha recusado, como já referimos, por considerar que os encargos financeiros daí decorrentes para as empresas não eram significativos, que podiam ser cobertos por outros meios e que, de qualquer forma, o prejuízo por elas sofrido era menor do que o prejuízo que a exclusão do regime de pensões causava aos trabalhadores (v., atrás, n.^{os} 17 e 19). Além disso, como também afirmámos, o tribunal alemão de última instância em matéria de direito do trabalho considerou que nem os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança legítima nem nenhum outro princípio geral contrariavam a conclusão anterior.

76. Estes problemas resultam de um conflito entre normas de categorias diferentes na ordem jurídica nacional e das subseqüentes alterações nela introduzidas.

Assim, ao contestar a interpretação feita pelo Bundesarbeitsgericht do artigo 3.^o da Constituição alemã, interpretação essa na origem das presentes questões prejudiciais, a referida argumentação não pode ser aceite, já que pressupõe uma interpretação do direito nacional que é da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais (no caso presente, o Bundesarbeitsgericht onde, aliás, ainda se encontram pendentes os recursos interpostos com esse objectivo).

77. Resta-nos examinar se existe um problema de interpretação do direito comunitário, o único que o Tribunal de Justiça tem competência para interpretar.

78. As empresas demandadas tentam extrair argumento do objectivo do artigo 119.^o Defendem que, para além do objectivo social, esta disposição tem também um objectivo económico que consiste em proporcionar igualdade de condições de concorrência às empresas dos Estados-Membros. Ora esse objectivo ficaria comprometido se apenas as empresas de alguns Estados-Membros sofressem, retroactivamente, as consequências da harmonização das disposições nacionais com o direito comunitário e outras beneficiassem com a existência de disparidades.

79. É verdade que, no acórdão Defrenne II, o Tribunal de Justiça entendeu, por um lado, que o artigo 119.º «tem como objectivo evitar que, no domínio da concorrência intracomunitária, as empresas estabelecidas nos Estados-Membros que aplicaram, efectivamente, o princípio da igualdade de remuneração não fiquem em desvantagem concorrencial relativamente às empresas instaladas nos Estados-Membros que ainda não eliminaram a discriminação salarial em detrimento da mão-de-obra feminina» (n.º 9),

e, por outro, que «... esta disposição resulta dos objectivos sociais da Comunidade que não se limita a ser uma união económica, mas que, simultaneamente, através de uma acção comum, deve garantir o progresso social e procurar o constante melhoramento das condições de vida e de trabalho dos cidadãos europeus, tal como se sublinha no preâmbulo do Tratado CEE» (n.º 10).

80. No entanto, independentemente da questão de saber se o referido objectivo «económico» reflectia, de facto, a intenção do legislador comunitário da época, conclui-se que já não corresponde às concepções actuais. Numa comunidade de direito que respeita e garante os direitos humanos, a exigência da igualdade de remuneração

entre homens e mulheres assenta, em primeiro lugar, no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre homens e mulheres e, também, no princípio que consagra a melhoria de condições de trabalho, e não em objectivos económicos, no sentido restrito do termo, como o que atrás se definiu²⁵. Aliás, o Tribunal de Justiça, em jurisprudência posterior, declarou que o princípio estabelecido pelo artigo 119.º do Tratado CEE é uma manifestação particular do princípio geral da igualdade e da não discriminação, princípios fundamentais do direito comunitário²⁶.

Consequentemente, em nosso entender, não pode, em todo o caso, invocar-se o presumido objectivo «económico» do artigo 119.º para derrogar as disposições nacionais, aliás, conformes a este artigo.

81. Relativamente à retroactividade dos encargos financeiros, sublinhamos, no entanto, que, tendo em conta as considerações acima expressas, este argumento deixou de ter qualquer fundamento real por força das conclusões do Bundesarbeitsgericht (v. atrás, n.ºs 17 a 19) e da faculdade de impor aos trabalhadores o pagamento retroactivo de quotizações (v. atrás, n.º 49).

25 — Actualmente, invocar esse objectivo equivale a afirmar que o trabalho infantil deve ser proibido, não por ser uma *vergonha* para o mundo civilizado, mas, sobretudo, porque as empresas que exploram as crianças são mais competitivas do que as que utilizam mão-de-obra adulta.

26 — V., designadamente, o acórdão de 9 de Novembro de 1993, Roberts (C-132/92, Colect., p. I-5579, n.º 17). V., também, o acórdão de 30 e Abril de 1996, P/S (C-13/94, Colect., p. I-2143, n.ºs 15 a 16).

82. Independentemente deste facto, note-se que, a retroactividade do direito nacional até 1976 não levanta qualquer problema de incompatibilidade com o direito comunitário. É isto por que, mesmo que as disposições nacionais não tivessem sido adoptadas, os interessados teriam sempre chegado ao resultado pretendido, invocando o efeito directo do artigo 119.º do Tratado CEE. Relativamente a esse período, a insuficiência de recursos ou simplesmente as dificuldades económicas das entidades patronais são problemas do foro jurídico nacional e não são relevantes para o caso presente²⁷. Nestas circunstâncias, a única questão que se levanta é saber se disposições como as que estão em litígio nos presentes processos são contrárias ao direito comunitário pelo facto de retroagirem a data anterior a 1976 e até à entrada em vigor do artigo 119.º do Tratado CEE.

83. Em relação a este aspecto, recordamos que antes mesmo de serem consideradas anticonstitucionais, as disposições da convenção colectiva que previam uma discriminação contra as demandantes contrariavam já o artigo 119.º do Tratado CEE e que, finda a primeira fase, a República Federal da Alemanha seria sempre obrigada a revogá-las²⁸. Acresce que, como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, um Estado-Membro é obrigado a cumprir

retroactivamente os deveres que, nos termos do direito comunitário, lhe incumbem²⁹. Do ponto de vista do direito comunitário, é, portanto, legítimo que as disposições nacionais retroajam ao período em questão.

84. O argumento baseado nos encargos financeiros da empresas, mesmo admitindo o seu fundamento real, não contraria esta conclusão.

Com efeito, as disposições do artigo 119.º respeitam o interesse de todas as partes envolvidas, ou seja, os trabalhadores, as entidades patronais e as instituições responsáveis pelo pagamento das prestações. Em nosso entender, a preocupação do direito comunitário com as duas últimas categorias está patente quer no período transitório previsto no primeiro parágrafo do referido artigo 119.º (período que permite aos Estados-Membros e às entidades patronais adaptarem-se às novas condições) quer nas limitações no tempo introduzidas pelos acordãos Defrenne II e Barber e pelo protocolo adoptado na sequência do último.

27 — V. o acórdão de 28 de Setembro de 1994, *Coloroll Pension Trustees* (C-200/91, Colect., p. I-4389, n.º 42).

28 — A nosso ver, esta obrigação existe independentemente das limitações no tempo introduzidas pelos acordãos Barber e Defrenne II, com a diferença de não comportar sanção, ou seja, de a sua violação não conferir aos particulares cujos direitos decorrem da ordem jurídica comunitária, relativamente ao período anterior aos referidos acordãos, um direito que possa ser reivindicado em justiça.

29 — V., sobre a transposição retroactiva das directivas, os acordãos de 8 de Março de 1998, *Dik e o.* (80/87, Colect., p. 1601, n.º 13) e de dez de Julho de 1997, *Maso e o.* (C-373/95, Colect., p. I-4051, n.ºs 39 a 41) e, também, as conclusões que apresentámos no acórdão de 10 de Julho de 1997, *Bonifaci e o. e Berto e o.* (C-94/95 e C-95/95, Colect., p. I-3969, n.ºs 56 e segs.).

85. Não pode, contudo, esquecer-se que o artigo 119.º do Tratado CEE visa, essencialmente, conferir direitos às categorias de trabalhadores que eram sistematicamente objecto de discriminações com base no sexo, quase sempre as mulheres, devido às estruturas tradicionais e aos estereótipos que ainda subsistem na sociedade actual³⁰.

86. Assim, há que admitir que as referidas disposições expressas e as limitações no tempo introduzidas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, interpretando também neste caso a intenção presumida do legislador comunitário, bastam para substanciar a preocupação do direito comunitário com a salvaguarda dos interesses económicos legítimos de outras categorias para além dos trabalhadores, no que respeita à igualdade de remuneração. Nenhum outro obstáculo nem restrição à aplicação do disposto no artigo 119.º do Tratado CEE se justifica. Por esse motivo, as eventuais consequências económicas — que possam afectar as categorias já referidas — de medidas nacionais tomadas em execução do preceito contido no referido artigo 119.º não justificam, como afirmámos já, uma nova limitação no tempo dos

efeitos do acórdão do Tribunal de Justiça nem a contestação dessas medidas à luz do direito comunitário.

87. Por último, o facto de outros Estados-Membros não terem eventualmente procedido a adaptações, como aconteceu com a República Federal da Alemanha, não é relevante para a questão em apreço. Tal como o Tribunal de Justiça decidiu,

«... a eficácia desta disposição não pode ser afectada pelo facto de a obrigação imposta pelo Tratado CEE não ter sido cumprida por alguns Estados-Membros e de as instituições comuns não terem reagido suficientemente contra esse incumprimento;

... admitir o contrário equivaleria a transformar a violação do direito numa norma interpretativa, posição essa que o Tribunal de Justiça não pode assumir sem contrariar a missão que lhe é cometida pelo disposto no artigo 164.º do Tratado CEE»³¹.

30 — V. o acórdão de 11 de Novembro de 1997, Marschall (C-409/95, Collect., I-6363, n.º 29).

31 — Acórdão Defrenne II (já referido, n.ºs 33 e 34).

VII — Conclusões

Tendo em conta as considerações anteriores, propomos ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma às questões que lhe foram apresentadas a título prejudicial:

- «1) A exclusão dos trabalhadores empregados a tempo parcial de um regime profissional de pensões, como aquele que está em causa no processo principal, constitui uma discriminação proibida pelo artigo 119.º do Tratado CEE, se essa medida afectar um número comparativamente muito mais elevado de mulheres do que de homens e não se justificar por razões objectivas, alheias a qualquer discriminação baseada no sexo.

- 2) Os trabalhadores vítimas de discriminação como a que acima se expõe, relativamente ao direito à inscrição num regime profissional de pensões e ao pagamento das prestações correspondentes, podem invocar retroactivamente o efeito directo do artigo 119.º contra as disposições nacionais que contrariam este artigo, a partir de 8 de Abril de 1976, data em que o Tribunal de Justiça proferiu o acórdão Defrenne II.

- 3) Nem o artigo 119.º do Tratado CEE, nem qualquer outra disposição comunitária ou qualquer princípio geral do direito comunitário impedem a aplicação de disposições nacionais que sanem retroactivamente uma discriminação contrária ao referido artigo 119.º, como a que a atrás se descreve, relativamente a um período anterior ao acórdão Defrenne II.

- 4) Os eventuais problemas financeiros que a aplicação deste tipo de disposições nacionais com efeitos retroactivos possa causar às empresas envolvidas devem ser resolvidos com base no direito nacional, no respeito pelo princípio da igualdade de remuneração, e não são relevantes para as respostas às questões anteriores.»