

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 6 de Setembro de 2007¹

I — Introdução

1. O Bayerisches Verwaltungsgericht (tribunal administrativo) de Munique submeteu ao Tribunal de Justiça cinco questões prejudiciais, nos termos do artigo 234.º CE, que têm por objecto a interpretação 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 profissional².

2. O processo teve origem na recusa de atribuição de uma pensão ao parceiro sobrevivente de um casal constituído por pessoas do mesmo sexo, que não se tinha casado, dado que, no direito interno, o casamento está reservado às uniões heterossexuais; enquadra-se, pois, no vasto processo de acei-

tação da homossexualidade³ como etapa indispensável para alcançar a igualdade e o respeito de todos os seres humanos.

3. O órgão jurisdicional de reenvio procura averiguar se o pedido do recorrente no processo principal recai no âmbito da directiva (primeira e segunda questões); se existe uma desigualdade em razão da orientação sexual, proibida pelo referido diploma (terceira e quarta questões); e se o reconhecimento do direito é temporalmente limitado (quinta questão).

1 — Língua original: espanhol.

2 — JO L 303, p. 16.

3 — Haggerty, G. E. — *Gay Histories and Cultures*, An Encyclopedia, ed. Garland-Publishing, Nova Iorque e Londres, 2000, p. 451, conta que o termo «homossexualidade» foi utilizado pela primeira vez em 1869 pelo escritor e tradutor germano-húngaro Karl Maria Kertbeny (1824-1882), para reagir a um artigo do Código Penal prussiano que punia como delito as relações sexuais entre homens; Kertbeny exigiu, em vão, a sua derrogação. A norma foi integrada no Código Penal do império alemão em 1871; posteriormente, a gravidade do delito foi reforçada durante o III Reich e manteve-se na República Federal até 1969. Na década de 1880, o neologismo de Kertbeny chamou a atenção do conhecido sexólogo Richard von Krafft-Ebing, que o incorporou na sua obra *Psychopathia sexualis*, muito popular no biénio 1886-87, e foi divulgado nos meios médicos e científicos no final do século XIX.

4. É, pois, imprescindível analisar dois aspectos: o da delimitação do conceito de remuneração face ao de prestação da segurança social e o da discriminação em razão da orientação sexual. A jurisprudência debruçou-se frequentemente sobre o primeiro aspecto, mas só em algumas ocasiões o segundo.

consulta ao Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.»

6. O Tratado de Nice⁵ aditou um n.º 2 ao artigo 13.º CE, que dispõe:

II — Enquadramento jurídico

A — Regulamentação comunitária

1. O Tratado CE

5. O Tratado de Amesterdão⁴ introduziu no Tratado CE uma nova redacção do artigo 13.º, n.º 1, com o seguinte teor:

«Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das competências que este confere à Comunidade, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após

«Em derrogação do n.º 1, sempre que adopte medidas de incentivo comunitárias, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros, para apoiar as acções dos Estados-Membros destinadas a contribuir para a realização dos objectivos referidos no n.º 1, o Conselho delibera nos termos do artigo 251.º»

2. Directiva 2000/78

7. Esta directiva, já referida, foi aprovada com base no artigo 13.º CE, tendo interesse destacar alguns dos seus considerandos. Assim, o décimo terceiro considerando exclui os «regimes de segurança social e de protecção social cujas regalias não sejam equiparadas a remuneração, na acepção dada a este termo para efeitos de aplicação

4 — JO 1997, C 340, p. 1.

5 — JO 2001, C 80, p. 1.

do artigo 141.º do Tratado CE, [e os] pagamentos de qualquer espécie, efectuados pelo Estado, que tenham por objectivo o acesso ao emprego ou a manutenção no emprego». O vigésimo segundo considerando adverte que a directiva «não prejudica as legislações nacionais em matéria de estado civil nem as prestações delas decorrentes».

comparativamente com outras pessoas». Este n.º 2 admite algumas excepções, nomeadamente quando se verifique que, para tanto, há um objectivo legítimo objectivamente justificado, e que os meios utilizados para o alcançar são adequados e necessários.

8. Nos termos do artigo 1.º, a directiva «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».

10. Quanto ao «âmbito de aplicação», o artigo 3.º refere:

«1. Dentro dos limites das competências atribuídas à Comunidade, a presente directiva é aplicável a todas as pessoas, tanto no sector público como no privado [...], no que diz respeito:

9. O artigo 2.º define o «conceito de discriminação», distinguindo, no n.º 1, a directa da indirecta. De acordo com o n.º 2, existe «discriminação directa sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º, uma pessoa seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável»; e «indirecta, sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual,

- a) Às condições de acesso ao emprego, ao trabalho independente ou à actividade profissional, incluindo os critérios de selecção e as condições de contratação, seja qual for o ramo de actividade e a todos os níveis da hierarquia profissional, incluindo em matéria de promoção;
- b) Ao acesso a todos os tipos e a todos os níveis de orientação profissional, formação profissional, formação profissional avançada e reconversão profissional, incluindo a aquisição de experiência prática;

- c) Às condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento e a remuneração;
- d) À filiação ou envolvimento numa organização de trabalhadores ou patronal, ou em qualquer organização cujos membros exerçam uma profissão específica, incluindo as regalias concedidas por essas organizações.

[...]

2. Pensão de sobrevivência e entidade pagadora

3. A presente directiva não é aplicável aos pagamentos de qualquer espécie efectuados pelos regimes públicos ou equiparados, incluindo os regimes públicos de segurança social ou protecção social.

[...]»

12. A Tarifordnung für die deutschen Theater (portaria de regulamentação do trabalho para o teatro alemão), de 27 de Outubro de 1937⁸, no artigo 1.º, impõe a todos os empresários a subscrição de um seguro de velhice e de sobrevivência para o pessoal artístico que contratem. Nos termos do artigo 4.º, a entidade patronal e o trabalhador pagam cada um metade do prémio.

B — Legislação alemã

1. Transposição da Directiva 2000/78

11. Nos termos do artigo 18.º da directiva, o prazo para a sua transposição pelos

6 — O segundo parágrafo do artigo 18.º permitia, mediante determinadas condições, um prazo suplementar de três anos a contar de 2 de Dezembro de 2003, para as disposições relativas à discriminação baseada na idade e em deficiência.

7 — BGBl. I, p. 1897. Esta lei transpõe, além da Directiva 2000/78, as Directivas 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); 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, que altera a Directiva 76/207/CEE do Conselho relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L 269, p. 15); e 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento (JO L 373, p. 37).

8 — Reichsarbeitsblatt 1937, parte VI, p. 1080.

13. O organismo encarregado da gestão dos seguros é o Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (a seguir «Vddb»), pessoa colectiva de direito público, representada pela Bayerische Versorgungskammer. Tem sede em Munique e as suas actividades abrangem todo o território da República Federal. Os seus estatutos, de 12 de Dezembro de 1991⁹, especificam a sua composição, as suas funções e as prestações que deve pagar.

14. O artigo 27.º, n.º 2, dos estatutos, faz depender a atribuição das prestações aos sobreviventes de, imediatamente antes do facto causador, o seguro, obrigatório ou facultativo, estar em vigor, e de ter sido cumprido o prazo de carência.

15. Em especial, os artigos 32.º e 34.º dos estatutos reconhecem o direito a uma pensão de viuvez, respectivamente, à «mulher» ou ao «marido», sempre e quando o «casamento» subsista no dia da morte do segurado.

3. Regulamentação das uniões de facto registadas

16. A Lebenspartnerschaftsgesetz (lei da união de facto registada; a seguir «LPartG»),

de 16 de Fevereiro de 2001¹⁰, criou, para as pessoas do mesmo sexo, um instituto de direito de família próximo do casamento.

17. Para registar uma união desse tipo, o artigo 1.º, n.º 1, exige uma manifestação de vontade de criar uma comunidade de vida. Enquanto se mantém a relação, os seus membros têm o dever de auxílio mútuo e assistência (artigo 2.º); devem contribuir para as necessidades comuns, vigorando, quanto à obrigação de alimentos, as regras do Código Civil aplicáveis aos cônjuges (artigo 5.º); tal como aos cônjuges, é-lhes aplicável o regime de comunhão de adquiridos, ainda que possam estabelecer outro, por acordo (artigo 6.º); além disso, cada membro é considerado como parte da família do outro (artigo 11.º). Em caso de separação, também à semelhança do previsto no Código Civil, mantém-se a obrigação de alimentos (artigo 16.º), havendo uma divisão compensatória dos direitos a pensão (artigo 20.º).

18. O artigo 46.º, n.º 4, do livro sexto do Sozialgesetzbuch (Código da Segurança Social)¹¹ equipara, para efeitos dos regimes

9 — Bundesanzeiger 1991, p. 8326, e 1992, p. 546, com alterações posteriores.

10 — BGBl. I, p. 266, posteriormente alterada.

11 — Na redacção dada pela Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (lei que revê o regime das uniões de facto registadas), de 15 de Dezembro de 2004 (BGBl. I, p. 3396), que o representante do Vddb desconhece, dado que, na audiência, afirmou que o referido artigo 46.º excluía a igualdade nas pensões.

legais relativos à prevenção da velhice, a união de facto registada e o casamento, bem como os sujeitos das duas figuras jurídicas.

Vddb, por decisão de 28 de Fevereiro de 2005, recusou com o fundamento de que os estatutos não previam as referidas prestações de sobrevivência para os membros das uniões de facto registadas. Após uma reclamação não acolhida, o interessado recorreu à via jurisdiccional.

III — Factos, processo principal e questões prejudiciais

19. Ao abrigo da LPartG, em 8 de Novembro de 2001, T. Maruko e outro homem registaram a sua união.

20. O parceiro de T. Maruko dedicava-se ao desenho de vestuário para teatro e esteve ininterruptamente inscrito no Vddb desde 1 de Setembro de 1959, tendo, mesmo quando a adesão não era obrigatória, continuado a pagar voluntariamente as suas contribuições durante o período compreendido entre 1 de Setembro de 1975 e 30 de Setembro de 1991. Faleceu em 12 de Janeiro de 2005.

21. Em 17 de Fevereiro de 2005, T. Maruko requereu uma pensão de viuvez¹² que o

22. O Bayerisches Verwaltungsgericht de Munique observou que as normas alemãs não atribuem ao actor a pensão em causa pelo facto de os artigos 32.º e 34.º dos estatutos do Vddb exigirem que o requerente e o membro do Vddb estivessem unidos pelo casamento, excluindo uma interpretação extensiva das expressões «viúvo», «viúva», «marido» ou «mulher», dado que a união de facto registada está reservada àqueles que não podem casar. Além disso, as normas referidas são compatíveis com outras normas de direito interno de grau hierárquico superior, em especial com o artigo 3.º da Lei Fundamental¹³.

23. Nestas circunstâncias, considerando que o pedido só podia ser apreciado nos termos da regulamentação comunitária, o referido tribunal suspendeu a instância e submeteu

12 — Não se sabe se o interessado recebe uma pensão da segurança social alemã, uma vez que o seu representante reconheceu a sua ignorância sobre o assunto perante a questão que lhe coloquei na audiência.

13 — Acórdãos de 29 de Fevereiro de 2000, do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional) e de 29 de Julho de 2005, do Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (Tribunal superior do contencioso administrativo do Estado federado da Baviera).

ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

1. Um regime socioprofissional de pensões de inscrição obrigatória — como, no presente caso, a Caixa de pensões dos trabalhadores alemães do teatro — constitui um regime público ou equiparado na acepção do artigo 3.º, n.º 3, da Directiva [2000/78] [...]?
2. As prestações de sobrevivência, sob a forma de uma pensão de viuvez, pagas por uma instituição socioprofissional de pensões de inscrição obrigatória devem ser consideradas remuneração na acepção do artigo 3.º, n.º 1, alínea c), da Directiva [2000/78]?
3. O artigo 1.º, conjugado com o artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Directiva [2000/78], opõe-se às disposições estatutárias de um regime complementar de pensões do tipo das que estão em causa no presente processo, segundo as quais um dos membros de uma união de facto registada não recebe, após a morte do seu parceiro, uma pensão de sobrevivência idêntica à dos viúvos, apesar de terem vivido em comunidade de vida e mútua assistência tendencialmente vitalícia, como as pessoas casadas?
4. Em caso de resposta afirmativa à questão anterior, é lícita uma discriminação em razão da orientação sexual com base no vigésimo segundo considerando da Directiva [2000/78]?
5. A pensão de sobrevivência foi limitada pela jurisprudência Barber (acórdão C-262/88)¹⁴ aos períodos posteriores a 17 de Maio de 1990?

IV — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

24. Apresentaram observações escritas, no prazo previsto no artigo 23.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, o Vddb, o Governo do Reino Unido e a Comissão.

25. O Vddb alega que gere um regime público de segurança social, logo, não abrangido pela Directiva 2000/78. De qualquer modo, uma prestação de sobrevivência concedida sob a forma de uma pensão de viuvez por uma instituição de inscrição

¹⁴ — Acórdão de 17 de Maio de 1990, Barber (C-262/88, Colect., p. I-1889).

obrigatória não está abrangida pela «remuneração» prevista no artigo 3.º, n.º 1, alínea c), da referida directiva. No entanto, mesmo considerando esse diploma legal, os estatutos da instituição não criam discriminações directas ou indirectas. Além disso, a alusão ao estado civil feita no vigésimo segundo considerando da directiva, ainda que não tenha sido plasmada no articulado da mesma, é útil. Finalmente, a jurisprudência Barber não é aplicável, por ter tido por objecto um litígio diferente.

26. O Reino Unido pretende analisar, em primeiro lugar, a quarta questão na perspectiva do vigésimo segundo considerando da Directiva 2000/78, que exclui as prestações decorrentes do estado civil, como a dos autos, em que o direito está subordinado ao casamento; daí que não haja que apreciar as demais questões submetidas.

27. Para a Comissão, a pensão requerida não decorre de um regime público de segurança social ou equiparado, pois reúne os requisitos estabelecidos pelo Tribunal de Justiça para a sua qualificação como «remuneração» e, consequentemente, para ser integrada no artigo 3.º, n.º 1, alínea c), da Directiva 2000/78. Quanto às terceira e quarta questões, que pretende tratar conjuntamente, refere o valor interpretativo do vigésimo segundo considerando da directiva, deduzindo daí a inexistência de uma obrigação estatal de equiparação das uniões de facto registadas aos casamentos, embora

advertindo que, se um Estado equiparar as duas figuras, o que incumbe ao órgão jurisdicional verificar, deve respeitar o princípio da igualdade de tratamento; com esta premissa, evitar-se-ia uma discriminação directa mas não uma discriminação indirecta. Finalmente, não se deve responder à quinta questão, dado que o acórdão Barber tratou de questões distintas das suscitadas no presente processo.

28. Na audiência, realizada em 19 de Junho de 2007, estiveram presentes para apresentar alegações orais os representantes de T. Maruko, do VdB, dos Governos dos Países Baixos e do Reino Unido, bem como da Comissão.

V — A possibilidade de invocar a Directiva 2000/78

29. Antes de qualquer outra reflexão, há que levar em conta uma importante questão de ordem temporal, dado que os direitos nacionais deviam ter transposto a directiva o mais tardar em 2 de Dezembro de 2003, e a Alemanha só promulgou a correspon-

dente lei em 14 de Agosto de 2006¹⁵, tendo o recorrente requerido a prestação em 17 de Fevereiro de 2005.

30. Surge assim a ideia do efeito directo das directivas, relativamente à qual se consolidou abundante jurisprudência, nos termos da qual, sempre que, atento o seu conteúdo, as disposições de uma directiva sejam incondicionais e suficientemente precisas, os particulares têm o direito de as invocar contra o Estado, quer quando este não fez a sua transposição para o direito nacional nos prazos previstos, quer quando tenha feito uma transposição incorrecta¹⁶. Uma disposição comunitária é incondicional quando enuncia uma obrigação que não é acompanhada de qualquer condição nem subordinada, na sua execução ou nos seus efeitos, à intervenção de qualquer acto das instituições da Comunidade ou dos Estados-Membros¹⁷; é suficientemente precisa quando enuncia uma obrigação em termos inequívocos¹⁸.

15 — O acórdão de 23 de Fevereiro de 2006, Comissão/Alemanha (C-43/05, não publicado na Colectânea), declarou o incumprimento do Estado por não ter transposto a directiva no prazo previsto.

16 — Acórdãos de 19 de Janeiro de 1982, Becker (8/81, Recueil, p. 53, n.º 25); de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall (152/84, Colect., p. 723, n.º 46); de 20 de Setembro de 1988, Beentjes (31/87, Colect., p. 4635, n.º 40); de 22 de Junho de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Colect., p. 1839, n.º 29); de 19 de Novembro de 1991, Francovich e Bonifaci (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357, n.º 11); de 11 de Julho de 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Colect., p. I-6325, n.º 25); e de 5 de Outubro de 2004, Pfeiffer e o. (C-397/01 a C-403/01, Colect., p. I-8835, n.º 103).

17 — Acórdãos de 3 de Abril de 1968, Molkerei-Zentrale Westfalen Lippe (28/67, Colect. 1965-1968, pp. 787, 791); de 23 de Fevereiro de 1994, Comitato di coordinamento per la difesa della Cava e o. (C-236/92, Colect., p. I-483, n.º 9); de 17 de Setembro de 1996, Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio e o. (C-246/94 a C-249/94, Colect., p. I-4373, n.º 18); e de 29 de Maio de 1997, Klattner (C-389/95, Colect., p. I-2719, n.º 33).

18 — Acórdão de 4 de Dezembro de 1986, Federatie Nederlandse Vakbeweging (71/85, Colect., p. 3855, n.º 18).

31. Além disso, uma directiva também pode ser invocada contra organismos que, seja qual for a sua natureza jurídica, tenham sido encarregados, por um acto de uma autoridade pública, de prestar, sob o controlo desta, um serviço de interesse público e que disponham, para esse efeito, de poderes especiais que exorbitem das normas aplicáveis às relações entre particulares¹⁹.

32. Por isso, cumpre analisar se, verificada a transposição tardia da Directiva 2000/78, T. Maruko tem legitimidade para exigir o cumprimento da mesma por parte do VdB.

33. Por um lado, o artigo 1.º da directiva manifesta o propósito de lutar contra as exclusões em razão da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional, com vista a pôr em prática o princípio da igualdade; o artigo 2.º define o conceito de discriminação; e o artigo 3.º, n.º 1, enumera os aspectos em que as pessoas são afectadas, dos quais faz parte a remuneração. Assim, a Directiva 2000/78 estabelece uma proibição incondicional e precisa de qualquer desigualdade remuneratória entre os assalariados com base na orientação sexual.

19 — Acórdãos de 12 de Julho de 1990, Foster e o. (C-188/89, Colect., p. I-3313, n.º 19); de 14 de Setembro de 2000, Collino e Chiappero (C-343/98, Colect., p. I-6659, n.º 23); de 5 de Fevereiro de 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Colect., p. I-1477, n.º 24); de 7 de Setembro de 2006, Marrosu e Sardino (C-53/04, Colect., p. I-7213, n.º 29); Vassallo (C-180/04, Colect., p. I-7251, n.º 26); e Fratelli Costanzo, já referido (n.º 31).

34. Por outro lado, o Vddb é uma pessoa colectiva de direito público e está subordinado à tutela administrativa da Administração Pública.

reenvio pretende saber se a pensão requerida por T. Maruko deve ser considerada uma remuneração na acepção do artigo 3.º, n.º 1, alínea c) ou um pagamento efectuado pelo regime público de segurança social na acepção do artigo 3.º, n.º 3, ficando, respectivamente, dentro ou fora do âmbito da directiva.

35. Partilho, pois, da posição do Bayerisches Verwaltungsgericht e da Comissão de que estão reunidos os requisitos para que, no processo principal, sejam reconhecidos o efeito directo e as respectivas consequências.

38. Para resolver estas questões e estabelecer a natureza jurídica da pensão em causa, há que procurar nos conceitos de «prestação de segurança social» e de «remuneração», que são incompatíveis.

VI — Âmbito de aplicação da Directiva 2000/78

36. Esclarecida a incerteza sobre a invocação da regulamentação comunitária, proponho ao Tribunal de Justiça que responda conjuntamente às duas primeiras questões do Bayerisches Verwaltungsgericht de Munique, uma vez que ambas versam sobre o âmbito da Directiva 2000/78.

39. A quarta questão prejudicial pretende ver definido o alcance da excepção que o vigésimo segundo considerando da directiva estabelece para as prestações que dependem do estado civil; associada, pois, ao raio de acção da regulamentação comunitária, mas situando-se numa esfera própria, tem que ser objecto de apreciação autónoma.

A — Prestações de segurança social

37. O artigo 3.º da directiva estabelece os seus limites, positiva e negativamente, uma vez que as alíneas a) a d) do n.º 1 enumeram as matérias abrangidas, enquanto o n.º 3 refere as excluídas. O órgão jurisdicional de

40. O artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2000/78 exclui os pagamentos de qualquer espécie efectuados pelos regimes públicos ou equiparados, incluindo os regimes públicos de

segurança social ou protecção social, e o décimo terceiro considerando exclui do âmbito da directiva os «regimes de segurança social e de protecção social cujas regalias não sejam equiparadas a remuneração, na acepção dada a este termo para efeitos de aplicação do artigo 141.º do Tratado CE [...]».

41. Mantém-se assim a singularidade da segurança social, regulada por normas especiais, como o Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho, de 14 de Junho de 1971²⁰.

1. Prestações de segurança social

42. Quando a Directiva 2000/78 exclui «os pagamentos de qualquer espécie», refere-se a todas as «prestações», «pensões» ou «rendas», definidas no artigo 1.º, alínea t), do Regulamento n.º 1408/71, que abrangem «todos os elementos a cargo dos fundos públicos, os acréscimos de actualização ou subsídios suplementares [...], bem como as prestações em capital, que podem substituir as pensões ou rendas e os pagamentos efectuados a título de reembolso de contribuições».

20 — Regulamento relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade (JO L 149, p. 2; EE 05 F1 p. 98), sucessivamente alterado.

43. Embora esta delimitação não seja muito exacta, revela a amplitude com que foi concebida e acolhe algumas notas essenciais, como a origem «pública» dos montantes pagos.

44. O Regulamento n.º 1408/71, ao estabelecer, no artigo 4.º, n.º 1, o seu âmbito de aplicação material, refere «todas as legislações [...] de segurança social que respeitem a: [...] d) prestações de sobrevivência [...]». A fórmula implica que a circunstância de se tratar de uma pensão de viuvez não basta para que seja aplicável o regulamento; é também necessária a conexão com a segurança social²¹.

2. Segurança social

45. O regulamento não arrisca uma definição do seu conteúdo, consciente da disparidade dos regimes dos Estados-Membros a que

21 — Em qualquer caso, a ideia de «prestação da segurança social» é objecto de vivas controvérsias; Mavridis, P. — *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne. Etude d'une confrontation entre libertés du marché et droits fondamentaux*, ed. Bruylant, Bruxelas, 2003, p. 214.

alude nos terceiro e quarto considerandos²². Este facto não impede que, para responder da maneira mais adequada ao órgão jurisdiccional de reenvio, se aprofunde a análise da referida instituição.

46. Deixando de lado precedentes discutíveis²³ e retóricas fórmulas premonitórias²⁴, a segurança social projecta-se em traços caracterizados pelo carácter geral do seu efeito e pela convicção, igualmente partilhada, de que deve ser assumida colectiva e solidariamente²⁵.

47. O acréscimo da produtividade causado pela Revolução Industrial²⁶ implicou o estabelecimento de técnicas específicas de protecção para a população operária²⁷. Os modelos variam de um lugar para outro, distinguindo-se principalmente dois: o contributivo, em que o montante das prestações depende das contribuições anteriores, e o assistencial, dissociado das referidas contribuições.

48. Não obstante, quase todos os sistemas em vigor acolhem elementos de ambos os modelos, notando-se uma tendência para a convergência²⁸. Nesta linha, tem interesse o segundo relatório de William Beveridge, que define a segurança social como o conjunto de medidas adoptadas pelo Estado para proteger os cidadãos contra os riscos de natureza individual que não podem ser evitados, por mais avançada que seja a sociedade em que se viva²⁹.

22 — A inexistência de um conceito comunitário verifica-se em regulamentações de todo o tipo. Por exemplo, a Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 1972, L 299, p. 32; EE 01 F1 p. 186; versão consolidada em JO 1998, C 27, p. 1), excluía do seu âmbito de aplicação a segurança social (artigo 1.º, segundo parágrafo, n.º 3), sem a definir, pois, de acordo com o Relatório Jenard (JO 1979, C 59, p. 1), «está em constante evolução».

23 — Montoya Melgar, A. — «Don Quijote, patrono y juez laboral. Apuntes de un profesor de Derecho del Trabajo en el IV Centenario del Quijote», Revista española de derecho del trabajo, n.º 126, Abril-Junho 2005, p. 14, recorda que o próprio Dom Quixote de la Mancha confessava aos cabreiros que «a ordem dos cavaleiros andantes» se instituiu «para defender as donzelas, amparar as viúvas e socorrer os órfãos e os necessitados» (M. de Cervantes Saavedra, *Don Quijote de La Mancha*, edição, introdução e notas de Martín de Riquer, ed. RBA, Barcelona, 1994, primeira parte, capítulo XI, p. 181; tradução portuguesa: Serras Pereira, M. — *Dom Quixote de La Mancha*, tradução e notas, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 2005, p. 54).

24 — Simón Bolívar, notável da independência americana, no discurso proferido em Angostura, em 15 de Fevereiro de 1819 (publicado no *Correo del Orinoco*, n.º 19 a 22, de 20 de Fevereiro a 13 de Março de 1819), proclamou que «o sistema de governo mais perfeito é aquele que produz as maiores quantidades possíveis de felicidade, de segurança social e de estabilidade política» (tradução livre).

25 — Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S. — *Compendio de Seguridad Social*, 4.ª ed. revista, ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 15

26 — O ponto de partida é representado pela invenção, por Watt, da máquina de vapor, em 1769. Só quinze anos mais tarde, em 1784, Cartwright aplicou essa descoberta a uma das indústrias básicas do desenvolvimento capitalista: a têxtil.

27 — Bismarck, na Mensagem Imperial ao Reichstag, de 17 de Novembro de 1881, afirmou que «[...] a superação dos males sociais não se alcança pelo caminho da repressão dos excessos [...], mas através da busca de fórmulas moderadas que permitam uma melhoria do bem-estar dos trabalhadores» (tradução livre), criando uma série de seguros sociais: de doença (1883), de acidentes de trabalho (1884), de invalidez e de velhice (1889) ou de sobrevivência (1911).

28 — Alarcón Caracuel, M. R. e González Ortega, S., *op. cit.*, pp. 27 e 28.

29 — *Full Employment in a Free Society*, Londres, 1944, p. 11; o primeiro relatório, *Social Insurance and Allied Services*, Londres, 1942, serviu para a grande reforma efectuada no Reino Unido entre 1945 e 1948.

49. Nesta configuração, destacam-se algumas notas:

- incumbe aos poderes públicos, directa ou indirectamente, conceder as medidas de protecção³⁰;
- a qualidade de beneficiário é atribuída pelo mero facto da cidadania;

— procura-se prevenir e remediar acidentes que não se puderam evitar.

50. Estas características variam de acordo com a época e o país em causa, pois cada período histórico aspira a um «ideal de protecção»³¹. No entanto, o conteúdo mate-

rial da segurança social, devido à sua internacionalização³², goza actualmente de uma certa estabilidade, verificando-se um inegável progresso no interesse comunitário que suscita³³.

51. As três referidas características também evidenciam a autonomia da segurança social relativamente ao direito do trabalho³⁴, que se manifesta a vários níveis: quanto aos sujeitos protegidos, à protecção dispensada, bem como ao financiamento e gestão do sistema³⁵.

52. Este distanciamento do direito laboral tem incidência no conceito de remuneração elaborado pelo Tribunal de Justiça.

30 — A peculiaridade do modo de prestar a cobertura pressupõe uma diferença específica face a outros meios de auxílio, como os provenientes da própria família ou de entidades religiosas e associativas.

31 — Alonso Olea, M. e Tortuero Plaza, J. L. — *Instituciones de Seguridad Social*, 17.^a ed. revista, ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 21.

32 — O n.º 1 do artigo 25.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, reconhece que «[t]oda a pessoa tem direito a [...] assistência médica e [...] segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade». A Convenção n.º 102 da Organização Internacional do Trabalho, completada em 1967 pela Convenção n.º 128, num plano mais modesto, ainda que mais eficaz, agrupa a acção protectora em nove elementos: assistência médica, subsídio de doença, de desemprego, de velhice, em caso de acidentes de trabalho e de doença profissional, familiares, de maternidade, de invalidez e de sobrevivência; no entanto, os Estados que a ratificaram não estão obrigados a cobrir mais do que três desses elementos. No contexto europeu, cumpre referir a Carta Social Europeia (n.ºs 3 e 11 a 17), o Código Europeu de Segurança Social, de 1964, e a Convenção Europeia de Segurança Social, de 1972.

33 — González del Rey Rodríguez, I. — «Directrices y orientaciones en materia de seguridad social», *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pp. 633 segs., em especial, p. 639.

34 — Tal como a disciplina jurídica que estuda a segurança social. Durand, P. — *La politique contemporaine de sécurité sociale*, ed. Dalloz, Paris, 1953, foi um dos pioneiros a destacar as diferenças entre os dois ramos do ordenamento jurídico.

35 — Almansa Pastor, J. M. — *Derecho de la Seguridad Social*, 7.^a ed., ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 64 e 65.

B — *Conceito de remuneração*

1. Ideia geral

53. A Directiva 2000/78 aplica-se a todas as pessoas, no que respeita às «condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento e a remuneração», mas não define nenhum destes conceitos.

54. Cumpre, pois, recorrer à descrição de «remuneração» efectuada pelo artigo 141.º CE e à jurisprudência que a interpretou. Esta norma impõe aos Estados-Membros que assegurem a igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, já que a directiva se situa na mesma linha, como decorre do seu título, dos seus considerandos e do artigo 1.º, para lutar contra a discriminação no contexto laboral, ainda que não só em razão do sexo. Além disso, o décimo terceiro considerando remete expressamente para o referido artigo 141.º CE para fixar as diferenças face às regalias da segurança social.

55. A existência de uma contrapartida afigura-se essencial para configurar a relação

laboral³⁶, o que justifica a amplitude que o artigo 141.º, n.º 2, CE, atribui à expressão «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».

56. Como referi em conclusões anteriores³⁷, o Tribunal de Justiça estabeleceu paulatinamente a definição legal. Considerou que constituem remuneração, a título de exemplo, as regalias em matéria de transporte que uma operadora de caminhos-de-ferro concede aos seus empregados quando estes atingem a reforma e que são extensivas aos membros das suas famílias, podendo os familiares dos antigos empregados gozar dessas regalias nas mesmas condições³⁸; a manutenção do salário em caso de doença³⁹; as prestações concedidas por despedimento

36 — Por isso Sancho Pança se queixa a Dom Quixote de não receber as camisas que Altisidora lhe tinha prometido, se a curasse: «Em verdade, senhor, que sou o mais desgraçado médico que se deve achar no mundo, no qual há físicos que, com matar o enfermo que curam, querem paga de seu trabalho, que não é outro senão firmar uma cartinha de algumas mezinhas, que não é ele que as faz, mas o boticário, e com isso se mostram cansados; e a mim, a quem a saúde alheia custa gotas de sangue, bofetadas, beliscos, picadas de alfinete e açoites, não me dão um real» (M. de Cervantes Saavedra, *op. cit.*, segunda parte, capítulo LXXI, p. 1142; tradução portuguesa: Serras Pereira, M., *op.cit.*, na nota 23, p. 601).

37 — Entre as conclusões mais recentes, destacam-se as dos processos Mayer, de 9 de Setembro de 2004 (acórdão de 13 de Janeiro de 2005, C-356/03, Colect., p. I-295), n.ºs 35 e 36; e Vergani, de 12 de Maio de 2005 (acórdão de 21 de Julho de 2005, C-207/04, Colect., p. I-7453), n.ºs 31 e 39.

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

39 — Acórdão de 13 de Julho de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Colect., p. 2743).

por motivos económicos⁴⁰; a indemnização paga aos membros dos comités de empresa, sob a forma de períodos de descanso pagos ou de remuneração por horas extraordinárias, pela participação em estágios de formação que conferem os conhecimentos necessários para a actividade dos referidos comités, mesmo que, durante o período dos estágios de formação, não exerçam qualquer actividade prevista pelo seu contrato de trabalho⁴¹; o direito de inscrição num regime profissional privado de pensões⁴²; a prestação que a entidade patronal paga, por força das disposições legislativas ou das convenções colectivas, a um trabalhador feminino durante a sua licença por maternidade⁴³; um subsídio anual pago pela entidade patronal nos termos de uma lei ou convenção colectiva⁴⁴; a indemnização por despedimento⁴⁵; a gratificação de Natal paga a título voluntário e revogável, que se destina a servir de incentivo ao trabalho futuro e à fidelidade à empresa⁴⁶; um complemento mensal do salário⁴⁷; a contabilização, para efeitos de antiguidade, com as repercussões monetárias inerentes, da duração do serviço militar⁴⁸; ou a pensão de pré-reforma, complementar à indemnização por despedimento, concedida por ocasião de uma reestruturação de empresa⁴⁹.

57. Em todos estes acórdãos, vislumbram-se certos elementos comuns, que confirmam a ideia de que a «remuneração» inclui qualquer pagamento, em dinheiro ou em espécie, actual ou futuro, prestado, ainda que indirectamente, pelo empresário⁵⁰ ao trabalhador em razão da relação laboral⁵¹, mesmo que esta já se tenha extinto⁵², em consequência de um contrato, de disposições legislativas ou a título voluntário⁵³.

2. Pensões

58. Ao aplicar o artigo 141.º CE às pensões, a jurisprudência matizou os critérios habituais.

59. Assim, excluiu do conceito de remuneração as prestações por aposentação directamente reguladas pela lei — o que impede qualquer tentativa de concertação —, sempre

40 — Acórdão Barber, já referido.

41 — Acórdão de 4 de Junho de 1992, Bötel (C-360/90, Colect., p. I-3589).

42 — Acórdãos de 28 de Setembro de 1994, Vroeghe (C-57/93, Colect., p. I-4541); e Fisscher (C-128/93, Colect., p. I-4583).

43 — Acórdãos de 13 de Fevereiro de 1996, Gillespie e o. (C-342/93, Colect., p. I-475); de 27 de Outubro de 1998, Boyle e o. (C-411/96, Colect., p. I-6401); e de 30 de Março de 2004, Alabaster e o. (C-147/02, Colect., p. I-3101).

44 — Acórdão de 9 de Setembro de 1999, Krüger (C-281/97, Colect., p. I-5127).

45 — Acórdão de 14 de Setembro de 1999, Gruber (C-249/97, Colect., p. I-5295).

46 — Acórdão de 21 de Outubro de 1999, Lewen (C-333/97, Colect., p. I-7243).

47 — Acórdão de 26 de Junho de 2001, Brunnhofer (C-381/99, Colect., p. I-4961).

48 — Acórdão de 8 de Junho de 2004, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-220/02, Colect., p. I-5907).

49 — Acórdão de 9 de Dezembro de 2004, Hložek (C-19/02, Colect., p. I-11491).

50 — O acórdão de 27 de Junho de 1990, Kowalska (C-33/89, Colect., p. I-2591, n.º 12), recorda que o princípio vincula tanto os empregadores privados como as Administrações Públicas.

51 — Acórdãos de 25 de Maio de 1971, Defrenne I (80/70, Colect., p. 161, n.º 6); de 3 de Dezembro de 1987, Newstead (192/85, Colect., p. 4753, n.º 11); de 22 de Dezembro de 1993, Neath (C-152/91, Colect., p. I-6935, n.º 28); de 9 de Fevereiro de 1999, Seymour-Smith e Pérez (C-167/97, Colect., p. I-623, n.º 23); de 23 de Outubro de 2003, Schönheit e Becker (C-4/02 e C-5/02, Colect., p. I-12575, n.º 56); Barber, já referido (n.º 12), Alabaster e o., já referido (n.º 42), e Vergani, já referido (n.º 22).

52 — Acórdãos, já referidos, Barber (n.º 12); Seymour-Smith e Pérez (n.ºs 23 e 24); e Hložek (n.º 35).

53 — Acórdãos, já referidos, Garland (n.º 10); Barber (n.º 20); e Lewen (n.º 21).

que sejam aplicáveis a categorias gerais de trabalhadores e as contribuições sejam fixadas com critérios de política social⁵⁴.

pensões de viuvez que, estabelecidas nos planos de empresa, dependem do emprego exercido⁶¹, e as de sobrevivência⁶², sem que, nestas últimas, tenha influência o facto de a prestação não ser paga ao trabalhador⁶³.

60. Todavia, incluiu as pensões que, ainda que adoptadas nos termos da lei, decorram de um acordo entre a entidade patronal e os representantes dos trabalhadores, integrem os contratos de trabalho e completem as prestações previstas na regulamentação nacional com outras cujo financiamento incumbe apenas à entidade patronal⁵⁵; o mesmo acontece quando o plano de pensões se afasta do regime geral e afecta os trabalhadores de algumas empresas, ainda que estes contribuam para o seu financiamento⁵⁶.

61. Englobou também no referido conceito comunitário diversos regimes de pensão de funcionários neerlandeses⁵⁷, franceses⁵⁸, finlandeses⁵⁹ e alemães⁶⁰, bem como as

62. Assim, a jurisprudência estabeleceu alguns critérios distintivos:

- A fixação do regime por lei constitui uma indicação de que as prestações pagas são prestações da segurança social⁶⁴, ainda que isso não baste para excluir a aplicação do artigo 141.º CE⁶⁵.
- O carácter complementar da pensão relativamente às pensões pagas por um regime obrigatório de segurança social também não é um requisito determinante⁶⁶.

54 — Acórdão Defrenne I, já referido (n.ºs 7 e 8).

55 — Acórdão de 13 de Maio de 1986, Bilka (170/84, Colect., p. 1607, n.ºs 20 a 23); e de 10 de Fevereiro de 2000, Deutsche Telekom (C-234/96 e C-235/96, Colect., p. I-799, n.º 32).

56 — Acórdão Barber, já referido (n.ºs 22 a 30).

57 — Acórdão de 28 de Setembro de 1994, Beune (C-7/93, Colect., p. I-4471).

58 — Acórdão de 29 de Novembro de 2001, Griesmar (C-366/99, Colect., p. I-9383).

59 — Acórdão de 12 de Setembro de 2002, Niemi (C-351/00, Colect., p. I-7007).

60 — Acórdão Schönheit e Becker.

61 — Acórdãos de 6 de Outubro de 1993, Ten Oever (C-109/91, Colect., p. I-4879); de 28 de Setembro de 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Colect., p. I-4389); e de 17 de Abril de 1997, Evrenopoulos (C-147/95, Colect., p. I-2057).

62 — Acórdãos de 25 de Maio de 2000, Podesta (C-50/99, Colect., p. I-4039); e de 9 de Outubro de 2001, Menauer (C-379/99, Colect., p. I-7275).

63 — Acórdãos, já referidos, Ten Oever (n.ºs 12 e 13); Coloroll Pension Trustees (n.º 18); Evrenopoulos (n.º 22); e Menauer (n.º 18).

64 — Acórdãos, já referidos, Defrenne I (n.ºs 7 e 8); e Ten Oever (n.º 9).

65 — Acórdãos, já referidos, Beune (n.º 26), e Niemi (n.º 41).

66 — Acórdãos, já referidos, Barber (n.º 27); Beune (n.º 37); Griesmar (n.º 37); e Niemi (n.º 42).

- As modalidades de financiamento e de gestão devem ser tidas em consideração, sem serem decisivas para a qualificação⁶⁷.

C — Configuração da pensão de sobrevivência controvertida

1. Esclarecimento inicial

- Há que apreciar se apenas respeita a uma categoria específica de trabalhadores, se é directamente função do tempo de serviço cumprido e se o seu montante é calculado com base no último vencimento do funcionário, pois estas circunstâncias impedem que prevaleçam razões de política social, de organização, de ética, ou mesmo orçamentais⁶⁸.

63. O VdB invocou várias decisões judiciais alemãs para apoiar a sua tese de que gere um regime similar a um regime de segurança social imposto por lei.

- Consequentemente, o factor relevante não assenta na natureza jurídica dos montantes económicos⁶⁹, mas na relação com o emprego⁷⁰, único critério que, embora não exclusivo, pode revelar-se decisivo⁷¹.

64. Cumpre, no entanto, especificar se a pensão controvertida recai no conceito de «remuneração», tal como aparece delimitada nas normas europeias, sem avaliar na íntegra o regime gerido, dado que o Tribunal de Justiça deve analisar as questões prejudiciais à luz do direito comunitário, segundo as informações prestadas na decisão de reenvio.

2. Análise da pensão de acordo com a jurisprudência

67 — Acórdãos, já referidos, Beune (n.º 38); Griesmar (n.º 37); e Niemi (n.º 43).

68 — Acórdãos, já referidos, Beune (n.º 45); Evrenopoulos (n.º 21); Griesmar (n.º 30); Niemi (n.º 47); e Schönheit e Becker (n.º 58).

69 — Na audiência, a Comissão afirmou, com carácter absoluto, que as pensões de sobrevivência são remunerações.

70 — Acórdãos, já referidos, Garland (n.º 10); Gillespie e o. (n.º 12); Alabaster e o. (n.º 42); e Schönheit e Becker (n.º 56).

71 — Acórdãos de 14 de Dezembro de 2000, Comissão/Grécia (C-457/98, Colect., p. I-11481, n.º 11); Beune, já referido (n.ºs 43 e 44); Evrenopoulos, já referido (n.ºs 19 e 20); Podesta, já referido (n.º 26); Griesmar, já referido (n.º 28); e Niemi, já referido (n.ºs 44 e 46).

65. A pensão baseia-se na Tarifordnung für die deutschen Theater, equivalente a uma «convenção colectiva» — Tarifvertrag —, ainda que, na data da sua promulgação — 27 de Outubro de 1937 —, não o fosse exactamente, dado que o

nacional-socialismo tinha substituído os acordos entre os sindicatos e os patrões por regulamentos que estabeleciam as condições de trabalho — Tarifverordnungen.

que delegou estas funções nos ministérios competentes do Estado bávaro, aplicando-se analogicamente a regulamentação relativa à supervisão das empresas seguradoras, que não são organismos responsáveis por regimes legais de segurança social⁷³.

66. Como as restantes prestações do artigo 27.º dos estatutos do Vddb — aposentação, invalidez e sobrevivência —, a referida pensão complementa as estabelecidas em termos gerais.

69. Estas peculiaridades, no entanto, são apenas indícios; segundo os acórdãos referidos, devemos centrar-nos na categoria de trabalhadores afectados e no método de cálculo da pensão.

67. O financiamento incumbe à entidade patronal e ao assalariado, sem que o Estado Federal ou os *Länder* contribuam⁷².

68. A gestão é atribuída a uma pessoa colectiva de direito público — o Vddb —, que actua com autonomia, de acordo com as decisões do Conselho de Administração, composto por quinze representantes dos empresários e outros tantos dos trabalhadores, nomeados pelas organizações patronais e sindicais, sujeito à fiscalização de legalidade e inspecção do Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (Ministério Federal do Trabalho e dos Assuntos Sociais),

70. Assim, em primeiro lugar, para reconhecer o direito, exige-se que o requerente esteja inscrito no Vddb antes de ocorrer o facto gerador. Esta inscrição abrange obrigatoriamente o pessoal artístico assalariado dos teatros alemães, isto é, uma categoria específica de trabalhadores⁷⁴. Mas também se admite uma inscrição voluntária, o que se justifica pela precariedade e pela descontinuidade no emprego inerentes às actividades

72 — O Verwaltungsgericht refere que a percentagem é de 9% da remuneração, sendo de 16% quando o interessado está dispensado do regime legal.

73 — Artigo 1.º, segundo período, da Gesetz über die Beaufsichtigung der Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen und der Versorgungsanstalt der deutschen Kulturorchester, de 17 de Dezembro de 1990 (BGBl. I, p. 2866), na redacção da Lei de 26 de Março de 2002 (BGBl. I, p. 1219).

74 — Os acórdãos Griesmar e Schönheit e Becker designaram como categoria particular de trabalhadores todos os funcionários (n.ºs 31 e 60, respectivamente); e o acórdão Niemi os trabalhadores das Forças Armadas finlandesas (n.º 49).

do sector — o parceiro do demandante fez uso desta possibilidade e quotizou-se espontaneamente durante mais de dezasseis anos.

D — *Incidência do estado civil*

71. Em segundo lugar, as prestações não são financiadas através de um procedimento de repartição, em que os gastos de um ano civil são cobertos pelas receitas obtidas, mas através de um procedimento de capitalização, criando-se um fundo para cada segurado, do qual, depois de acabado o tempo de emprego, se gasta o capital e os respectivos juros. O montante das pensões é calculado em função do montante das quotas, aplicando-se um factor de actualização (artigo 32.º, n.º 2, primeiro período, e artigo 30.º, n.º 5, dos estatutos do VdB)⁷⁵.

72. Dos pormenores expostos, deduzo, com a Comissão, que a pensão controversa decorre da relação laboral do parceiro de T. Maruko; deve, pois, ser qualificada como «remuneração», na acepção do artigo 141.º CE, pelo que se integra na Directiva 2000/78, através do artigo 3.º, n.º 1, alínea c); não implica, por isso, um pagamento de um regime público de segurança social ou equiparado nos termos do artigo 3.º, n.º 3, pois não se adequa às notas características ou ao objectivo deste tipo de abonos.

73. O vigésimo segundo considerando da Directiva 2000/78 refere que esta «não prejudica as legislações nacionais em matéria de estado civil nem as prestações delas decorrentes». O órgão jurisdicional de reenvio realça este considerando e duvida da sua incidência no âmbito de acção da directiva.

74. Para o Reino Unido, o considerando consagra uma exclusão clara e geral, acolhida no artigo 3.º, n.º 1, que prevê a aplicação da directiva «[d]entro dos limites das competências atribuídas à Comunidade», entre as quais não figuram as prestações subordinadas ao estado civil, como a dos autos, em que a concessão da pensão exige o casamento, o que torna desnecessário analisar as restantes questões prejudiciais.

75. Discordo destes argumentos, ainda que pareçam sugestivos e bem fundados.

76. Primeiro, porque, como referi noutras conclusões⁷⁶, a norma descreve factos,

75 — Na audiência, questioneei o representante do VdB acerca da fórmula para o cálculo, que se explicou confusamente e com notórias contradições.

76 — N.º 34 das conclusões apresentadas em 16 de Dezembro de 2004 no âmbito do processo Bélgica/Comissão (acórdão de 14 de Abril de 2005, C-110/03, Colect., p. I-2801).

situações ou circunstâncias, atribuindo-lhes determinadas consequências, de modo que o pressuposto de facto e o resultado jurídico constituem, assim, os elementos estruturais de uma disposição⁷⁷; no entanto, estes elementos não constam das exposições dos motivos, dos preâmbulos ou dos considerandos introdutórios, que apenas pretendem ilustrar, fundamentar ou justificar, pois, embora acompanhem e geralmente antecedam o articulado, inscrevendo-se materialmente na norma, não têm força vinculativa, apesar de serem úteis enquanto critérios de interpretação, função numerosas vezes evocada pelo Tribunal de Justiça⁷⁸. Por conseguinte, o vigésimo segundo considerando da Directiva 2000/78, tal como os restantes, apenas ajuda a interpretar os seus preceitos, não devendo ampliar-se o seu significado.

tências internas devem ser exercidas respeitando o ordenamento comunitário⁷⁹.

78. Terceiro, porque o direito à não discriminação em razão da orientação sexual integra-se no artigo 14.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950⁸⁰, e é explicitamente acolhido no artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸¹. O seu carácter fundamental⁸² implica, segundo o artigo 6.º UE, que a União garanta o seu respeito.

79. Quarto, porque a desvantagem denunciada pelo demandante prende-se com

77. Segundo, porque a Comunidade não tem competências em matéria de estado civil, ideia para a qual confluem o artigo 3.º, n.º 1, da directiva, e o referido considerando, deixando intacta a competência nacional nesse âmbito. O direito europeu assume a concepção de cada país quanto ao casamento, ao celibato, à viuvez e aos restantes aspectos do «estado civil». Mas essas compe-

79 — No que diz respeito à segurança social, acórdãos de 12 de Julho de 2001, Smits e Peerbooms (C-157/99, Colect., p. I-5473, n.ºs 44 a 46); de 4 de Dezembro de 2003, Kristiansen (C-92/02, Colect., p. I-14597, n.º 31); de 18 de Março de 2004, Leichtle (C-8/02, Colect., p. I-2641, n.º 29); de 27 de Abril de 2006, Richards (C-423/04, Colect., p. I-3585, n.º 33); de 16 de Maio de 2006, Watts (C-372/04, Colect., p. I-4325, n.º 92); e 19 de Abril de 2007, Stamatelaki (C-444/05, Colect., p. I-0000, n.º 23).

80 — TEDH, acórdãos Da Silva Mouta c. Portugal, de 21 de Dezembro de 1999, *Colectânea dos acórdãos e decisões* 1999-IX, § 28, e Karner c. Áustria, de 24 de Julho de 2003, *Colectânea dos acórdãos e decisões* 2003-IX, § 33.

81 — JO 2000, C 364, p. 1. Também ficou plasmado no artigo II-81.º, n.º 1, do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (JO 2004, C 310, p. 1).

82 — Este carácter outorga à não discriminação em razão da orientação sexual uma dimensão diferente da atribuída pelo acórdão de 22 de Novembro de 2005, Mangold (C-144/04, Colect., p. I-9981), à proibição da desigualdade em razão da idade, que foi considerada um princípio geral do direito comunitário (n.º 75), o que serviu de base à argumentação da Comissão, criticada na audiência pelos representantes dos Países Baixos e do Reino Unido.

77 — Guasp, J. — *Derecho*, sem editor, Madrid, 1971, pp. 7 segs., define o direito como «o conjunto de relações humanas que uma sociedade estabelece como necessárias» (tradução livre), distinguindo os dois factores que encerra a essência desse conceito: o material, integrado pelas relações entre seres humanos, e o formal, composto pela necessidade de tais relações.

78 — Acórdão de 13 de Julho de 1989, Casa Fleischhandel (215/88, Colect., p. 2789, n.º 31), referido pelo Reino Unido.

um direito apoiado em diplomas legais da Comunidade, concretamente, a proibição de discriminação em razão da orientação sexual quanto à remuneração dos trabalhadores, tendo em conta que a pensão de sobrevivência assume a natureza de «remuneração» ao dimanar de uma relação laboral, e não do estado civil.

Directiva 2000/78, deverá extrair daí todas as consequências, verificando se a recusa do Vddb implica uma discriminação em razão da orientação sexual.

A — Proibição da discriminação em razão da orientação sexual no âmbito comunitário

80. Por último, porque, em conformidade com o artigo 27.º dos estatutos do Vddb, o facto gerador da pensão requerida pelo demandante é o falecimento do seu parceiro, como para outras pensões o são a incapacidade, a invalidez ou a aposentação.

1. Notas prévias

81. Não há, pois, fundamentos para que a Directiva 2000/78 não seja aplicável no caso dos autos.

83. Juntamente com o princípio da livre circulação, o princípio da igualdade é o mais tradicional e arraigado no ordenamento jurídico europeu; além disso, evoluiu com o tempo, superando os limites da equiparação remuneratória entre trabalhadores masculinos e femininos e alargando-se a outros contextos e sujeitos, como mostra a referida Directiva 2000/43. Desde a sua precoce aparição no Tratado, foi sendo sucessivamente ampliado e fortalecido, convertendo-se num «quadro geral» para impedir as desigualdades injustificadas e promover uma identidade de tratamento real e efectiva.

VII — Discriminação em razão da orientação sexual

82. Se o Tribunal de Justiça partilhar da minha tese de que a pensão requerida por T. Maruko recai no âmbito da

84. Pelo caminho ficaram os preconceitos morais e a rejeição social contra grupos em que existiam certas especificidades relativas ao sexo. Assim, embora a luta tenha tido

início para combater as discriminações da mulher, o impulso seguinte foi dirigido contra as que afectavam os homossexuais⁸³ — com um primeiro passo para despenalizar as relações entre pessoas do mesmo sexo⁸⁴ — ou os transexuais, às quais se juntam as relativas à bissexualidade⁸⁵.

Estados-Membros repudiavam este tipo de discriminação⁸⁶ e que a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais também não o menciona⁸⁷, ainda que, como expliquei, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem o tenha considerado incluído no artigo 14.º da Convenção⁸⁸.

85. O Tratado de Amesterdão propôs-se ampliar o princípio, como se depreende do artigo 13.º, n.º 1, CE, que evidencia uma preocupação em abolir todas as discriminações em razão da opção sexual.

87. Por sua vez, o Tribunal de Justiça teve algumas ocasiões de combater as desvantagens sofridas pelos casais do mesmo sexo.

2. Acórdão de 17 de Fevereiro de 1998, Grant⁸⁹

86. A incorporação no Tratado do direito ao respeito pela orientação sexual assume maior relevo quando se observa que nem todos os

88. Desde 1982, quando foi proferido o acórdão Garland, já referido, que não havia

83 — O ponto de partida encontra-se na Resolução sobre a igualdade de direitos dos homens e mulheres homossexuais na Comunidade Europeia, do Parlamento Europeu, de 8 de Fevereiro de 1994 (JO 1994, C 61, p. 40), que, para Moliner Navarro, R. M. — «El matrimonio de personas del mismo sexo en el Derecho comparado», *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º XXVI/2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 219, teve notável repercussão e implicou uma clara inflexão na avaliação destes aspectos, propiciando algumas iniciativas legislativas.

84 — A Amnistia Internacional denuncia que a homossexualidade é ainda perseguida em mais de 70 países, que oito estabelecem a condenação à morte com esse fundamento — Afeganistão, Arábia Saudita, Irão, Mauritânia, Paquistão, Sudão, Iémen e alguns Estados do norte da Nigéria — e que, noutros lugares, as penas de prisão atingem a perpetuidade.

85 — Chacartegui Jávea, C. — *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 139.

86 — Wilets, J. D. — «The Human Rights of Sexual Minorities: A Comparative and international Law Perspective», *Fall Human Rights*, n.º 22, 1995, pp. 22 a 25. Woody Allen, no seu filme de 1975 *A última noite de Boris Grushenko* (Love and Death), recorda que há pessoas homossexuais, pessoas heterossexuais e pessoas que não se ocupam nada com sexo e se tornam advogados; embora o sarcasmo pretenda mostrar a dificuldade do direito para regular a afectividade, o mundo jurídico pode condicioná-la com variável intensidade.

87 — Nota-se a mesma omissão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de Dezembro de 1948, e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de Dezembro de 1966. Relativamente a este último, o Comité dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas entendeu que a referência ao «sexo» nos artigos 2.º e 26.º compreende a «inclinação sexual», e que não devem recusar-se os direitos enunciados na lei com fundamento na «orientação sexual» da pessoa [Comité dos Direitos do Homem, Toonen § 8.7, comunicação n.º 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), e Young c. Australia, § 10.4, comunicação n.º 941/2000, U.N., Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003)].

88 — N.º 78 das presentes conclusões.

89 — Processo C-249/96, Colect., p. I-621.

dúvida de que as regalias concedidas pelas empresas de caminhos-de-ferro aos seus empregados, cônjuges e pessoas a cargo, devido ao trabalho que desempenhavam, constituíam uma «remuneração», na acepção do artigo 141.º CE. Foi provavelmente essa convicção que induziu L. Grant a denunciar que o facto de a sua entidade patronal ter recusado conceder-lhe a redução no preço dos transportes prevista no contrato de trabalho a favor do cônjuge do trabalhador, ou da pessoa de sexo oposto com a qual mantém uma relação estável sem ser casado, pelo facto de manter uma relação estável com outra mulher, constituía uma violação da referida norma.

89. L. Grant aduziu que essa recusa implicava uma discriminação directa baseada no sexo. Partiu do denominado «critério do elemento distintivo único», segundo o qual, se uma trabalhadora não beneficia de vantagens idênticas ao seu homólogo masculino, em igualdade de circunstâncias, é vítima de uma discriminação sexual. Alegou que, para demonstrar a desigualdade, bastava verificar que o homem que tinha ocupado o seu lugar tinha obtido bonificações no preço dos transportes em benefício da sua companheira, com a qual não estava casado. Acrescentou que uma recusa com essas características supõe uma discriminação em razão da orientação sexual, que devia enquadrar-se na «discriminação em razão do sexo», na acepção do artigo 141.º, já que as diferenças de tratamento em razão da orientação sexual dimanam de preconceitos atávicos.

90. O acórdão declarou que a recusa de uma entidade patronal de conceder uma redução no preço dos transportes a favor da pessoa, do mesmo sexo, com a qual um trabalhador mantinha uma relação estável, quando essa redução era concedida a favor do cônjuge do trabalhador ou à pessoa, de sexo oposto, com a qual este mantinha uma relação estável sem ser casado, não constituía uma discriminação proibida pelas normas europeias (n.º 50). Uma vez que se aplicava do mesmo modo aos trabalhadores do sexo masculino e aos trabalhadores do sexo feminino que vivessem com uma pessoa do mesmo sexo, não podia considerar-se que constituía uma discriminação directamente baseada no sexo (n.ºs 27 e 28). Além disso, esclareceu que, no estado actual do direito comunitário, as relações estáveis entre as pessoas do mesmo sexo não são equiparadas a relações entre pessoas casadas nem a relações estáveis entre pessoas de sexo oposto não casadas entre si (n.º 35).

91. Assim, enquanto uma distinção em razão do sexo seria ilegal, já o não seria uma distinção baseada na orientação sexual, visto que nenhuma norma comunitária o proíbe.

92. A posição restritiva adoptada pelo Tribunal de Justiça contrastou, por exemplo, com a doutrina em matéria de discriminação em razão da maternidade⁹⁰ e surpreendeu,

90 — Esta jurisprudência começou com os acórdãos de 8 de Novembro de 1990, Dekker (C-177/88, Colect., p. I-3941), e Hertz (C-179/88, Colect., p. I-3979), e continuou com os acórdãos de 14 de Julho de 1994, Webb (C-32/93, Colect., p. I-3567); de 30 de Junho de 1998, Brown (C-394/96, Colect., p. I-4185); de 19 de Novembro de 1998, Høj Pedersen e o. (C-66/96, Colect., p. I-7327); de 4 de Outubro de 2001, Tele Danmark (C-109/00, Colect., p. I-6993); de 18 de Novembro de 2004, Sass (C-284/02, Colect., p. I-11143); de 8 de Setembro de 2005, McKenna (C-191/03, Colect., p. I-7631); e de 16 de Fevereiro de 2006, Sarkatzis Herrero (C-294/04, Colect., p. I-1513).

pois o próprio acórdão assegurou que o Tratado de Amesterdão, assinado meses antes, habilitava o Conselho para eliminar diferentes formas de discriminação, nomeadamente as baseadas na orientação sexual (n.º 48).

3. Jurisprudência posterior

93. Depois do acórdão Grant, outras decisões dirimiram algumas discriminações associadas à sexualidade. Cumpre referir dois processos mencionados nas observações escritas do presente reenvio prejudicial.

94. O acórdão de 31 de Maio de 2001, D e Suécia/Conselho⁹¹, apreciou, em sede de recurso, a recusa a um funcionário das Comunidades Europeias de um benefício de abono de lar, previsto para os funcionários casados, pois, embora tenha inscrito no registo sueco uma união de facto com outro homem, o Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias não permitia a equiparação do seu estado ao casamento. O acórdão identificou na Comunidade uma

pluralidade de regimes de inscrição de uniões de facto distintas do casamento (n.ºs 36 e 50), o que dificultava a equiparação (n.º 37), incumbindo ao legislador adoptar as medidas pertinentes para alterar a situação (n.º 38)⁹².

95. O acórdão de 7 de Janeiro de 2004, K.B.⁹³, teve por objecto uma mudança de sexo⁹⁴. Uma trabalhadora britânica solicitou para o seu parceiro, que, através de uma intervenção cirúrgica de mudança de sexo, se transformou num homem, a pensão de viuvez a que teria direito como cônjuge sobrevivente, pois o direito nacional não autorizava um transexual a casar segundo o seu novo sexo. O Tribunal de Justiça, acolhendo a minha proposta constante das conclusões de 10 de Junho de 2003, considerou que a desigualdade de tratamento não punha em causa o reconhecimento de uma pensão de viuvez, incidindo apenas sobre uma condição prévia indispensável para a sua concessão, isto é, a capacidade para casar (n.º 30), e declarou que era incompatível com as exigências do artigo 141.º CE uma legislação que, ao impedir um transexual de casar segundo o sexo que adquiriu, o priva de uma pensão de viuvez (n.º 34)⁹⁵.

92 — Como referiu o representante de T. Maruko na audiência, a alteração foi efectuada através do Regulamento (CE, Euratom) n.º 723/2004 do Conselho, de 22 de Março de 2004, que altera o Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias e o regime aplicável aos outros agentes das Comunidades Europeias (JO L 124, p. 1).

93 — C-117/01, Colect., p. I-541.

94 — Anteriormente, o acórdão de 30 de Abril de 1996, P./S. (C-13/94, Colect., p. I-2143), declarou contrário ao direito comunitário o despedimento com fundamento em mudança de sexo.

95 — Nesta linha, o acórdão Richards declarou a não conformidade de uma legislação que não concede a um transexual, na sua actual condição de mulher, uma pensão aos 60 anos, obrigando-a a esperar pelos 65 anos, que é a idade fixada para os homens.

91 — C-122/99 P e C-125/99 P, Colect., p. I-4319.

B — *Discriminação em razão da orientação sexual no processo principal*

96. A pensão de sobrevivência é recusada a T. Maruko por não se ter casado com o seu parceiro e não ser «viúvo», estado que é legalmente reservado ao cônjuge do falecido, não se sabendo se foi atribuída a outras pessoas em circunstâncias análogas ou idênticas. A recusa também não tem por fundamento a inclinação sexual do interessado, pelo que não existe uma discriminação directa, na acepção do artigo 2.º da Directiva 2000/78.

97. Mas esta directiva também proíbe a discriminação indirecta, que tem lugar quando uma disposição aparentemente neutra cria uma desvantagem para pessoas com certa orientação sexual, excepto se a diferença prosseguir um objectivo legítimo, for objectivamente justificada e os meios utilizados forem adequados e necessários.

98. No caso em apreço, o casamento é legalmente impossível. Não compete, no entanto, ao Tribunal de Justiça configurar as uniões afectivas de pessoas do mesmo sexo, assunto

muito debatido⁹⁶, nem pronunciar-se sobre as consequências que cada legislação atribui ao registo desses casais⁹⁷; como refiro nas conclusões do processo K.B., «não se trata de construir um ‘direito matrimonial europeu’, mas sim de garantir a eficácia plena do princípio de não discriminação» (n.º 76).

99. O processo principal versa sobre a desigualdade entre os casais casados e os constituídos mediante outro regime legal. Por isso, o debate não se centra no acesso ao casamento, mas nas consequências dos dois regimes.

100. Cumpre, pois, verificar se estes dois tipos de união merecem um tratamento equivalente, sendo, para isso, necessário que o órgão jurisdicional nacional decida se a posição jurídica dos cônjuges é semelhante à

96 — No acórdão D e Suécia/Conselho, observou-se que a palavra «casamento» designa, em geral, uma união heterossexual e que, desde 1989, um crescente número de Estados-Membros estabeleceu outros regimes jurídicos de união entre pessoas do mesmo ou de diferente sexo, aos quais conferem determinados efeitos jurídicos idênticos ou comparáveis aos do casamento, tanto entre os seus membros como relativamente a terceiros (n.ºs 34 e 35). Moliner Navarro, *op. cit.*, pp. 221 segs., classifica os países em quatro grandes grupos em função da regulamentação das uniões homossexuais: os que não tratam dessas uniões, os que aprovaram leis relativas às uniões de facto — com os dois regimes de mínimos ou de máximos (como a norma alemã) —, os que promulgaram leis sobre as uniões civis homossexuais e os que permitem a instituição matrimonial.

97 — Alonso Herreros, D. — «Funcionamiento y eficacia de los Registros de uniones civiles de hecho en España y en otros países europeos», Cuadernos de derecho público, n.º 15, Janeiro-Abril 2002, pp. 103 segs., expõe a disparidade dos sistemas da Suécia, da Noruega, da Dinamarca, dos Países Baixos e da França.

dos membros das uniões de facto registadas. Caso o não seja, os termos de comparação não serão válidos.

dos Funcionários comunitários; e o acórdão K.B. teve por objecto a situação de um transexual que não podia casar, levantando uma polémica específica⁹⁹.

101. Não obstante, o Verwaltungsgericht antecipou a sua opinião, partilhada pela Comissão, de que uma união de facto registada em conformidade com a LPartG inclui um regime de direitos e obrigações análogo ao do casamento⁹⁸.

104. Provada a discriminação, não se descortina qualquer elemento objectivo que a justifique; além disso, também não foi alegado no processo prejudicial.

102. Com este pressuposto, a recusa da pensão por não ter sido celebrado casamento, quando duas pessoas do mesmo sexo não podem casar, tendo registado uma união que produz efeitos semelhantes, implica uma discriminação indirecta em razão da orientação sexual, prevista no artigo 2.º da Directiva 2000/78.

VIII — Limitação no tempo da pensão de viuvez

105. A última questão do Bayerisches Verwaltungsgericht de Munique refere-se à possível limitação temporal da prestação a períodos posteriores a 17 de Maio de 1990, em virtude do acórdão Barber.

103. Esta tese não se afasta da jurisprudência acima comentada, que tem outros contornos factuais ou jurídicos: o acórdão Grant precedeu a Directiva 2000/78 e alertou implicitamente, no n.º 48, para o facto de que a promulgação de normas que proibam a discriminação em razão da orientação sexual implicaria outra solução para a questão prejudicial analisada; o acórdão D e Suécia foi proferido no quadro jurídico do Estatuto

106. O processo Barber tratou a igualdade de remuneração entre trabalhadores de diferentes sexos. O Tribunal de Justiça recordou o efeito directo do artigo 119.º do

98 — N.º 4.3 do ponto II da decisão de reenvio.

99 — No n.º 25 das conclusões desse processo, afirmo que esta circunstância «[se distingue] com clareza dos estados associados à orientação sexual (heterossexual, homossexual ou bissexual), nos quais o indivíduo aceita sem subterfúgios o seu sexo».

Tratado CE, precursor do artigo 141.º CE, mas entender que não se devia invocar esse efeito para fazer valer um direito a pensão em data anterior à do acórdão, excepto relativamente àqueles que já tenham intentado uma acção judicial ou apresentado, nos termos do direito nacional aplicável, uma reclamação equivalente, já que o contrário poria em risco o «equilíbrio económico» de muitos planos de pensão¹⁰⁰.

107. Esta concepção enquadra-se, pois, segundo deduz a Comissão, na esfera das repercussões monetárias, não sendo determinantes as características da norma comunitária correspondente, como sustentam o órgão jurisdicional de reenvio e o VdB.

108. Centrado assim o debate, a jurisprudência apenas permite a limitação no tempo, a título excepcional¹⁰¹, quando exista um risco de repercussões económicas graves devidas, em especial, ao grande número de relações jurídicas constituídas de boa fé com

base na regulamentação considerada validamente em vigor¹⁰².

109. A avaliação do perigo exige que se ponderem factores de diversa índole, como o número de pessoas afectadas, os montantes a pagar ou o efeito sobre a solvência da entidade pagadora. No presente processo prejudicial, não há dados que demonstrem a existência de um perigo do tipo descrito¹⁰³. Nesta conjuntura, o Tribunal de Justiça tem duas opções: negar expressamente a limitação dos efeitos temporais ou não conhecer da questão prejudicial.

110. A primeira opção afastaria definitivamente a incerteza, mas sem um apoio sólido. A segunda opção, preferida pela Comissão, que também partilho, parece mais prudente, pois possibilita um novo reenvio com os elementos agora em falta¹⁰⁴.

100 — Depois do acórdão Barber, o Tratado de Maastricht incorporou, em 1992, no Tratado CE o protocolo n.º 17 relativo ao artigo 141.º, que, para efeitos da aplicação do artigo 141.º, não considera remuneração as prestações ao abrigo de um regime profissional de segurança social se e na medida em que correspondam a períodos de trabalho anteriores a 17 de Maio de 1990, excepto no que se refere aos trabalhadores ou às pessoas a seu cargo que tenham, antes dessa data, intentado uma acção judicial ou apresentado uma reclamação equivalente nos termos da legislação nacional aplicável.

101 — Acórdãos de 15 de Março de 2005, Bidar (C-209/03, Colect., p. I-2119, n.º 67); de 6 de Março de 2007, Meilicke e o. (C-292/04, Colect., p. I-0000, n.º 35); e Richards, já referido (n.º 40).

102 — Acórdãos, já referidos, Bidar (n.º 69); e Richards (n.º 42).

103 — O Governo alemão, que podia ter prestado esclarecimentos sobre o assunto, não interveio no processo. Também o VdB não indicou quaisquer números, embora se tenha oposto à aplicação da jurisprudência Barber ao processo principal.

104 — As duas alternativas tornam desnecessária a reabertura da fase oral do processo, requerida pelo representante do Reino Unido na audiência para permitir que os outros Estados-Membros prestem alegações sobre os efeitos temporais do acórdão a proferir no presente processo.

IX — Conclusão

111. Em conformidade com as observações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais do Bayerisches Verwaltungsgericht de Munique, declarando que:

- «1. Uma pensão de sobrevivência como a requerida no processo principal, que decorre da relação laboral do recorrente, é abrangida pelo âmbito de aplicação 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, não constituindo um pagamento efectuado por um regime público de segurança social ou equiparado.

2. Recusar a referida pensão por não ter sido celebrado casamento, instituto que está reservado às pessoas de sexo diferente, quando foi registada uma união com efeitos substancialmente idênticos entre pessoas do mesmo sexo, constitui uma discriminação indirecta em razão da orientação sexual, contrária à referida Directiva 2000/78, competindo ao órgão jurisdicional nacional verificar se a posição jurídica dos cônjuges é semelhante à dos membros das uniões de facto registadas.

3. Não há que analisar a quinta questão prejudicial.»