



## Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
MICHAL BOBEK  
apresentadas em 23 de março de 2017<sup>1</sup>

**Processo C-143/16**

**Abercrombie & Fitch Italia Srl**  
**contra**  
**Antonino Bordonaro**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália)]

«Pedido de decisão prejudicial — Política social — Princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação em razão da idade — Diretiva 2000/78/CE — Igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional — Artigo 6.º, n.º 1 — Legislação nacional que prevê a celebração de contratos de trabalho intermitente com pessoas de idade inferior a 25 anos»

### I – Introdução

1. O contrato de trabalho intermitente previsto na lei italiana («*il contratto di lavoro intermittente*») é um contrato de trabalho flexível através do qual um trabalhador se disponibiliza a trabalhar para um empregador, com caráter de intermitência, em função das necessidades do empregador. Em regra, este contrato está sujeito a condições objetivas relativas à natureza intermitente dos serviços e a requisitos especificados em contratos coletivos. Acresce, porém, que o contrato pode ser proposto, «em qualquer caso», a trabalhadores com idade inferior a 25 anos ou superior a 45 anos.

2. A. Bordonaro celebrou com a Abercrombie & Fitch Italia S.r.l. (a seguir «Abercrombie & Fitch») um contrato de trabalho intermitente com a duração de um ano e meio. Quando completou 25 anos, o seu contrato de trabalho foi rescindido com o fundamento de que a condição relativa à idade tinha deixado de estar preenchida.

3. Neste quadro factual e jurídico, a Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália) pergunta se, na medida em que estabelece condições de acesso ao trabalho e de despedimento específicas para as pessoas com menos de 25 anos, a disposição italiana que rege os contratos intermitentes é contrária ao princípio da não discriminação em razão da idade, consagrado na Diretiva 2000/78/CE<sup>2</sup> e no artigo 21.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).

1 — Língua original: inglês.

2 — Diretiva do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional (JO 2000, L 303, p. 16)(a seguir «Diretiva 2000/78»).

4. O presente processo permite ao Tribunal de Justiça analisar, tanto quanto sei, pela primeira vez<sup>3</sup>, uma medida nacional que introduz condições específicas para jovens trabalhadores, no que respeita à celebração de determinado tipo de contratos de trabalho flexível, sob a perspetiva da discriminação em razão da idade.

## II – Quadro jurídico

### A –Direito da União

5. O considerando 25 da Diretiva 2000/78 dispõe que «[a] proibição de discriminações relacionadas com a idade constitui um elemento essencial para atingir os objetivos estabelecidos pelas orientações para o emprego e encorajar a diversidade no emprego. Todavia, em determinadas circunstâncias, podem-se justificar diferenças de tratamento com base na idade, que implicam a existência de disposições específicas que podem variar consoante a situação dos Estados-Membros. Urge pois distinguir diferenças de tratamento justificadas, nomeadamente por objetivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional, de discriminações que devem ser proibidas.»

6. No artigo 1.º, a Diretiva 2000/78 identifica o seu objetivo: «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 atividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento.»

7. O artigo 2.º da mesma diretiva dispõe:

«1. Para efeitos da presente diretiva, entende-se por ‘princípio da igualdade de tratamento’ a ausência de qualquer discriminação, direta ou indireta, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º

2. Para efeitos do n.º 1:

a) Considera-se que existe discriminação direta sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º, uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável;

[...]»

8. Sob a epígrafe «Justificação das diferenças de tratamento com base na idade», o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78 estabelece o seguinte:

«Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 2.º, os Estados-Membros podem prever que as diferenças de tratamento com base na idade não constituam discriminação se forem objetiva e razoavelmente justificadas, no quadro do direito nacional, por um objetivo legítimo, incluindo objetivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objetivo sejam apropriados e necessários.

3 — O despacho de 16 de janeiro de 2008, Polier (C-361/07, não publicado, EU:C:2008:16) dizia respeito a um contrato de trabalho de direito francês denominado «*nouvelles embauches*». O Tribunal de Justiça concluiu que a situação em apreço não era da sua competência. Todavia, as questões colocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio não tinham por objeto o princípio da não discriminação em razão da idade.

Essas diferenças de tratamento podem incluir, designadamente:

- a) O estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho, nomeadamente condições de despedimento e remuneração, para os jovens, os trabalhadores mais velhos e os que têm pessoas a cargo, a fim de favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua proteção;
- b) A fixação de condições mínimas de idade, experiência profissional ou antiguidade no emprego para o acesso ao emprego ou a determinadas regalias associadas ao emprego;
- c) A fixação de uma idade máxima de contratação, com base na formação exigida para o posto de trabalho em questão ou na necessidade de um período razoável de emprego antes da reforma.»

## B –Direito italiano

9. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o artigo 34.º do Decreto Legislativo n.º 276/2003, relativo à execução das funções em matéria de emprego e de mercado de trabalho, previstas pela Lei n.º 30, de 14 de fevereiro de 2003 (a seguir «decreto legislativo»), na versão aplicável à data da contratação de A. Bordonaro<sup>4</sup>, dispunha o seguinte:

- «1. O contrato de trabalho intermitente pode ter por objeto a realização de prestações de caráter descontínuo ou intermitente, em conformidade com as condições específicas dos contratos coletivos celebrados entre as associações de empregadores e de trabalhadores comparativamente mais representativas no plano nacional ou territorial, ou para períodos predeterminados da semana, do mês ou do ano, no sentido do artigo 37.º.
2. O contrato de trabalho intermitente pode, em qualquer caso, ter por objeto serviços prestados por pessoas com idade inferior a 25 anos, ou por trabalhadores com idade superior a 45 anos, incluindo os reformados.»

10. O órgão jurisdicional de reenvio expôs ainda que, à data do despedimento de A. Bordonaro, o artigo 34.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n.º 276/2003 estabelecia que: «O contrato de trabalho intermitente pode, em qualquer caso, ser celebrado com pessoas com idade superior a 55 anos ou com pessoas com idade inferior a 24 anos, entendendo-se que, neste último caso, os serviços contratados devem ser executados antes de completados os 25 anos de idade»<sup>5</sup>.

11. O artigo 34.º do decreto legislativo já não se encontra em vigor. Porém, o seu teor encontra-se parcialmente reproduzido no artigo 13.º do Decreto Legislativo n.º 81, de 15 de junho de 2015 (disposição atualmente em vigor)<sup>6</sup>.

4 — Decreto Legislativo del 10 settembre 2003, n.º 276 Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n.º 30. (GURI n.º 235, de 9 de outubro de 2003, Suplemento Ordinario n.º 159), conforme posteriormente alterado.

5 — Alterado pela Legge 28 giugno 2012, n.º 92. Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita (Lei n.º 92, de 28 de junho de 2012, Medidas relativas à reforma do mercado de trabalho, para fomentar o crescimento) (GURI n.º 153, de 3 de julho de 2012, Suplemento Ordinario n.º 136).

6 — Decreto Legislativo del 15 giugno 2015, n.º 81, Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n.º 183. GURI n.º 144, de 24 de junho de 2015, Suplemento Ordinario n.º 34 (Decreto Legislativo sobre a regulação orgânica dos contratos de trabalho e a reforma da legislação sobre deveres laborais, em conformidade com o artigo 1.º, n.º 7, da Lei n.º 183, de 10 de dezembro de 2014).

### III – Litígio no processo principal e questão prejudicial

12. Em 14 de dezembro de 2010, A. Bordonaro celebrou com a Abercrombie & Fitch um contrato de trabalho intermitente a termo. Em 1 de janeiro de 2012, o contrato foi convertido num contrato de trabalho intermitente por tempo indeterminado. As observações apresentadas ao Tribunal de Justiça parecem indicar que A. Bordonaro trabalhava, em média, três a cinco vezes por semana. De 26 de julho de 2012 em diante deixou de estar incluído no plano de trabalho. Depois de ter pedido esclarecimentos sobre esta situação por correio eletrónico, em 30 de julho de 2012, foi notificado de que tinha sido despedido no dia 26 do mesmo mês, em virtude de ter completado 25 anos de idade. Por esse motivo, deixava de satisfazer as condições do contrato intermitente previstas na legislação italiana.

13. A. Bordonaro propôs uma ação no Tribunale di Milano (Tribunal de Milão, Itália), alegando a ilegalidade do seu contrato e do seu despedimento e pedia para ser reintegrado no seu posto de trabalho. A ação foi declarada inadmissível por meio de despacho subsequentemente reformado, em sede de recurso, pela Corte d'appello di Milano (Tribunal de Recurso de Milão, Itália). Este último tribunal concluiu que tanto o contrato de trabalho intermitente celebrado com A. Bordonaro com base na sua idade, como o seu despedimento aquando do seu 25.º aniversário, eram discriminatórios. Considerou que tinha sido criada uma relação laboral por tempo indeterminado e condenou a Abercrombie & Fitch a reintegrar A. Bordonaro no seu posto de trabalho e a indemnizá-lo pelo prejuízo sofrido.

14. A Abercrombie & Fitch recorreu para a Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália, a seguir «órgão jurisdicional de reenvio»). A Abercrombie & Fitch alega, essencialmente, que a Corte d'appello di Milano (Tribunal de Recurso de Milão) errou ao considerar que o princípio da não discriminação tinha sido violado. O presente caso tem por objeto uma lei que *favorece* os trabalhadores em razão da sua idade e não o inverso. A Abercrombie & Fitch sustenta ainda que o artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo é consentâneo com a Diretiva 2000/78 e pediu que fosse submetido um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça.

15. Considerando a possibilidade de o artigo 34.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n.º 276 de 2003 ser contrário ao princípio da não discriminação em razão da idade, o órgão jurisdicional de reenvio suspendeu a instância e apresentou um pedido de decisão prejudicial, no qual pergunta se:

«A norma nacional contida no artigo 34.º do Decreto Legislativo n.º 276 de 2003, segundo a qual o contrato de trabalho intermitente pode, em qualquer caso, ter por objeto serviços prestados por pessoas com idade inferior a 25 anos, é contrária ao princípio da não discriminação em razão da idade, consagrado na Diretiva 2000/78 e no artigo 21.º, n.º 1 da [Carta]?»

16. Foram apresentadas observações escritas por A. Bordonaro, pela Abercrombie & Fitch Italia, pelo Governo italiano e pela Comissão Europeia, tendo as mesmas partes apresentado alegações orais na audiência que teve lugar em 12 de janeiro de 2017.

#### IV – Análise

17. O caso em apreço diz respeito a uma disposição nacional que permite que os empregadores celebrem, «em qualquer caso», contratos de trabalho intermitentes com pessoas de idade inferior a 25 anos ou superior a 45<sup>7</sup>. Por outro lado, o mesmo tipo de contrato só pode ser celebrado com pessoas do grupo etário «intermédio» se estiverem preenchidas determinadas condições. Além disso, no caso de trabalhadores de idade inferior a 25 anos, a disposição nacional tem sido interpretada no sentido de implicar a rescisão automática da relação laboral quando são atingidos os 25 anos de idade<sup>8</sup>.

18. A questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio respeita exclusivamente à aplicação dessa disposição aos trabalhadores de idade inferior a 25 anos. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a compatibilidade dessa medida com a proibição da discriminação em razão da idade, consagrada em dois diplomas do direito da União distintos (o artigo 21.º, n.º 1, da Carta e a Diretiva 2000/78), num processo que envolve uma relação jurídica entre particulares.

19. Por conseguinte, cumpre fazer algumas considerações preliminares (A) antes de apreciar o mérito da questão prejudicial (B). Tais considerações preliminares prendem-se com a identificação das disposições de direito da União que são pertinentes para a análise do presente caso (1) e com o objetivo preciso da questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio (2).

#### A – Considerações preliminares

##### 1. Disposições pertinentes do direito da União

20. A proibição da discriminação em razão da idade é um princípio geral de direito da União que foi codificado pelo artigo 21.º, n.º 1, da Carta. A Diretiva 2000/78 concretiza esse princípio nos domínios do emprego e da atividade profissional<sup>9</sup>.

21. Por este motivo, quando uma situação está abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2000/78, é este instrumento específico que deve constituir o principal quadro analítico<sup>10</sup>.

22. A situação em apreço está abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2000/78? Conforme o Tribunal de Justiça tem afirmado reiteradamente, resulta tanto do título como do conteúdo e da finalidade desta diretiva que esta visa estabelecer um quadro geral para assegurar a todas as pessoas a igualdade de tratamento «no emprego e na atividade profissional», proporcionando-lhes uma proteção eficaz contra as discriminações baseadas num dos motivos nela enumerados<sup>11</sup>. Especificamente, o seu artigo 3.º, n.º 1, alínea a), estabelece que a diretiva se aplica, dentro das áreas de competência atribuídas à União Europeia, a todas as pessoas, no que diz respeito às «condições de acesso ao emprego [...], incluindo os critérios de seleção e as condições de contratação, seja qual for o ramo de atividade e a todos os níveis da hierarquia profissional». De acordo com o artigo 3.º, n.º 1, alínea c), aplica-se igualmente às «condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento e a remuneração»<sup>12</sup>.

7 — Esse limite etário foi aumentado para os 55 anos por uma alteração subsequente da disposição em causa. V. n.º 10 das presentes conclusões.

8 — Não obstante a condição de «os serviços contratados [deverem] ser executados antes de completados os 25 anos de idade [...]» só ter sido introduzida pela Lei de 28 de junho de 2012 (v. n.º 10 das presentes conclusões), o Governo italiano clarificou na audiência que o artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo tem sido sempre interpretado no sentido da rescisão do contrato aos 25 anos.

9 — V., por exemplo, acórdãos de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, n.ºs 22 e 23 e jurisprudência referida) e de 21 de dezembro de 2016, Bowman (C-539/15, EU:C:2016:977, n.º 19 e jurisprudência referida).

10 — V., nesse sentido, acórdãos de 7 de junho de 2012, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt (C-132/11, EU:C:2012:329, n.ºs 22 e 23); de 11 de novembro de 2014, Schmitzer (C-530/13, EU:C:2014:2359, n.ºs 23 e 24); de 13 de novembro de 2014, Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371, n.º 25); e de 21 de janeiro de 2015, Felber (C-529/13, EU:C:2015:20, n.º 17).

11 — V., por exemplo, acórdão de 10 de novembro de 2016, de Lange (C-548/15, EU:C:2016:850, n.º 16 e jurisprudência aí referida).

12 — V., por exemplo, acórdão de 21 de janeiro de 2015, Felber (C-529/13, EU:C:2015:20, n.º 19).

23. O caso em apreço prende-se com a contratação e com o despedimento. Não há qualquer dúvida de que uma disposição como a que está em causa no processo principal diz respeito às «condições de acesso ao emprego», bem como às «condições de [...] trabalho, incluindo o despedimento». Por conseguinte, enquadra-se precisamente no âmbito de aplicação *material* da Diretiva 2000/78.

24. No que diz respeito ao âmbito de aplicação *personal* da Diretiva 2000/78, sem prejuízo da análise factual que cabe, em última instância, ao órgão jurisdicional nacional, é indiscutível, com base nos factos, que A. Bordonaro pode ser considerado um trabalhador na aceção do direito da União. Segundo os esclarecimentos prestados por A. Bordonaro, este trabalhou três a cinco vezes por semana, ao longo de um período de mais de ano e meio. A sua atividade não pode ser considerada puramente marginal ou acessória<sup>13</sup>. As condições de emprego de uma pessoa vinculada por um contrato de trabalho intermitente não obstam a que a mesma seja considerado um trabalhador para efeitos do direito da União<sup>14</sup>.

25. Nestas circunstâncias, a Diretiva 2000/78 é aplicável à situação que deu origem ao litígio no presente caso.

26. O facto de a subsequente análise efetuada nas presentes conclusões tomar a Diretiva 2000/78 como principal quadro analítico não obsta a que o artigo 21.º, n.º 1, da Carta seja simultaneamente aplicável. Na verdade, desde que as disposições em causa estejam abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União por intermédio da Diretiva 2000/78, a proteção concedida pela Carta é desencadeada pelo seu artigo 51, n.º 1<sup>15</sup>.

27. Por conseguinte, a relação entre o artigo 21.º, n.º 1, da Carta e a Diretiva 2000/78 não é de mútua exclusão, mas de concretização e de complementaridade. Conforme já referido, a Diretiva 2000/78 concretiza o princípio geral consagrado na Carta. Assim, o quadro analítico subjacente a cada um desses instrumentos deverá ser semelhante<sup>16</sup>. Além disso, tanto quanto necessário, a abordagem nos termos desses instrumentos deve obedecer a uma lógica comum, com vista a assegurar a coerência do controlo jurisdicional do direito da União e do direito nacional no domínio da não discriminação em razão da idade no emprego.

28. É também evidente que o princípio da não discriminação, tal como consagrado no artigo 21.º, n.º 1, da Carta, permanece aplicável, ainda que a Diretiva 2000/78 se aplique simultaneamente. Em especial, existem duas situações em que o artigo 21.º, n.º 1, da Carta reveste contínua pertinência em tal cenário. Em primeiro lugar, as disposições da Carta permanecem plenamente aplicáveis para efeitos de uma eventual interpretação coerente do direito derivado da União e do direito nacional inserida no âmbito de aplicação do direito da União. Em segundo lugar, as disposições da Carta constituem, por excelência, o parâmetro da validade do direito derivado da União.

29. Além disso, a «autonomia» do princípio da igualdade de tratamento como um princípio geral de direito ou como um direito fundamental decorrente da Carta é especialmente relevante nos casos em que, conforme jurisprudência constante do Tribunal de Justiça<sup>17</sup>, a possibilidade de invocar a Diretiva 2000/78 é comprometida pelo facto de as partes no litígio serem particulares<sup>18</sup>.

13 — V., nesse sentido, acórdão de 1 de outubro de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, n.º 22 e jurisprudência aí referida).

14 — V., nesse sentido, acórdão de 26 de fevereiro de 1992, Raulin (C-357/89, EU:C:1992:87, n.º 11).

15 — V., nesse sentido, acórdão de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, n.º 24).

16 — Para uma lógica idêntica num cenário inverso, v. as minhas conclusões no processo Fries (C-190/16, EU:C:2017:225).

17 — V., por exemplo, acórdãos de 26 de fevereiro de 1986, Marshall (152/84, EU:C:1986:84, n.º 48); de 14 de julho de 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, n.º 20); de 5 de outubro de 2004, Pfeiffer e o. (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, n.º 108); de 19 de janeiro de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, n.º 46); e de 15 de janeiro de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, n.º 36).

18 — V. acórdãos de 19 de janeiro de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, n.ºs 50 e 51), e de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, n.ºs 35 a 37).

## 2. Objetivo preciso da questão colocada pelo órgão jurisdicional nacional

30. Nas alegações perante o Tribunal de Justiça, só A. Bordonaro sustentou que a disposição nacional em causa não deveria ser aplicada e que o princípio da União da não discriminação em razão da idade deveria ser aplicado diretamente.

31. Todavia, não há necessidade de abordar no presente caso a questão espinhosa da eventual aplicabilidade direta do artigo 21.º, n.º 1, da Carta a uma relação horizontal, essencialmente por duas razões.

32. Primeiro, a questão prejudicial colocada ao Tribunal de Justiça diz exclusivamente respeito à compatibilidade «normativa» ou «abstrata» de uma disposição nacional com o direito da União. Uma disposição nacional que é aplicável, em geral, a todos os tipos de relações jurídicas é compatível com o direito da União? Essa análise precede as potenciais vias de recurso subsequentemente disponíveis na esfera específica de uma relação de direito privado e é independente delas. Ou seja, o cerne do presente caso consiste em determinar se uma disposição nacional, considerada *in abstracto*, independentemente da sua aplicação a relações verticais ou horizontais, é compatível com o direito da União. O órgão jurisdicional de reenvio não perguntou quais as consequências a extrair da eventual não conformidade da disposição nacional em apreço com a Diretiva 2000/78.

33. Segundo, conforme avançado pela Comissão e pela Abercrombie & Fitch nas suas alegações escritas e também confirmado na audiência, a Diretiva 2000/78 foi transposta para o direito italiano<sup>19</sup>. A importância deste facto deve ser expressamente salientada. Isto significa que a obrigação de não discriminação em razão da idade decorre não apenas da Diretiva 2000/78 ou do artigo 21.º, n.º 1, da Carta, mas também das normas nacionais que transpõem essas disposições do direito da União para o direito nacional.

34. Neste cenário, a via através da qual o direito da União pode posteriormente abarcar as relações horizontais é, principalmente, a interpretação do Tribunal de Justiça acerca da proibição nacional da discriminação em razão da idade, em conformidade com as disposições originais (e, mais tarde, paralelas) do direito da União. Caso necessário, o órgão jurisdicional nacional poderá então tomar em consideração o corpo normativo na sua totalidade e aplicar os métodos interpretativos ao seu dispor<sup>20</sup>. Nada no despacho de reenvio indica que não seja possível ao órgão jurisdicional nacional interpretar a disposição nacional em causa de modo conforme com o direito da União<sup>21</sup>.

35. Por conseguinte, a proibição, assente no direito da União, da discriminação em razão da idade chegará primeiro às situações concretas ao nível nacional, através das disposições nacionais de transposição, interpretadas em conformidade com as disposições de direito da União das quais provêm. O reconhecimento deste facto evita equívocos acerca do âmbito da eventual aplicabilidade horizontal e direta das disposições da Carta. Em termos práticos, limita a um número pequeno ou até a casos excecionais as situações em que a aplicação direta das disposições da Carta às relações entre particulares pode ser contemplada. Tem igualmente em conta a prática sensata, no meu entender, de

19 — Parece resultar dos documentos postos à disposição do Tribunal de Justiça que a Diretiva 2000/78 foi transposta para o direito italiano pelo Decreto Legislativo de 9 de julho de 2003, n.º 216. Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in material di occupazione e di condizioni di lavoro (GURI n.º 187, de 13 de agosto de 2003) (Decreto legislativo n.º 26, de 9 de julho de 2003, que transpõe a Diretiva 2000/78/CE, sobre a igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional).

20 — V., a este respeito, acórdãos de 5 de outubro de 2004, Pfeiffer e o. (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, n.º 113); de 19 de janeiro de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, n.º 48); de 15 de janeiro de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, n.º 38); e de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016: 278, n.º 31).

21 — Ao contrário da situação em causa nos acórdãos de 19 de janeiro de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, n.º 49) e de 15 de janeiro de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2, n.º 40). Relativamente à eventual impossibilidade de interpretação conforme com o direito da União, v., também, acórdão de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016: 278, n.º 37).

alguns sistemas jurídicos que consideram que o papel dos direitos fundamentais nas relações de direito privado é principalmente interpretativo: o conteúdo dos direitos e das obrigações, que, caso existam, devem ser estabelecidos pela legislação nacional, deve ser interpretado em conformidade com os direitos fundamentais.

36. Tendo presentes estas considerações prévias, na próxima secção das presentes conclusões a minha análise centrar-se-á na compatibilidade da disposição nacional em causa com a Diretiva 2000/78.

#### B –Discriminação em razão da idade

37. O princípio da igualdade de tratamento consagrado no artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78 proíbe a discriminação direta ou indireta por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º. Esses motivos incluem a idade. Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2000/78, existe discriminação *direta* sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º da mesma diretiva, uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável<sup>22</sup>.

38. A discriminação em razão da idade distingue-se dos «restantes motivos» que estão na origem de uma discriminação, tais como a religião ou as convicções, a deficiência ou a orientação sexual. Ao contrário dos restantes motivos, a discriminação direta em razão da idade pode ser justificada ao abrigo do regime específico previsto no artigo 6.º<sup>23</sup>. Segundo o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, os Estados-Membros podem prever que as diferenças de tratamento com base na idade não constituam discriminação se forem objetiva e razoavelmente justificadas, no quadro do direito nacional, por um objetivo legítimo, incluindo objetivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objetivo sejam apropriados e necessários.

39. Tendo presente o quadro normativo dos artigos 2.º, n.º 2, alínea a), e 6.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, a minha análise estruturar-se-á da seguinte forma. Primeiro, procurarei determinar se existe uma diferença de tratamento entre grupos comparáveis de pessoas, por um motivo proibido (1). Em seguida, analisarei o significado de tratamento «menos favorável» (2). Por último, abordarei as justificações admitidas, designadamente a possibilidade de o tratamento diferenciado prosseguir um objetivo legítimo e de a medida ser apropriada e necessária para realizar esse objetivo (3).

#### 1. Diferença de tratamento de situações comparáveis por um motivo proibido

40. Comparabilidade não significa identidade. A comparabilidade procura apenas determinar se, em relação a uma determinada qualidade (ou seja, o *tertium comparationis*, que poderá ser um valor, um objetivo, uma ação, uma situação, etc.), os elementos de comparação (pessoas, empresas, produtos) apresentam mais semelhanças ou mais diferenças<sup>24</sup>. A análise da comparabilidade exige a consideração

22 — V., também, por exemplo, acórdão de 24 de novembro de 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, n.º 65).

23 — Acórdão de 5 de março de 2009, Age Concern England (C-388/07, EU:C:2009:128, n.º 60). Para uma discussão sobre a natureza «distinta» da idade como um dos motivos que normalmente estão na origem de uma discriminação, v., por exemplo, conclusões do advogado-geral J. Mazák no processo Palacios de la Villa (C-411/05, EU:C:2007:106, n.ºs 61 a 64), conclusões do advogado-geral J. Mazák no processo Age Concern England (C-388/07, EU:C:2008:518, n.ºs 73 a 75), e conclusões do advogado-geral F.G. Jacobs no processo Lindorfer v Council (C-227/04 P, EU:C:2005:656 n.ºs 83 e segs.).

24 — V. as minhas conclusões no processo Lidl (C-134/15, EU:C:2016:169, n.º 69), e no processo Bélgica/Comissão (C-270/15 P, EU:C:2016:289, n.º 30).



do contexto específico em que é efetuada: o contexto da prestação ou do regime em causa<sup>25</sup>. Resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que o caráter comparável das situações deve ser apreciado em relação a todos os elementos que as caracterizam, à luz do objeto e do objetivo do ato que institui a distinção em causa<sup>26</sup>.

41. No presente caso, o quadro legislativo geral em que ocorre a comparação é determinado pela Diretiva 2000/78. A qualidade por referência à qual a comparação deve ser efetuada é, por conseguinte, o tratamento (acesso, condições, despedimento) no emprego e na atividade profissional.

42. Os elementos de comparação são as pessoas que são sujeitas a esse tratamento (des)igual. A legislação nacional em causa (tanto à data da contratação como do despedimento) regula os contratos de trabalho intermitente e estabelece dois regimes diferentes, em função da idade do trabalhador. Primeiro, de acordo com o artigo 34.º, n.º 1, do decreto legislativo, os empregadores podem recorrer a esse contrato, independentemente da idade do trabalhador, desde que estejam preenchidas determinadas condições objetivas. A utilização de tal contrato depende do caráter descontínuo ou intermitente dos serviços a prestar, em conformidade com as condições estabelecidas nos contratos coletivos celebrados, para períodos predeterminados<sup>27</sup>. Segundo, nos termos do artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo, no tocante aos trabalhadores com idade inferior a 25 anos ou superior a 45 anos (ou, nos termos da alteração subsequente, superior a 55 anos), tais condições não se aplicam e os contratos de trabalho intermitente podem ser celebrados «em qualquer caso». Além disso, conforme esclareceu na audiência o Governo italiano, os contratos de trabalho intermitente celebrados ao abrigo desta última disposição com pessoas de idade inferior a 25 anos cessam no seu 25.º aniversário.

43. É precisamente no tocante ao acesso a um determinado tipo de contrato de trabalho e ao despedimento que a norma em causa distingue três grupos de pessoas, em razão da sua idade. Esse regime tem por efeito o tratamento diferenciado de determinadas pessoas, com fundamento unicamente na sua idade, independentemente de tais pessoas se encontrarem em situações comparáveis no que respeita à natureza dos serviços e funções, à experiência profissional ou às qualificações.

44. Além disso, relativamente à rescisão automática aos 25 anos, os trabalhadores vinculados por um contrato de trabalho intermitente nos termos do artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo que completem 25 anos encontram-se numa situação comparável à dos trabalhadores mais novos contratados nos mesmos moldes e à dos trabalhadores contratados nos termos do artigo 34.º, n.º 1. No entanto, o seu despedimento baseia-se apenas na sua idade.

45. Por conseguinte, existe uma nítida diferença de tratamento em razão da idade. A comparabilidade de tais grupos diferentes de pessoas só seria excluída se existisse um elemento (como uma característica pessoal ou uma circunstância de facto ou de direito) que tornasse as situações tão diferentes que a comparação seria ilógica ou irracional. As diferenças ultrapassariam as semelhanças ou poderia até existir apenas uma diferença, contudo essencial, que tornaria impossível a comparação.

46. No meu entender, isso não acontece no caso em apreço. Poderia sugerir-se que a questão social relativa à gravidade do desemprego entre os jovens constitui esse elemento distintivo fundamental. Logo, por ser possível afirmar que o desemprego dos jovens é bastante elevado e estrutural, a população mais jovem deixaria de ser comparável com a restante população em termos de acesso ao mercado de trabalho. Dir-se-ia que constitui uma categoria autónoma.

25 — V., nesse sentido, acórdãos de 12 de dezembro de 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, n.º 33 e jurisprudência aí referida), e de 1 de outubro de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, n.º 32).

26 — V., por exemplo, acórdãos de 16 de dezembro de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e o. (C-127/07, EU:C:2008:728, n.ºs 25 e 26 e jurisprudência aí referida), e de 1 de outubro de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, n.º 31).

27 — O Governo italiano esclareceu na audiência que, uma vez que tais contratos coletivos não foram celebrados, essas condições foram estabelecidas por um decreto ministerial adotado em 2004.

47. Não subscrevo esse entendimento. Conforme já referido, a apreciação da comparabilidade possui natureza abrangente. Considera globalmente um conjunto de fatores que são pertinentes para a qualidade que é objeto da comparação. No que respeita ao acesso e no tratamento no emprego e na atividade profissional, todos os grupos etários podem celebrar os mesmos contratos. Todos concorrem aos mesmos postos de trabalho. Por conseguinte, são plenamente comparáveis<sup>28</sup>.

48. O facto de poderem existir diferenças em relação a alguns aspetos, tais como a especificidade dos problemas de um determinado grupo etário, pode, naturalmente, ser relevante para a motivação de uma medida nacional que visa abordar esse problema. Pode inspirar a política subjacente à adoção de tal medida. Porém, tais considerações respeitam ao cerne do objetivo legítimo avançado pelo Governo italiano. Consequentemente, a análise desse elemento prende-se com a apreciação da justificação da medida.

49. Os trabalhadores mais jovens aos quais o artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo se aplica encontram-se, portanto, numa situação comparável à dos outros trabalhadores e pessoas à procura de emprego. Além disso, é evidente que, ao impor a rescisão automática do contrato aquando do 25.º aniversário, a disposição em causa estabelece, também, uma diferença de tratamento relativamente aos trabalhadores contratados nos termos do artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo que ainda não atingiram essa idade ou que têm mais de 45 ou 55 anos, e aos trabalhadores com contratos de trabalho intermitente nos termos do regime geral do artigo 34.º, n.º 1, do decreto legislativo<sup>29</sup>.

50. Em resumo, o artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo estabelece uma *diferença de tratamento* entre grupos *comparáveis*, baseada diretamente em apenas um dos *motivos proibidos*, concretamente, a idade.

## 2. Tratamento menos favorável

51. Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), a proteção conferida pela Diretiva 2000/78 é desencadeada quando uma pessoa é objeto de «um tratamento menos favorável» que outra. Isso significa que da diferença de tratamento tem de resultar uma situação de desvantagem ou prejuízo para uma ou mais pessoas de determinada idade.

52. Os processos relativos à discriminação em razão da idade que são submetidos ao Tribunal de Justiça prendem-se habitualmente com prestações, condições de trabalho ou restrições que acarretam uma clara vantagem ou desvantagem para um determinado demandante<sup>30</sup>. Nesses casos, determinar se da medida em causa resulta uma situação de desvantagem para uma pessoa é relativamente simples. Deixar de receber uma prestação, receber um salário inferior ou ser reformado contra a sua vontade constituem exemplos claros de tratamento menos favorável.

28 — Por esse motivo este processo é distinto do que foi objeto do acórdão de 1 de outubro de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, n.ºs 37 a 39). Esse processo respeitava a uma disposição nacional segundo a qual a compensação por caducidade do contrato paga no fim de um contrato a termo quando as relações contratuais laborais não eram mantidas através de um contrato por tempo indeterminado não era devida no caso de o contrato ser celebrado com um jovem por um período compreendido nas suas férias escolares do ensino secundário ou do ensino superior. O Tribunal de Justiça concluiu que a situação desses estudantes não era objetivamente comparável à dos trabalhadores que tinham direito a essa compensação. Ao contrário do que sucedia no processo O, no caso vertente as pessoas de idade inferior a 25 anos procuram um emprego normal e não apenas experiência laboral nas férias do verão. Por esse motivo, não constituem um grupo específico que procura um tipo de experiência profissional diferente; provavelmente desejam exatamente o mesmo tipo de vínculo contratual que o resto da população.

29 — V., nesse sentido, acórdão de 13 de setembro de 2011, Prigge e o. (C-447/09, EU:C:2011:573, n.º 44).

30 — V., por exemplo, a propósito do cálculo das pensões de reforma, acórdão de 16 de junho de 2016, Lesar (C-159/15, EU:C:2016:451). Quanto à dedução fiscal das despesas de formação, v. acórdão de 10 de novembro de 2016, de Lange (C-548/15, EU:C:2016:850). Quanto às condições de progressão salarial, v., por exemplo, acórdão de 21 de dezembro de 2016, Bowman (C-539/15, EU:C:2016:977). Quanto ao limite de idade para o exercício de uma profissão, v., por exemplo, acórdãos de 13 de setembro de 2011, Prigge e o. (C-447/09, EU:C:2011:573), e de 15 de novembro de 2016, Salaberria Sorondo (C-258/15, EU:C:2016:873). Quanto à idade da cessação dos contratos de trabalho em virtude da reforma, v., por exemplo, acórdão de 12 de outubro de 2010, Rosenblatt (C-45/09, EU:C:2010:601).

53. O presente caso, porém, é mais complexo. A questão de a disposição nacional impugnada beneficiar ou prejudicar o grupo objeto da proteção gerou uma discussão acesa no Tribunal de Justiça.

54. A. Bordonaro alega que o contrato de trabalho intermitente é um tipo de contrato desfavorável. Gera incerteza no que respeita ao período de trabalho e permite que o despedimento se baseie exclusivamente na idade.

55. Nas suas observações escritas, a Comissão destacou o aspeto da rescisão automática do contrato aos 25 anos. Segundo a Comissão, este aspeto consubstancia uma discriminação direta em razão da idade para efeitos da Diretiva 2000/78.

56. O Governo italiano e a Abercrombie & Fitch opõem-se a este entendimento, sustentando que a diferença de tratamento não consubstancia um tratamento menos favorável. Na verdade, os trabalhadores com menos de 25 anos são tratados mais favoravelmente do que os trabalhadores mais velhos. De acordo com a Abercrombie & Fitch, o contrato de trabalho intermitente é uma «oportunidade contratual adicional» que confere um estatuto contratual privilegiado ao trabalhador, que se torna mais atrativo para os empregadores. Além disso, o Governo italiano observou que o princípio da não discriminação se aplica a outras condições de trabalho relativas ao contrato intermitente, tais como o salário, as férias e a proteção social.

57. Desde logo, deve ser esclarecido que nada indica que a disposição em causa se enquadre na categoria de ação positiva. O artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78 estabelece que, a fim de assegurar a plena igualdade na vida ativa, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adotem medidas específicas destinadas a prevenir ou compensar desvantagens relacionadas com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.º As medidas compreendidas no âmbito dessa disposição têm como finalidade precisa e limitada prevenir ou compensar as desvantagens efetivamente existentes<sup>31</sup>.

58. No caso em apreço, porém, longe de visar inequivocamente a atribuição de uma vantagem destinada a garantir, na prática, a plena igualdade dos trabalhadores mais jovens, a medida parece ter efeitos contraditórios. De um determinado ponto de vista, poderia entender-se que perpetua a situação precária da população mais jovem no mercado de trabalho<sup>32</sup>.

59. Seja como for, o Governo italiano confirmou na audiência que a disposição em causa não pretende ser uma medida de ação positiva no sentido do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78.

60. Tomando essa afirmação como ponto de partida, a avaliação da existência de um «tratamento menos favorável» é pertinente. É evidente que a medida em causa produz efeitos ambivalentes. Também é óbvio que determinar se uma medida consubstancia um tratamento menos favorável pode depender do ponto de vista do potencial demandante e da ênfase da análise.

31 — V., por analogia, acórdão de 17 de outubro de 1995, Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:322, n.º 18). No entanto, as medidas que consistem, por exemplo, na garantia de prioridade numa nomeação ou promoção estão sujeitas a algumas limitações. V., por exemplo, acórdãos de 17 de outubro de 1995, Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:322, n.º 22), e de 11 de novembro de 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, n.º 32).

32 — No domínio da discriminação em razão do sexo, o Tribunal de Justiça rejeitou a possibilidade de considerar que uma medida nacional constituía uma «ação positiva» nos casos em que tal norma, longe de assegurar, concretamente, a igualdade plena, contribuía sobretudo para perpetuar uma distribuição tradicional dos papéis entre os homens e as mulheres. V., por exemplo, acórdão de 16 de julho de 2015, Maistrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, n.º 50 e jurisprudência aí referida).

61. O considerando 15 da Diretiva 2000/78 a refere que a apreciação dos factos dos quais se pode presumir que houve discriminação direta é da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais, de acordo com as normas ou as práticas nacionais<sup>33</sup>. Em conformidade com o mecanismo previsto no artigo 10.º, n.º 1, da mesma diretiva, caso sejam provados esses factos, cabe ao demandado provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento<sup>34</sup>.

62. Por conseguinte, também em conformidade com a separação de funções em que se baseia o processo prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE<sup>35</sup>, a determinação, essencialmente factual, da existência ou inexistência de tratamento menos favorável, que é fundamental para a determinação da discriminação, é uma tarefa que cabe ao órgão jurisdicional nacional. No entanto, com vista a auxiliar o órgão jurisdicional nacional, podem ser-lhe fornecidas algumas orientações úteis.

63. A rescisão automática aos 25 anos pode ser considerada uma limitação à celebração de contratos de trabalho intermitente nos termos do artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo. De uma determinada perspectiva, essa medida poderia ser interpretada no sentido de pretender evitar a perpetuação da situação de precariedade dos trabalhadores que cada vez vão ficando «menos jovens». Todavia, também coloca os trabalhadores numa situação em que podem ser despedidos independentemente do seu desempenho ou comportamento concreto. Dificilmente pode ser contestado que esse elemento, considerado individualmente, consubstancia um tratamento menos favorável<sup>36</sup>.

64. Porém, conforme já foi sugerido, a apreciação do tratamento mais ou menos favorável no presente caso não pode circunscrever-se a apenas um único elemento. A questão do órgão jurisdicional de reenvio respeita à norma estabelecida no artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo, que compreende tanto um elemento de acesso ao trabalho como um elemento relativo à rescisão de um contrato. No meu entender, ambos esses elementos estão intrinsecamente ligados. Por conseguinte, para poder fornecer uma resposta útil ao órgão jurisdicional de reenvio, a análise da medida deve ser abrangente e global, ponderando os diferentes elementos da relação contratual, condições e considerações. Em especial, os efeitos do contrato devem ser analisados à luz do quadro legislativo global aplicável, que inclui o regime geral de condições de trabalho inerente ao contrato de trabalho intermitente (tais como a indemnização pela cessação do contrato, as férias, a igualdade de posições entre o empregador e o trabalhador ou a possibilidade de este recusar trabalho livremente), bem como a consideração do efeito no acesso dos jovens ao mercado de trabalho.

65. O Tribunal de Justiça concluiu no acórdão Mangold que a *autorização* sem restrições da celebração de contratos a termo com trabalhadores que atingiram determinada idade está abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2000/78, como tratamento diferenciado em razão da idade<sup>37</sup>. No acórdão Georgiev, o Tribunal de Justiça declarou que a *imposição* de contratos de trabalho a termo aos professores que tinham completado 65 anos de idade constituía tratamento diferenciado no sentido do artigo 6.º da mesma diretiva, porque a sua situação tinha passado a ser «mais precária» do que a dos professores que tinham menos de 65 anos<sup>38</sup>.

33 — V., também, acórdão de 21 de julho de 2011, Fuchs e Köhler (C-159/10 e 160/10, EU:C:2011:508, n.º 79).

34 — Acórdão de 25 de abril de 2013, Asociația Accept (C-81/12, EU:C:2013:275, n.º 42).

35 — V., por exemplo, acórdão de 28 de julho de 2016, Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, n.º 27 e jurisprudência aí referida).

36 — V., por exemplo, acórdãos de 16 de outubro de 2007, Palacios de la Villa (C-411/05, EU:C:2007:604, n.º 51), e de 13 de setembro de 2011, Prigge e o. (C-447/09, EU:C:2011:573, n.º 44).

37 — Acórdão de 22 de novembro de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, n.º 57).

38 — Acórdão de 18 de novembro de 2010, Georgiev (C-250/09 e C-268/09, EU:C:2010:699, n.ºs 33 e 34), que rejeitou os argumentos do Governo búlgaro de que a medida em causa não constituía um tratamento desfavorável.

66. Resulta dessa jurisprudência que, quando existe uma disparidade de tratamento, o seu caráter menos favorável é determinado através de uma avaliação global das condições emergentes dos regimes contratuais aplicáveis a categorias etárias específicas, tomando como referência as relações laborais normais, e não outras formas de trabalho flexível, como os contratos a termo. Em resultado de tal avaliação, a autorização sem restrições ou a imposição de modalidades contratuais específicas (a termo) caracterizadas por um grau inferior de estabilidade comparativamente com os contratos de trabalho por tempo indeterminado tem sido considerada um «tratamento menos favorável».

67. No presente caso, o contrato de trabalho intermitente constitui uma modalidade contratual *sui generis* caracterizada pela *derrogação* dos «contratos normais» (tanto a tempo inteiro como a tempo parcial) em termos de organização temporal da relação laboral. A flexibilidade aplica-se ao elemento temporal da relação laboral, que é deixado ao arbítrio dos empregadores, em função das suas necessidades. Da celebração de um contrato de trabalho intermitente resulta que o trabalhador não tem um número de horas de trabalho garantido e, portanto, não auferir um vencimento fixo. Enquanto esse regime é aplicável aos trabalhadores de todas as categorias com base em razões objetivas e sob determinadas condições, o regime aplicável aos trabalhadores com idade inferior a 25 anos constitui uma derrogação às condições de regulamentação que justificam o recurso a essa modalidade contratual *sui generis*.

68. Por outro lado, porém, a disposição em causa proporciona alegadamente um maior acesso ao mercado de trabalho às pessoas com menos de 25 anos, através de um contrato particularmente flexível. Não obsta à possibilidade de os empregadores oferecerem a essas pessoas outros tipos de contratos. No entanto, simultaneamente, a possibilidade de recorrer a contratos de trabalho intermitente sem requisitos objetivos pode tornar mais difícil o acesso das pessoas com menos de 25 anos a outros contratos que não garantam ao empregador a mesma flexibilidade. Consequentemente, os trabalhadores mais jovens podem ser colocados numa situação em que o acesso a um contrato de trabalho «normal» é mais difícil durante uma parte da sua vida profissional<sup>39</sup>. Em suma, mesmo que o direito da União não obste a essas modalidades contratuais mais flexíveis<sup>40</sup>, a sua imposição ou aplicação sem restrições a um grupo etário específico pode tornar-se problemática.

69. Além disso, o facto de o recurso generalizado aos contratos de trabalho intermitente ser limitado pela lei nacional (e de as limitações terem sido progressivamente reforçadas ao longo do tempo) indica que, do ponto de vista das condições de trabalho, a utilização desse contrato não é inequivocamente considerada como um tratamento mais favorável ou protetor na perspetiva do direito nacional. Com efeito, o Governo italiano referiu-se a este contrato nas suas observações escritas como um instrumento «menos exigente e oneroso do que o contrato de trabalho normal».

70. Por conseguinte, no meu entender, conclui-se que a apreciação da existência de um tratamento menos favorável deve consistir numa avaliação abrangente do efeito da aplicação da norma. Tal avaliação exige tanto o conhecimento dos efeitos reais como o conhecimento do contexto legislativo mais amplo no qual essa norma é aplicada. Constitui, portanto, uma matéria que compete ao órgão jurisdicional nacional.

71. Ao proceder a essa avaliação, devem ser evitados dois extremos. Primeiro, conforme decorre da presente secção, a apreciação do tratamento menos favorável não deve ter em conta apenas uma norma específica isolada, desconsiderando o restante. Segundo, uma apreciação abrangente e global implica que alguns elementos desse todo possam ser positivos e outros negativos. Dificilmente uma medida poderá ser considerada exclusivamente favorável em todos os seus elementos. O que conta é o total: globalmente, a medida deixa o grupo protegido em pior situação?

39 — V., por analogia, acórdão de 22 de novembro de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, n.º 64).

40 — V., por exemplo, acórdão de 12 de outubro de 2004, Wippel (C-313/02, EU:C:2004:607).

72. Por último, deve ser tido em conta que o efeito da medida não deve ser confundido com o seu objetivo invocado pelo Governo italiano. A disposição em causa pode, efetivamente, visar a concessão aos jovens que procuram emprego de oportunidades adicionais de entrada no mercado de trabalho. No entanto, o critério para determinar o caráter desvantajoso da medida relativamente a esse grupo de pessoas deverá ser o do efeito, cuja avaliação abrangente envolve não só o acesso ao mercado como também as condições de trabalho e o despedimento.

### 3. Justificação

73. Se o órgão jurisdicional nacional considerar que o artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo consubstancia um tratamento menos favorável no sentido do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2000/78, será necessário determinar se a diferença de tratamento pode ser justificada nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da mesma diretiva. Mais especificamente, daí em diante a apreciação consiste em determinar se a diferença de tratamento pode ser justificada, objetiva e razoavelmente, por um objetivo legítimo (a) e se os meios utilizados para realizar esse objetivo são apropriados e não excedem a medida do necessário para esse efeito (b).

#### a) Objetivo legítimo

74. No caso presente, a identificação do objetivo legítimo prosseguido pelo artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo não está isenta de controvérsia. Conforme refere o órgão jurisdicional de reenvio, o decreto legislativo não contém qualquer referência específica aos objetivos que prossegue através do seu artigo 34.º, n.º 2.

75. Em princípio, o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78 impõe aos Estados-Membros o ónus de demonstrarem a legitimidade do objetivo prosseguido em função de um elevado limiar probatório<sup>41</sup>. Todavia, na falta de uma referência expressa ao objetivo alegadamente subjacente à medida, o Tribunal de Justiça tem admitido alguma flexibilidade quanto à identificação desse objetivo, aceitando o recurso a elementos como o contexto geral da medida em causa<sup>42</sup>.

76. O Governo italiano referiu vários objetivos diferentes que estão subjacentes à medida e que, embora relacionados entre si, não são totalmente coincidentes. Primeiro, a medida em causa está inserida num quadro jurídico que se destina a promover a flexibilidade no mercado de trabalho, com vista a aumentar a taxa de emprego. Segundo, a legislação nacional visa fomentar o acesso dos jovens ao mercado de trabalho. Terceiro, o Governo italiano explicou também na audiência que o objetivo mais específico subjacente à disposição concreta em causa consiste em proporcionar uma primeira oportunidade de emprego, promovendo a aquisição de experiência profissional relevante, inicial e subsequente, no mercado de trabalho, mas não a estabilidade do emprego.

77. A Comissão alegou que esse objetivo podia igualmente ser identificado a partir da «*legge di delega*» (lei de delegação) que esteve na origem do decreto legislativo em apreço, cujo artigo 1.º, n.º 1, faz referência ao objetivo de reforçar «[...] a capacidade de integração profissional dos desempregados e das pessoas à procura do primeiro emprego, muito especialmente as mulheres e os jovens»<sup>43</sup>.

41 — Acórdão de 5 de março de 2009, *Age Concern England* (C-388/07, EU:C:2009:128, n.º 65).

42 — V., por exemplo, acórdãos de 16 de outubro de 2007, *Palacios de la Villa* (C-411/05, EU:C:2007:604, n.ºs 56 e 57); de 5 de março de 2009, *Age Concern England* (C-388/07, EU:C:2009:128, n.º 45); de 12 de janeiro de 2010, *Petersen* (C-341/08, EU:C:2010:4, n.º 40) e de 13 de novembro de 2014, *Vital Pérez* (C-416/13, EU:C:2014:2371, n.º 62).

43 — Lei n.º 30 de 14 de fevereiro de 2003, GURI n.º 47, de 26 de fevereiro de 2003.

78. O artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78 fornece uma enumeração exemplificativa de objetivos legítimos, designadamente a política de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional<sup>44</sup>. O artigo 6.º, n.º 1, alínea a), apresenta expressamente exemplos de diferenças de tratamento legítimas, como «[o] estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho, nomeadamente condições de despedimento e remuneração, para os jovens, os trabalhadores mais velhos e os que têm pessoas a cargo, a fim de favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua proteção».

79. Por conseguinte, é inquestionável que a promoção do emprego constitui um objetivo legítimo, especialmente no que respeita ao emprego dos jovens, que é também um motivo de preocupação para as instituições europeias<sup>45</sup>. O Tribunal de Justiça tem confirmado reiteradamente a legitimidade de objetivos como o incentivo do recrutamento no sentido de promover o acesso dos jovens ao exercício de uma profissão<sup>46</sup> ou a promoção da situação dos jovens no mercado de trabalho, com vista a estimular a sua integração vocacional ou a assegurar a sua proteção<sup>47</sup>.

80. O Tribunal de Justiça reconheceu igualmente que as medidas que visam o favorecimento da flexibilidade do mercado de trabalho podem ser consideradas medidas de política de emprego<sup>48</sup>. A esse respeito, o Tribunal de Justiça decidiu especificamente que as normas nacionais podem conceder e reservar um certo grau de flexibilidade aos empregadores na prossecução de objetivos legítimos de interesse geral em matéria de política de emprego e do mercado de trabalho<sup>49</sup>. Em especial, a facilitação da contratação de jovens trabalhadores através do aumento da flexibilidade na gestão do pessoal constitui um objetivo legítimo<sup>50</sup>.

81. Consequentemente, afigura-se que cada um dos objetivos avançados pelo Governo italiano e pela Comissão possam constituir, em princípio, objetivos legítimos para efeitos do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78.

82. Todavia, o problema concreto do presente caso não consiste na falta de um objetivo legítimo. Pelo contrário, aparentemente existe um número abundante de objetivos invocados pelo Governo italiano, ainda que cada um esteja, de certo modo, orientado para uma direção diferente. As dúvidas que subsistem quanto ao objetivo preciso prosseguido no caso vertente constituem matéria da competência do órgão jurisdicional nacional.

83. A necessidade de identificar claramente um objetivo legítimo específico subjacente à medida é fundamental para a fase seguinte da análise: a apreciação do caráter apropriado, da coerência e da necessidade da medida. Essa apreciação, bem como a análise da proporcionalidade, incide sobre a relação entre os objetivos e os meios. No entanto, a análise do caráter apropriado do meio escolhido

44 — V., nesse sentido, acórdãos de 5 de março de 2009, *Age Concern England* (C-388/07, EU:C:2009:128, n.º 43); de 12 de outubro de 2010, *Rosenblatt* (C-45/09, EU:C:2010:601, n.º 40); e de 13 de setembro de 2011, *Prigge e o.* (C-447/09, EU:C:2011:573, n.º 80).

45 — V. Recomendação do Conselho, de 22 de abril de 2013, relativa ao estabelecimento de uma Garantia para a Juventude (JO 2013, C 120, p. 1). Este instrumento fornece orientações aos Estados-Membros, aos quais recomenda que «[g]arantam que todos os jovens com menos de 25 anos beneficiam de uma boa oferta de emprego, formação permanente, aprendizagem ou estágio no prazo de quatro meses após terem ficado desempregados ou terem terminado o ensino formal» (O sublinhado é meu).

46 — V., por exemplo, acórdãos de 16 de outubro de 2007, *Palacios de la Villa* (C-411/05, EU:C:2007:604, n.º 65); de 12 de janeiro de 2010, *Petersen* (C-341/08, EU:C:2010:4, n.º 68); de 18 de novembro de 2010, *Georgiev* (C-250/09 e C-268/09, EU:C:2010:699, n.º 45); e de 21 de julho de 2011, *Fuchs e Köhler* (C-159/10 e C-160/10, EU:C:2011:508, n.º 49).

47 — Acórdão de 10 de novembro de 2016, *Lange* (C-548/15, EU:C:2016:850, n.º 27).

48 — Acórdão de 11 de abril de 2013, *HK Danmark* (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, n.º 82).

49 — V., nesse sentido, acórdãos de 5 de março de 2009, *Age Concern England* (C-388/07, EU:C:2009:128, n.º 46), e de 21 de julho de 2011, *Fuchs e Köhler* (C-159/10 e C-160/10, EU:C:2011:508, n.º 52).

50 — Acórdão de 19 de janeiro de 2010, *Kücükdeveci* (C-555/07, EU:C:2010:21, n.ºs 35 e 36).

não pode ser efetuada sem a clarificação dos objetivos. Pondo a questão metaforicamente, será difícil saber se estamos no caminho certo se não soubermos para onde nos dirigimos. Por conseguinte, é necessário que o objetivo seja claramente identificado podendo ser prosseguidos vários objetivos simultaneamente<sup>51</sup>.

#### b) Caráter apropriado e necessidade

84. A apreciação do caráter apropriado determina se o meio escolhido é suscetível de realizar o objetivo. A análise da necessidade procura averiguar se existem alternativas menos invasivas do que o meio escolhido. Ambos os tipos de apreciação exigem um conhecimento profundo do panorama legislativo global, como as normas gerais de proteção dos trabalhadores, as normas específicas contra abusos e as normas aplicáveis às condições materiais de trabalho inerentes ao contrato de trabalho intermitente em causa no presente processo. Mais uma vez, em última análise compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar o caráter apropriado e a necessidade da disposição nacional em causa.

85. As considerações que se seguem destinam-se a proporcionar ao órgão jurisdicional de reenvio algumas orientações para essa apreciação, sem prejuízo de uma identificação mais precisa do objetivo subjacente efetuada por esse órgão jurisdicional. Tendo presente este objetivo, examinarei os critérios do caráter apropriado e da necessidade por referência a cada um dos objetivos avançados pelo Governo italiano: o objetivo de promoção da flexibilidade no mercado de trabalho (i); o objetivo de incentivar o acesso dos jovens a esse mercado (ii); e o objetivo de proporcionar a primeira oportunidade de emprego aos jovens (iii).

86. A título de observação introdutória comum à presente secção, cumpre recordar que os Estados-Membros dispõem de uma ampla margem de apreciação nas suas escolhas para prosseguir um determinado objetivo em matéria de política social e de emprego, bem como na definição de medidas suscetíveis de o realizar<sup>52</sup>. No entanto, esta margem de apreciação tem por limite a proibição de esvaziar de substância a aplicação do princípio da não discriminação em razão da idade<sup>53</sup>.

#### i) Objetivo de promoção da flexibilidade no mercado de trabalho

87. O Governo italiano esclareceu que a disposição nacional em causa é um elemento de um quadro legislativo mais amplo que, ao longo da última década, procurou trazer flexibilidade ao mercado de trabalho.

88. Em geral, uma medida que prevê tipos de contratos de trabalho que são menos rígidos na perspetiva dos empregadores pode efetivamente ser considerada, *prima facie*, apropriada para realizar o objetivo de obtenção de maior flexibilidade no mercado de trabalho.

89. Porém, o artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo promove o recurso a um contrato flexível no tocante a determinados grupos etários: pessoas com idade inferior a 25 anos e pessoas com mais de 45 anos. Por conseguinte, seria legítimo perguntar de que modo promover o acesso a uma modalidade contratual flexível exclusivamente em determinados grupos etários prossegue de modo coerente o objetivo geral de flexibilidade no mercado de trabalho. Nesta perspetiva, incumbirá ao órgão jurisdicional nacional avaliar por que motivo uma medida que prossegue um objetivo *geral* de

51 — V., nesse sentido, acórdão de 21 de julho de 2011, Fuchs e Köhler (C-159/10 e C-160/10, EU:C:2011:508, n.ºs 44 a 46 e jurisprudência aí referida).

52 — V., por exemplo, acórdão de 18 de novembro de 2010, Georgiev (C-250/09 e C-268/09, EU:C:2010:699, n.º 50 e jurisprudência aí referida).

53 — V., por exemplo, acórdão de 13 de novembro de 2014, Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371, n.º 67 e jurisprudência aí referida).



incentivo da flexibilidade no mercado de trabalho deve aplicar-se apenas a grupos etários *específicos*. Por outras palavras, se a flexibilidade é um objetivo que abrange a totalidade do mercado de trabalho, não é claro, sem explicações adicionais, por que razão o ónus de realizar esse objetivo deve ser suportado apenas por grupos etários específicos.

90. Além disso, ao examinar se a medida excede o necessário para a realização do objetivo prosseguido, essa disposição deve ser inserida no seu contexto. Haverá que considerar os potenciais efeitos adversos para as pessoas em causa<sup>54</sup>. Por conseguinte, ao apreciar a necessidade da medida por referência ao objetivo de promoção da flexibilidade no mercado de trabalho, o órgão jurisdicional de reenvio terá de avaliar se a medida em causa estabelece um equilíbrio adequado entre o interesse geral de política de emprego e o risco de os jovens trabalhadores serem relegados para as categorias de maior precariedade no mercado de trabalho.

ii) Objetivo de incentivar o acesso dos jovens ao mercado de trabalho

91. O Governo italiano alegou que o acesso mais amplo das pessoas com menos de 25 anos aos contratos de trabalho intermitente visa realizar o objetivo de facilitar o acesso dos jovens ao mercado de trabalho.

92. No entanto, a Comissão considera que este objetivo não é prosseguido de forma coerente, na medida em que os jovens trabalhadores contratados ao abrigo deste regime são despedidos quando completam 25 anos. Esta circunstância anula os efeitos benéficos da medida no tocante ao emprego dos jovens.

93. Tendo em mente a ampla margem de apreciação do legislador nacional neste domínio e não dispondo de dados adicionais, sobretudo dados estatísticos, não é possível, nesta fase, concluir que a medida seja manifestamente inapropriada para realizar o objetivo invocado. Compete ao órgão jurisdicional nacional, dispondo dos elementos de facto adequados, determinar se efetivamente assim é.

94. Todavia, cumpre recordar que «[s]imples afirmações gerais relativas à aptidão de uma medida determinada a participar na política de emprego, do mercado de trabalho ou da formação profissional não bastam para demonstrar que o objetivo dessa medida pode justificar uma exceção ao referido princípio, nem constituem elementos que permitam razoavelmente considerar que os meios escolhidos são aptos à realização desse objetivo»<sup>55</sup>.

95. Em especial, cabe ao juiz nacional apreciar, segundo as normas do direito nacional, o valor probatório dos elementos que lhe são submetidos, os quais podem, nomeadamente, compreender dados estatísticos<sup>56</sup>. A este respeito, é verdade que as opções legislativas no domínio do emprego, em que os Estados-Membros gozam de especial margem de manobra, podem assentar em previsões e considerações de ordem política, sendo ambas suscetíveis de acarretar um certo grau de incerteza<sup>57</sup>. O requisito relativo ao caráter apropriado, imposto pelo artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78 exige, porém, que exista pelo menos uma relação lógica de adequabilidade e de coerência entre o objetivo prosseguido e o meio escolhido.

54 — V., nesse sentido, acórdãos de 6 de dezembro de 2012, Odar (C-152/11, EU:C:2012:772, n.º 65) e de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, n.º 89).

55 — Acórdão de 5 de março de 2009, Age Concern England (C-388/07, EU:C:2009:128, n.º 51).

56 — V., nesse sentido, acórdão de 21 de julho de 2011, Fuchs e Köhler (C-159/10 e C-160/10, EU:C:2011:508, n.º 82).

57 — V., nesse sentido, acórdão de 21 de julho de 2011, Fuchs e Köhler (C-159/10 e C-160/10, EU:C:2011:508, n.º 81).

96. Logo, haverá que determinar se o objetivo de incentivar a contratação dos jovens é prosseguido de forma coerente e sistemática pelo artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo. Em especial, o argumento aduzido pela Comissão no tocante à falta de coerência interna dessa disposição em virtude do despedimento automático aos 25 anos merece uma análise mais aprofundada. Com o apoio de provas adicionais, poderia dizer-se que a disposição em causa, ao invés de procurar uma solução para o problema do desemprego, apenas o desloca: limita-se a adiá-lo para o grupo etário seguinte.

97. Relativamente à necessidade da medida, cumpre igualmente ao órgão jurisdicional nacional analisar alternativas ao despedimento automático que sejam menos invasivas e que possibilitem uma abordagem mais matizada do limite de idade.

### iii) Oportunidade de primeiro emprego

98. Por último, o Governo italiano esclareceu, na audiência, que o objetivo principal e específico da disposição em causa não consiste em promover o acesso dos jovens ao mercado de trabalho com caráter de estabilidade, mas apenas proporcionar-lhes uma primeira oportunidade de acesso a esse mercado. O objetivo não é a entrada dos jovens no mercado de trabalho e a sua manutenção no emprego (permanente), mas sim proporcionar a esses jovens uma primeira experiência que mais tarde os posicionará em melhores condições de concorrer naquele mercado. Dito de outra forma, a disposição nacional impugnada constitui uma primeira etapa anterior ao pleno acesso ao mercado de trabalho. O seu objetivo é a criação de igualdade de possibilidades ou de oportunidades, para que, numa fase subsequente, as pessoas com idade inferior a 25 anos possam efetivamente concorrer com grupos etários de idade superior.

99. À primeira vista, a idade, especialmente abaixo dos 25 anos, pode ser entendida como sinónimo de falta de experiência no mercado de trabalho. O caráter apropriado da medida para prosseguir esse objetivo deve, mais uma vez, ser avaliado de acordo com os elementos probatórios ao dispor do órgão jurisdicional nacional e tendo em conta a margem de apreciação de que goza o legislador nacional.

100. Em especial, o órgão jurisdicional de reenvio terá de considerar o facto de que, não obstante prosseguir o objetivo de proporcionar uma primeira oportunidade de emprego, a disposição em causa não exige que as pessoas às quais se aplica o artigo 34.º, n.º 2, do decreto legislativo não tenham experiência prévia. Com efeito, essa disposição faz apenas referência à idade e não menciona a experiência, a escolaridade ou a formação profissional.

101. Além disso, apesar de o Governo italiano ter afirmado que a disposição em causa não visa criar oportunidades de emprego estável, cumpre referir que o contrato de trabalho intermitente pode também ser celebrado sob a forma de um contrato de trabalho por tempo indeterminado. Cabe ao órgão jurisdicional nacional avaliar a relevância deste facto, em termos de coerência, tendo devidamente em conta a duração possível desse contrato no caso de jovens trabalhadores que tenham atingido a idade ativa de acordo com o direito nacional.

102. Relativamente ao critério da necessidade, haverá que determinar se poderiam ser concebidos outros meios menos onerosos. Em especial, a apreciação da medida deverá ter em conta o facto de a disposição em causa assentar exclusivamente na idade. Compete ao órgão jurisdicional nacional determinar se a medida em causa poderia, razoavelmente, ter realizado o objetivo proposto através de critérios adicionais adequados, tais como o requisito de estar desempregado ou a falta de experiência anterior<sup>58</sup>.

58 — V., nesse sentido, acórdão de 22 de novembro de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, n.ºs 64 e 65).

103. Acresce que o Governo italiano também alegou que o objetivo de proporcionar uma primeira oportunidade de trabalho sem caráter de estabilidade justifica a cessação automática do vínculo laboral aquando do 25.º aniversário. Segundo o Governo italiano, isto permitiria que a medida alcançasse um elevado grau de eficácia, proporcionando a um grande número de pessoas o acesso aos postos de trabalho disponíveis. De acordo com este argumento, o raciocínio subjacente é o da partilha dos postos de trabalho disponíveis: oferecer a cada um uma fatia do bolo.

104. Porém, esta explicação relativa à «partilha do bolo» não se afigura totalmente convincente. Uma pessoa contratada com menos idade pode gozar a sua fatia do bolo durante vários anos, ao passo que aqueles que estejam mais próximos dos 25 anos só dela beneficiarão durante alguns meses. Nesse caso, por que motivo não fixar uma duração máxima do contrato aplicável a cada pessoa, por forma a repartir o «bolo» mais equitativamente? A explicação relativa à «partilha do bolo» torna-se algo circular no tocante ao próprio grupo de pessoas com idade inferior a 25 anos: esse grupo etário é obrigado a partilhar o bolo, enquanto aos outros é servida uma refeição diferente?

105. Em resumo, em matérias sensíveis como o emprego e a política social, assiste aos Estados-Membros uma ampla margem de apreciação, que lhes permite prosseguirem vários objetivos legítimos. Contudo, a prossecução desses objetivos deve revestir um grau razoável de clareza e coerência, expresso nos critérios do caráter apropriado e da necessidade.

## V – Conclusão

106. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão prejudicial da Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália) nos seguintes termos:

«Os artigos 2.º, n.º 2, alínea a), e 6.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal, que prevê que os contratos de trabalho intermitentes podem ser celebrados, em qualquer caso, com trabalhadores de idade inferior a 25 anos, desde que:

- essa legislação prossiga um objetivo legítimo relacionado com a política de emprego e do mercado de trabalho; e
- realize esse objetivo com recurso a meios apropriados e necessários.

Cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar se essas condições estão satisfeitas no presente caso.»