



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MICHAL BOBEK
apresentadas em 5 de setembro de 2018¹

Processo C-258/17

**E.B.
contra
Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo, Áustria)]

«Pedido de decisão prejudicial — Política social — Igualdade de tratamento — Proibição de discriminação em razão da orientação sexual — Relações homossexuais com menores — Sanções disciplinares aplicadas a um polícia funcionário público na sequência da sua condenação em processo-crime — Manutenção dos efeitos da decisão disciplinar»

I. Introdução

1. E.B. (a seguir «recorrente») nasceu em 1942. Em 1974, enquanto trabalhava na polícia austríaca, foi condenado em processo-crime por tentativa de prática de ato homossexual com menores de 14 e 15 anos. Em 1975, relativamente a esses atos, foi-lhe aplicada a sanção disciplinar de aposentação compulsiva da polícia com redução de 25% do seu direito à pensão.

2. A lei austríaca previa, à data, dois crimes diferentes: «abuso sexual de crianças» (prática de atos sexuais com *menores de 14 anos*); e «atos sexuais com adolescentes» (prática de atos homossexuais *por pessoa de género masculino com quem não tenha completado 18 anos de idade*). Em 2002, este último crime foi considerado uma discriminação injustificada em razão da orientação sexual e a disposição que o previa foi revogada.

3. No processo principal, o recorrente contesta essencialmente o facto de continuar a receber uma pensão reduzida, baseando-se no facto de o crime pelo qual foi julgado e de a sanção disciplinar que lhe foi aplicada constituírem uma discriminação em razão da orientação sexual.

4. Tendo em conta este contexto jurídico e factual, o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo, Áustria) pretende saber se a redução da pensão do recorrente é compatível com a proibição de discriminação em razão da orientação sexual ao abrigo do artigo 2.º da Diretiva 2000/78/CE², apesar de a decisão disciplinar original se ter tornado definitiva antes da entrada em vigor dessa diretiva. O órgão jurisdicional de reenvio submete também uma série de questões sobre como, e a partir de quando, a discriminação teria eventualmente de ser corrigida.

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).

II. Quadro jurídico

A. *Direito da União*

5. A orientação sexual é nomeadamente referida no artigo 1.º da Diretiva 2000/78 como um motivo de discriminação proibido.

6. O artigo 2.º, n.º 1 e n.º 2, alínea a), o artigo 3.º, n.º 1, alínea c), e o artigo 17.º da Diretiva 2000/78 dispõem:

«Artigo 2.º

Conceito de discriminação

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;

[...]

Artigo 3.º

Âmbito de aplicação

1. Dentro dos limites das competências atribuídas à Comunidade, a presente diretiva é aplicável a todas as pessoas, tanto no setor público como no privado, incluindo os organismos públicos, no que diz respeito:

[...]

c) Às condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento e a remuneração;

[...]

Artigo 17.º

Sanções

Os Estados-Membros determinam o regime de sanções aplicável às violações das disposições nacionais aprovadas em execução da presente diretiva, e adotam as medidas necessárias para assegurar a aplicação dessas disposições. As sanções, em que se pode incluir o pagamento de indemnizações à vítima, devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas. Os Estados-Membros notificam a Comissão de tais disposições o mais tardar em 2 de dezembro de 2003, e notificá-la-ão o mais rapidamente possível de qualquer posterior alteração às mesmas.»

7. A primeira frase do artigo 18.º prevê que a diretiva deve, em princípio, ser transposta para o direito nacional até 2 de dezembro de 2003.

B. Legislação nacional

1. Direito penal

8. Em 25 de fevereiro de 1974, eram aplicáveis os §§ 128 e 129 da Strafgesetz (Lei Penal, a seguir «StG») na redação que lhes foi dada pela Bundesgesetz publicada no BGBl. n.º 273/1971 (a seguir «Lei federal de 1971»). As referidas disposições dispunham o seguinte:

«Abuso sexual de crianças

§ 128

Quem abusar sexualmente de um rapaz ou de uma rapariga menor de 14 anos para satisfazer os seus desejos sexuais de uma forma que diverge daquela que consta do § 127 comete o crime de abuso sexual de crianças, sendo punido com pena de prisão de um a cinco anos, ou até dez anos, caso se verificarem circunstâncias agravantes, e até vinte anos caso se verifique uma das consequências referidas no § 126.

Atos homossexuais com adolescentes

[...]

§ 129

São também punidos os seguintes atos homossexuais com adolescentes:

I. Atos homossexuais praticados por pessoa do género masculino que tenha completado 18 anos de idade com uma pessoa que ainda não tenha completado 18 anos de idade.»

9. Assim sendo, as normas acima referidas previam diferentes idades para o consentimento, consoante estivessem em causa, respetivamente, atos homossexuais por pessoa do género masculino (18 anos) e atos heterossexuais ou lésbicos (14 anos).

10. O mesmo se verificava no regime jurídico instituído pelos §§ 207 e 209 do Strafgesetzbuch (Código Penal, a seguir «StGB») que entraram em vigor em 1 de janeiro de 1975.

11. Por Acórdão de 21 de junho de 2002³, o Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional, Áustria) declarou o § 209 do StGB (correspondente ao § 129 I da StG) inconstitucional. A referida disposição foi revogada a partir de 28 de fevereiro de 2003.

12. Com a entrada em vigor, em 13 de agosto de 2002, da versão do StGB na redação que lhe foi dada pela Bundesgesetz, publicada no BGBl I n.º 134/2002 (a seguir «Lei Federal n.º 134/2002»), o legislador austríaco revogou o § 209 do StGB, antes de a revogação ordenada pelo Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) produzir efeitos.

13. A Áustria foi condenada em vários acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») relativos à aplicação do § 209 do StGB (anteriormente à revogação da referida disposição). No processo L. e V c. Áustria, o TEDH entendeu, no essencial, que o § 209 do StGB violava os artigos 8.º e 14.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das

³ Acórdão do VfGH de 21 de junho de 2002, G 6/02, AT:VFGH:2002:G6.2002.

Liberdades Fundamentais (a seguir «CEDH»), na medida em que não tinha sido apresentada uma justificação adequada para a diferença de idade de consentimento aplicável à prática de atos homossexuais com homens adultos, por um lado, e de atos heterossexuais ou lésbicos com adultos, por outro⁴.

2. Direito dos funcionários públicos

14. Ao abrigo do § 13, n.º 1, da Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 (Lei relativa ao estatuto dos funcionários públicos de 1979, a seguir «BDG 1979»), na redação que lhe foi dada pela Bundesgesetz, publicada no BGBl. I n.º 119/2002 (a seguir «Lei Federal n.º 119/2002»), até 30 de dezembro de 2016, os funcionários públicos reformavam-se no fim do ano em que atingiam os 65 anos de idade.

15. No caso do recorrente, nascido em 1942, esta situação — caso não tivesse sido punido disciplinarmente — ter-se-ia verificado em 1 de janeiro de 2008. À data, as principais disposições aplicáveis à avaliação das pensões constavam da Pensionsgesetz (PG) 1965 (Lei em matéria de pensões de 1965), na redação que lhes foi dada pela Bundesgesetz publicada no BGBl. I n.º 53/2007 (a seguir «Lei Federal de 2007»). Esses artigos previam o modo de cálculo das pensões, incluindo a tomada em consideração da data de entrada em serviço e a antiguidade no serviço.

3. Regulamento do Serviço de Polícia

16. Em 10 de junho de 1975, foi adotada uma decisão disciplinar contra o recorrente com base no Dienstpragmatik (Regulamento do Serviço de Polícia, RGPB n.º 15/1914) (a seguir «DP»), em vigor à data. Os artigos 24.º e 87.º do DP tinham a seguinte redação:

«Comportamento

Artigo 24.º

1) Um funcionário público deve, tanto em serviço como fora dele, preservar a reputação da profissão, agir sempre em conformidade com as exigências decorrentes das normas de conduta e evitar comprometer o respeito e a confiança que a sua posição exige.

[...]

Sanções disciplinares

Artigo 87.º

Sem prejuízo do apuramento da sua responsabilidade penal, os funcionários que não cumprirem as suas obrigações profissionais e oficiais estão sujeitos a sanções administrativas ou disciplinares, consoante o referido incumprimento constitua uma simples violação das regras administrativas ou, tendo em conta o prejuízo ou a violação dos interesses do Estado, a natureza ou a gravidade da infração, e a reincidência ou outras circunstâncias agravantes, tal incumprimento constitua uma violação das obrigações de serviço.»

III. Factos, tramitação processual e questões prejudiciais

17. O recorrente, nascido em 1 de janeiro de 1942, está reformado.

⁴ TEDH, 9 de janeiro de 2003, L. e V. c. Áustria (CE:ECHR:2003:0109JUD003939298); v., igualmente, TEDH, 9 de janeiro de 2003, S. L. c. Áustria (CE:ECHR:2003:0109JUD004533099), e 21 de outubro de 2004, Woditschka e Wilfling c. Áustria (CE:ECHR:2004:1021JUD006975601).

18. Por Sentença de 10 de setembro de 1974, o recorrente, que à data era polícia, foi condenado ao abrigo do § 129 I da StG por tentativa de prática de atos homossexuais com adolescentes. Foi aplicada ao recorrente uma pena de prisão de três meses, suspensa por três anos, tendo sido negado provimento ao recurso por ele interposto da decisão de primeira instância.

19. Por Decisão de 10 de junho de 1975 da Comissão Disciplinar da Bundespolizeidirektion Wien (Direção da polícia federal de Viena, Áustria), o recorrente foi declarado culpado de:

«violação dos deveres profissionais [(§ 24, n.º 1, do DP)] por, na noite de 25 de fevereiro de 1974, no parque Prater, em Viena, enquanto estava em serviço, ter solicitado a W, de 15 anos, e a H, de 14 anos, que o masturbassem, tendo sido condenado por tentativa de prática do crime de atos homossexuais com adolescentes, nos termos dos §§ 8 e 129 I da StG.

Por essa razão, cometeu uma infração disciplinar (§ 87 do DP). Esta Comissão aplica por conseguinte a sanção disciplinar de aposentação compulsiva com pensão reduzida, fixando-se em 25% a redução da pensão de reforma normal [nos termos do § 93, n.º 1, alínea d), em conjugação com o § 97, n.º 1, do DP].»

20. O recorrente reclamou desta decisão, tendo a sua reclamação sido indeferida por Decisão de 24 de março de 1976. Por conseguinte, o recorrente aposentou-se compulsivamente com efeitos a partir de 1 de abril de 1976.

21. Por Decisão de 17 de maio de 1976, a pensão de reforma a que o recorrente tinha direito foi calculada com base na sua aposentação compulsiva com efeitos a partir de 1 de abril de 1976 e atendendo à redução de 25% aplicada pela autoridade disciplinar.

22. Na audiência de alegações, foi confirmado que o recorrente passou a receber uma pensão reduzida a partir dessa data.

23. Tal como acima descrito nos n.ºs 11 e 12, por Decisão do Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional) de 21 de junho de 2002, o § 209 do StGB (correspondente ao § 129 I da StG) foi declarado inconstitucional e revogado pelo legislador austríaco no fim desse ano.

24. Por requerimento de 2 de junho de 2008, o recorrente solicitou à autoridade disciplinar, nomeadamente, a anulação da Decisão disciplinar de 10 de junho de 1975 e a suspensão do procedimento disciplinar que tinha sido instaurado contra ele, bem como, a título subsidiário, a declaração de extinção dos efeitos jurídicos da referida decisão disciplinar a partir de 21 de junho de 2002. Requereu, além disso, o pagamento das remunerações relativas a períodos específicos de serviço e, a título subsidiário, alegou que a sua pensão de reforma não devia ter sido objeto de redução de 21 de junho de 2002 em diante.

25. Os pedidos em causa foram indeferidos.

26. Em 11 de fevereiro de 2009, o recorrente submeteu um pedido de cálculo e de pagamento retroativo de remunerações e direitos à pensão mais elevados à autoridade responsável pela função pública e pensões. Alegou, no essencial, que, para evitar uma discriminação (continuada), devia ser tratado, em matéria de remuneração e pensão, como se tivesse permanecido em serviço até atingir a idade da reforma. A título subsidiário, alegou que teria direito, pelo menos, à pensão de reforma completa, sem a redução de 25%.

27. Os pedidos em causa foram indeferidos e foi negado provimento ao recurso que o recorrente interpôs desta decisão para o Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal, Áustria). O recorrente interpôs um recurso extraordinário para apreciação de questão de direito no Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo), órgão jurisdicional de reenvio no presente processo.

28. No seu pedido de decisão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio entende que, após a transposição da Diretiva 2000/78 para o direito austríaco, já não teria sido possível uma decisão que aplicasse uma sanção disciplinar como a que foi adotada em relação ao recorrente. Na falta de (novas) razões justificativas para a existência de uma idade de consentimento diferente para atos homossexuais com adultos do sexo masculino, por um lado, e atos heterossexuais e lésbicos com adultos, por outro, não seria admissível prever uma diferenciação, mesmo para efeitos do direito disciplinar, entre, por um lado, a solicitação de um menor para a prática de atos homossexuais por um adulto do sexo masculino e, por outro, a solicitação para a prática de atos heterossexuais e lésbicos por um adulto.

29. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, não há qualquer dúvida de que a decisão disciplinar em causa se fundou numa distinção deste tipo, sendo o seu principal fundamento o facto de o comportamento de que o recorrente era acusado constituir (à data) um crime punido por lei. Embora não seja de excluir que a incitação à prática de atos heterossexuais ou lésbicos também teria sido interpretada como uma violação dos deveres profissionais, a eventual condenação disciplinar, caso não estivessem reunidos os elementos constitutivos da infração prevista no § 129 I da StG, teria sido «consideravelmente menos pesada».

30. À luz destas considerações, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre as consequências da entrada em vigor da Diretiva 2000/78 e da proibição de discriminação em razão da orientação sexual no que respeita ao pagamento da pensão de reforma ao recorrente. O Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo) decidiu suspender a instância e submeter as seguintes questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça:

- «1) O artigo 2.º da [Diretiva 2000/78] opõe-se à manutenção dos efeitos jurídicos de uma decisão administrativa definitiva nos termos do direito nacional no domínio da legislação aplicável aos funcionários públicos em matéria disciplinar (decisão disciplinar), nos termos da qual se decretou a passagem à reforma do funcionário público com a correspondente redução da pensão de reforma quando, à data da adoção da referida decisão administrativa, esta ainda não estava sujeita às disposições do direito da União, em particular a diretiva em causa, [mas] uma (hipotética) decisão análoga seria contrária à diretiva caso tivesse sido adotada no âmbito de aplicação temporal da mesma?
- 2) Em caso de resposta afirmativa, para que se crie uma situação não discriminatória,
 - a) é necessário que, nos termos do direito da União, para os efeitos do cálculo do montante da sua pensão de reforma, se considere que o funcionário público se encontrava a exercer a sua atividade, e não a gozar a sua reforma, entre a entrada em vigor da decisão administrativa e a sua idade legal de reforma, ou
 - b) é suficiente neste âmbito que se reconheça como devida a pensão de reforma não sujeita a redução expectável na sequência da passagem à reforma no período referido na decisão administrativa?
- 3) A resposta à segunda questão depende do facto de o funcionário público ter de facto procurado ativamente iniciar uma atividade na Administração federal antes de atingir a idade de reforma?

- 4) Caso se considere que uma anulação da redução percentual da pensão de reforma é suficiente (o que dependerá também das circunstâncias referidas na terceira questão):

a proibição de discriminação prevista na diretiva pode fundamentar um primado da sua aplicação sobre o direito nacional contrário[,] vinculativo para o juiz nacional no âmbito do cálculo do montante da pensão de reforma[,] também [relativamente aos] períodos de referência anteriores à aplicabilidade direta da diretiva no direito nacional?

- 5) Em caso de resposta afirmativa à quarta questão: a que período se refere uma “retroatividade” deste tipo?»

31. O recorrente, os Governos austríaco e italiano e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. Com exceção do Governo italiano, os interessados apresentaram igualmente alegações na audiência realizada em 29 de maio de 2018.

IV. Apreciação

32. Pode uma norma jurídica nova ser invocada para contestar as repercussões continuadas de uma decisão administrativa que foi adotada e que se tornou definitiva antes da entrada em vigor da referida norma jurídica nova? Esta é a questão fundamental suscitada pelo órgão jurisdicional de reenvio na sua primeira questão.

33. Em circunstâncias como as do processo principal, considero que a resposta é negativa.

34. Tendo em conta a minha proposta de resposta à primeira questão (v. *infra*, secção A), as restantes questões não carecem de resposta. No entanto, caso o Tribunal de Justiça chegue a uma conclusão diferente, abordarei igualmente, de forma sucinta, as problemáticas que estas questões suscitam (secções B e C), bem como a relevância do artigo 157.º TFUE (ex-artigo 141.º CE) para o caso em apreço. Esta última disposição não consta das questões do órgão jurisdicional de reenvio, mas foi invocada pelo recorrente (secção D).

A. Primeira questão prejudicial

35. Se uma decisão administrativa que envolve uma discriminação em razão da orientação sexual e que conduz a uma redução dos direitos à pensão se tornar definitiva antes de a discriminação em causa ser proibida ao abrigo da Diretiva 2000/78, a manutenção da referida redução dos direitos à pensão é proibida a partir do momento em que a referida diretiva entrar em vigor? É este o cerne da primeira questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio.

36. De acordo com o despacho de reenvio, a primeira questão não diz respeito à validade da decisão de aposentação compulsiva do recorrente e de redução dos seus direitos à pensão. Tal questão foi suscitada na década de 70, e foi novamente suscitada pelo recorrente (sem sucesso) depois da revogação da disposição de direito penal controvertida.

37. Ao invés, na medida em que a decisão administrativa implicou uma discriminação, a primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio visa saber se *manter os efeitos* desta decisão no que respeita à *atual redução de direitos à pensão* é contrário à Diretiva 2000/78.

38. Em resposta a esta questão, começarei por recordar a abordagem geral do Tribunal de Justiça quanto à aplicação no tempo de normas jurídicas novas a efeitos continuados de situações preexistentes (secção 1). Em seguida, debruçar-me-ei sobre a abordagem adotada pelo Tribunal de Justiça especificamente em casos relativos a pensões (secção 2). A seguir, descreverei a jurisprudência em matéria de relações continuadas (secção 3) e a extensão do dever de reapreciação de decisões anteriores (secção 4). Por último, aplicarei tais conclusões ao presente caso (secção 5).

39. No entanto, antes de abordar estas questões, importa fazer duas observações preliminares.

40. Em primeiro lugar, parece pacífico que, *nos dias de hoje*, não seria aceitável a diferença de tratamento *penal* conferido às relações sexuais com menores em função da sua natureza homossexual ou heterossexual prevista na legislação austríaca em 1974. Logicamente, o mesmo raciocínio também seria válido para as referências à sexualidade do recorrente que constavam da fundamentação da decisão *disciplinar*. Nenhuma destas conclusões foi contestada pelo Governo austríaco. Não obstante, e sem que tenha sido contestado a este respeito, o Governo austríaco afirmou que tanto a legislação penal como as sanções disciplinares eram perfeitamente legais ao abrigo do direito austríaco vigente em 1974 e 1975. Este Governo também sugeriu que as mesmas estavam em conformidade com os padrões europeus prevaletentes à data, que entretanto evoluíram.

41. Em segundo lugar, no contexto do presente processo, é muito pouco clara a exata relação entre as sanções penais e as sanções disciplinares no processo principal. Em especial, a questão de saber se uma sanção disciplinar (de uma certa gravidade) é ou não uma consequência necessária de uma condenação em processo-crime foi objeto de aprofundada discussão quer nas observações escritas quer na audiência. Por um lado, ao contrário do que acontecia no código penal, as normas de direito disciplinar (enquadradas de forma algo genérica⁵) aplicáveis aos funcionários públicos não distinguiam formalmente os comportamentos em função da sua natureza homossexual ou heterossexual. Por outro lado, no seu despacho de reenvio, o órgão jurisdicional de reenvio indicou que, se não tivesse havido condenação em processo-crime, as medidas disciplinares aplicadas teriam sido «incomparavelmente mais moderadas».

42. Em resposta a questões relativas à exata relação entre as sanções penais e disciplinares, o Governo austríaco afirmou que em 1974 uma condenação de um polícia em processo-crime, já transitada em julgado, não era necessariamente *suficiente* para conduzir à cessação automática de funções⁶. De igual modo, tal condenação também não era *necessária* para efeitos da aplicação de sanções disciplinares. Em 1974, exigia-se dos polícias austríacos uma atuação em conformidade com os mais elevados padrões, em serviço ou fora dele. Assim, o facto de certos comportamentos não estarem sujeitos uma sanção penal (ou não serem sequer tipificados como crime) não significa que os mesmos fossem irrelevantes para efeitos do direito disciplinar. A este respeito, o Governo austríaco, sem que tenha sido contestado, defendeu que, de *forma totalmente independente* da orientação sexual, é pouco provável que o aliciamento de menores de 14 e 15 anos num parque público por parte de um polícia com 32 anos fosse considerado um comportamento adequado. O órgão jurisdicional de reenvio confirmou que, efetivamente, se fosse praticado por heterossexuais, esse mesmo aliciamento de menores em parques públicos poderia ter sido interpretado como uma violação dos deveres profissionais, passível, à época, de processo disciplinar.

43. Partindo destas afirmações, chego a uma conclusão com duas vertentes. Em primeiro lugar, entendo que, por definição, *a mera existência* de uma condenação de um polícia em processo-crime, já transitada em julgado, não podia deixar de ser encarada como um incumprimento das suas obrigações profissionais. É evidente que os padrões de comportamento aplicáveis aos polícias estão

⁵ Artigo 24.º do DP, acima citado no n.º 16 das presentes conclusões.

⁶ Ao abrigo das normas de direito nacional atualmente em vigor, a condenação em processo penal transitada em julgado de um funcionário público tem como consequência automática a cessação *ex lege* da relação de trabalho, sem que seja necessária uma decisão disciplinar a esse respeito.

fixados num nível mais elevado do que a mera circunstância de estes «não praticarem crimes». Neste sentido, é portanto bastante lógico que a condenação em processo-crime tivesse, por definição, repercussões diretas no leque de possíveis sanções, tornando-as «(in)comparavelmente mais graves» do que nos casos em que não existia condenação em processo-crime⁷. Em segundo lugar, também me parece que, além desta consequência unilateral (a condenação em processo-crime conduzir a uma sanção disciplinar), para efeitos de fixação da gravidade da sanção disciplinar, a condenação em processo-crime *não constituía um requisito* da adoção daquela sanção.

1. Aplicação ratione temporis das novas disposições

a) Abordagem geral

44. De acordo com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma norma nova, em princípio, é imediatamente aplicável aos «efeitos futuros de uma situação nascida na vigência da norma anterior», não podendo o princípio da proteção da confiança legítima ser alargado ao ponto de impedir, «de uma forma genérica, a aplicação da nova norma aos efeitos futuros de situações nascidas na vigência da norma anterior»⁸.

45. No entanto, para garantir o respeito dos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, as regras de direito substantivo da União devem ser interpretadas no sentido de que se referem a «situações adquiridas anteriormente à sua entrada em vigor» apenas na medida em que «resulte claramente dos seus próprios termos, da sua finalidade ou da sua economia que tal efeito lhes deve ser atribuído»⁹.

46. De acordo com outra formulação utilizada pelo Tribunal de Justiça, embora uma norma jurídica nova «não seja aplicável às situações jurídicas criadas e definitivamente adquiridas ao abrigo da lei anterior, é aplicável aos efeitos futuros das mesmas e às situações jurídicas novas. Só assim não será, sem prejuízo do princípio da não retroatividade dos atos jurídicos, se a norma nova for acompanhada de disposições especiais que determinem especialmente as respetivas regras de aplicação no tempo»¹⁰.

47. A regra geral decorrente destes casos pode assim ser descrita do seguinte modo: i) inaplicabilidade da norma nova a «situações definitivas», que tenham sido criadas e adquiridas na vigência da norma anterior, e ii) aplicação da norma jurídica nova aos efeitos futuros de «situações existentes», que produzem efeitos continuados. Além disso, a tomada em consideração de factos ocorridos no passado para efeitos de uma reapreciação jurídica ao abrigo de normas jurídicas novas só deverá ocorrer se tal reapreciação estiver expressamente prevista ou se a natureza ou estrutura das normas jurídicas novas a tornar necessária.

48. A mesma abordagem reflete-se igualmente no contexto da adesão de um novo Estado-Membro à União¹¹, tanto no que respeita à aplicação no plano nacional de (novas) regras da União como no que respeita à competência do Tribunal de Justiça em matéria de decisões prejudiciais para responder a questões relativas a tais situações. Factos ocorridos no passado (ou seja, anteriores à adesão) podem ser levados em consideração se forem relevantes e se for necessária uma (nova) apreciação dos

⁷ Como, de facto, já resultava implicitamente da letra do artigo 87.º do DP, então aplicável (v., *supra*, n.º 16).

⁸ V., por exemplo, Acórdãos de 16 de maio de 1979, Tomadini (84/78, EU:C:1979:129, n.º 21), e de 6 de outubro de 2015, Comissão/Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647, n.º 49).

⁹ Acórdão de 6 de outubro de 2015, Comissão/Andersen (C-303/13 P, EU:C:2015:647, n.º 50).

¹⁰ Acórdão de 26 de março de 2015, Comissão/Moravia Gas Storage (C-596/13 P, EU:C:2015:203, n.º 32).

¹¹ Que, de certa forma, não difere, em princípio, mas apenas em escala (toda a ordem jurídica é, na prática, «alterada»).

mesmos no processo de aplicação da(s) nova(s) lei(s) pós-adesão¹². Assim sendo, por exemplo, não cabia ao Tribunal de Justiça reapreciar do ponto de vista substantivo, após a adesão, a questão de saber se as cláusulas de um contrato celebrado com um consumidor eram ou não abusivas, mesmo que, na prática, o contrato estivesse a ser executado após a adesão¹³. Em contrapartida, o Tribunal de Justiça declarou-se competente para verificar se uma legislação nacional que impunha um limite máximo para o montante dos juros de mora relativos a um negócio jurídico celebrado muito antes da adesão, mas cujos efeitos eram continuados (bem como o cálculo da sua última prestação) após a adesão, era compatível com o direito da União¹⁴.

b) Acórdão Ciola

49. Nos seus articulados e alegações orais, o recorrente e a Comissão basearam-se em grande medida no acórdão do Tribunal de Justiça no processo Ciola¹⁵. Esse acórdão deve efetivamente ser detalhadamente analisado uma vez que demonstra como é que as orientações gerais traçadas na secção anterior se aplicam num caso concreto.

50. A data mágica no processo Ciola era 1 de janeiro de 1995, data em que a Áustria aderiu às Comunidades Europeias. À data, com exceção de algumas derrogações expressas, o direito comunitário, incluindo as regras em matéria de livre circulação, entrou em vigor na íntegra e passou a ser imediatamente aplicável nesse novo Estado-Membro.

51. A sociedade de E. Ciola era proprietária e dava em locação 200 lugares de amarração para barcos de recreio, situados na parte austríaca do lago Constança. Uma decisão administrativa datada de 1990 previa que podiam ser dados em locação, no máximo, 60 lugares de amarração a residentes estrangeiros¹⁶. Era obrigatória a elaboração anual de uma lista dos lugares de amarração atribuídos a residentes estrangeiros¹⁷.

52. Em julho de 1996 (18 meses após a adesão), foi tomada uma nova decisão administrativa individual na qual a empresa em causa era acusada de ter excedido a quota de locação de 60 lugares de amarração a estrangeiros residentes em janeiro e maio de 1995. Foi aplicada uma coima a E. Ciola por cada uma dessas infrações com base na decisão administrativa de 1990¹⁸. E. Ciola recorreu da decisão de aplicação da coima de 1996. O processo foi submetido ao Tribunal de Justiça, tendo o órgão jurisdicional de reenvio, na segunda questão que submeteu, levantado expressamente a questão do âmbito de aplicação temporal da referida proibição, dado que a decisão administrativa original se tinha tornado definitiva antes da adesão.

53. O Tribunal de Justiça começou por confirmar que a quota de lugares de amarração aplicável a estrangeiros residentes era incompatível com as regras em matéria de livre circulação de serviços. No entanto, o Tribunal de Justiça acrescentou que «o litígio não diz respeito ao destino do próprio ato administrativo, neste caso, a decisão de 9 de agosto de 1990, mas à questão de saber se esse ato deve

12 V., por exemplo, Acórdãos de 14 de junho de 2007, Telefónica O2 Czech Republic (C-64/06, EU:C:2007:348) (processo pendente à data da adesão, decisão pós-adesão); de 22 de dezembro de 2010, Bezpečnostní softwarová asociace (C-393/09, EU:C:2010:816, n.º 22 a 27) (pedido de autorização pré-adesão, decisão nova adotada pós-adesão); de 24 de novembro de 2011, Circul Globus București (C-283/10, EU:C:2011:772, n.º 29) (contrato de cessão pré-adesão, alegada violação dos direitos de propriedade intelectual pós-adesão); de 12 de setembro de 2013, Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, n.º 30) (contrato de trabalho pré-adesão, reforma pós-adesão); e de 3 de setembro de 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, n.º 21 a 24) (acidente de trabalho pré-adesão, ato jurídico conexo impugnado pós-adesão).

13 Acórdão de 10 de janeiro de 2006, Ynos (C-302/04, EU:C:2006:9).

14 Acórdão de 15 de dezembro de 2016, Nemec (C-256/15, EU:C:2016:954).

15 Acórdão de 29 de abril de 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212).

16 Acórdão de 29 de abril de 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, n.º 3 e 4).

17 Conclusões do advogado-geral J. Mischo no processo Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, n.º 5).

18 Acórdão de 29 de abril de 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, n.º 8; Conclusões do advogado-geral J. Mischo no processo Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, n.º 6).

ser afastado, *no quadro da apreciação [da validade] de uma sanção* [aplicada depois da data da adesão] por não respeito de uma obrigação dele decorrente, em virtude da sua incompatibilidade com o princípio da livre prestação de serviços»¹⁹. O Tribunal de Justiça concluiu que tal ato devia ser afastado.

54. No caso em apreço, o recorrente cita o Acórdão Ciola para alegar que quem sentir os efeitos negativos de uma decisão administrativa tem o direito de obter a neutralização de tais efeitos caso, hipoteticamente, a decisão administrativa *fosse* incompatível com o novo regime jurídico, se tivesse sido adotada após a entrada em vigor tais normas novas.

55. No entanto, esta conclusão não resulta do Acórdão Ciola. No processo Ciola o recorrente contestava a *validade de uma coima* aplicada por decisão *posterior à entrada em vigor* das normas sobre livre circulação na Áustria. Além disso, a coima foi aplicada *por atos praticados* pela sociedade de E. Ciola — locação de lugares de amarração em janeiro e maio de 1995 — que eram, *eles próprios*, posteriores à data da adesão.

56. Assim sendo, é bastante claro que no caso do Acórdão Ciola estava em causa a aplicação de uma lei nova posterior à adesão e que, logicamente, a referida aplicação era necessária para efeitos da apreciação de uma situação nova. Factos pós-adesão (locação de lugares de amarração) deviam ser apreciados e enquadrados na nova legislação pós-adesão (legislação nacional prospetivamente adaptada para respeitar as normas da União que tinham recentemente entrado em vigor). Além disso, não houve manifestamente qualquer «neutralização» dos efeitos (passados) da decisão, no sentido sugerido pelo recorrente. O Tribunal de Justiça não precisou que esta decisão devia ser revista ou que devia ser paga qualquer compensação pela sua adoção no passado. Pelo contrário, apenas impôs que essa antiga decisão, que passou a ser incompatível com as novas leis posteriores a 1995, deixasse de ser aplicada, após a adesão, no contexto da aplicação de sanções administrativas.

2. *Jurisprudência específica sobre pensões*

57. A abordagem geral esboçada na secção anterior também é aplicável no contexto da Diretiva 2000/78 e dos regimes de pensões²⁰. Todavia, não é evidente *como* é que essas normas se aplicam a casos individuais. As especificidades dos regimes de pensões não podem ser ignoradas. Os direitos são acumulados e as pensões são pagas durante décadas, período durante o qual a legislação pode mudar significativamente. Esta questão é ainda mais sensível pelo facto de tais litígios em matéria de pensões poderem implicar elevados montantes em dinheiro para o indivíduo e, consequentemente, para os fundos de pensão públicos e privados.

58. Esta é, de facto, uma característica importante que pode ser observada nos acórdãos analisados na presente secção em matéria de pensões. A grande maioria destes processos diz respeito a decisões relativas a pensões que foram adotadas *depois* de terem entrado em vigor normas novas.

a) *Factos anteriores, legislação nova e necessidade de uma nova decisão*

59. Em muitos acórdãos que dizem especificamente respeito a pensões, o Tribunal de Justiça confirmou que na determinação do direito à pensão devem ser tidos em conta factos anteriores à entrada em vigor das normas novas que proíbem a discriminação (em especial, períodos de serviço).

19 Acórdão de 29 de abril de 1999, Ciola (C-224/97, EU:C:1999:212, n.ºs 25 e 34); o sublinhado é meu. V., igualmente, Conclusões do advogado-geral J. Mischo no processo Ciola (C-224/97, EU:C:1998:598, n.ºs 40 a 43).

20 Acórdãos de 1 de abril de 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179), e de 10 de maio de 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286). Certos regimes de pensões estão, no entanto, excluídos do âmbito de aplicação da Diretiva 2000/78, por força do seu artigo 3.º, n.º 3.

60. Assim, por exemplo, os processos Bruno e o. e O'Brien²¹ diziam respeito à igualdade de tratamento entre trabalhadores a tempo parcial e a tempo inteiro, prevista na Diretiva 97/81/CE²². Nesses processos, o Tribunal de Justiça decidiu que, ao determinar o direito à pensão de um trabalhador, devem ser tidos em consideração os períodos de trabalho a tempo parcial anteriores à entrada em vigor daquela diretiva²³. Nos Acórdãos Bruno e o. e O'Brien o direito à pensão devia ser determinado *depois* da entrada em vigor da diretiva²⁴.

61. Tal era igualmente o caso no processo Barber²⁵ e no processo Ten Oever²⁶, nos quais estava em causa uma alegada discriminação em razão do sexo, em violação do artigo 119.º CE. Nesses casos, o direito à pensão foi determinado *depois* da entrada em vigor do artigo 119.º CEE²⁷.

62. No processo Maruko²⁸, discutia-se a recusa do direito a uma pensão de sobrevivência com base numa alegada discriminação em razão da orientação sexual, em violação da Diretiva 2000/78. No processo Ten Oever²⁹, o facto relevante e a adoção de uma nova decisão (morte do parceiro e decisão de recusa da pensão de sobrevivência) ocorreram *após o termo do prazo* de transposição³⁰.

63. Os processos Kauer e Duchon implicaram uma discriminação em razão da nacionalidade³¹. Nesses processos os requerentes apresentaram um pedido de pensão na Áustria *depois* da adesão e pediram que alguns factos ocorridos noutros Estados-Membros e anteriores à adesão fossem tomados em consideração (no processo Kauer, períodos consagrados à educação dos filhos na Bélgica e no processo Duchon, um acidente de trabalho na Alemanha conducente à invalidez).

64. Em resumo, todos os processos relativos a pensões, acima referidos, envolvem situações em que são tidos em conta factos anteriores à nova lei, aquando da adoção de uma decisão *posterior* à nova lei. Tal corresponde na perfeição à tendência da jurisprudência geral acima referida: uma situação de facto atual que deve ser juridicamente reapreciada na sequência da entrada em vigor de uma nova legislação. Em tais situações, é inteiramente lógico, em especial no contexto da segurança social, que todos os elementos factuais pertinentes, anteriores à lei nova, sejam tidos em conta.

65. Por esse motivo, na minha opinião, esta jurisprudência não é transponível para o presente processo no qual os factos, o direito aplicável e a própria decisão administrativa são anteriores à nova lei. Os únicos factos posteriores à lei nova são os pagamentos mensais da pensão ao recorrente.

21 Acórdãos de 10 de junho de 2010, Bruno e o. (C-395/08 e C-396/08, EU:C:2010:329), e de 1 de março de 2012, O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110).

22 Diretiva do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES — Anexo: Acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial (JO 1998, L 14, p. 9).

23 Acórdãos de 10 de junho de 2010, Bruno e o. (C-395/08 e C-396/08, EU:C:2010:329, n.º 55), e de 1 de março de 2012, O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, n.ºs 24 e 25).

24 No processo O'Brien, em 2005. No que respeita ao Acórdão Bruno e o., ainda que o Tribunal de Justiça não o confirme expressamente, o facto de nenhum dos recorrentes se ter reformado está implícito no n.º 12 do acórdão. Nas Conclusões que apresentou no processo Bruno e o., a advogada-geral E. Sharpston afirmou que «a Diretiva 97/81 regula, portanto, o cálculo das semanas de quotização que dão direito à pensão em causa no processo principal, *na medida em que nenhum dos requerentes se tenha reformado definitivamente antes da entrada em vigor da diretiva*. Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se assim é.» Conclusões da advogada-geral E. Sharpston nos processos apensos Bruno e o. (C-395/08 e C-396/08, EU:C:2010:28, n.º 40). O sublinhado é meu.

25 Acórdão de 17 de maio de 1990 (C-262/88, EU:C:1990:209).

26 Acórdão de 6 de outubro de 1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

27 No processo Ten Oever, o alegado direito a uma pensão de sobrevivência gerou-se após a morte do cônjuge, em 1988. D.H. Barber foi despedida em 1980 por extinção do posto de trabalho.

28 Acórdão de 1 de abril de 2008 (C-267/06, EU:C:2008:179).

29 Acórdão de 6 de outubro de 1993 (C-109/91, EU:C:1993:833).

30 V. Acórdão de 1 de abril de 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, n.º 21).

31 Acórdãos de 7 de fevereiro de 2002, Kauer (C-28/00, EU:C:2002:82), e de 18 de abril de 2002, Duchon (C-290/00, EU:C:2002:234).

66. Isto é tanto mais assim quanto a alegada decisão discriminatória no caso em apreço envolve a avaliação e a aplicação do direito a factos que, em si mesmos, não estão *diretamente* relacionados com o direito à pensão ou com o seu cálculo. A alegada discriminação está relacionada com uma decisão disciplinar que, após ter confirmado a culpa do recorrente, lhe aplicou uma dupla sanção disciplinar³². É evidentemente inegável que essa decisão teve repercussões na pensão do recorrente³³. Todavia, ao contrário dos processos discutidos nesta secção, o caso vertente não envolve, por exemplo, condições objetivas de elegibilidade relativas a situações pessoais ou a períodos de serviço. Trata-se, pelo contrário, de uma decisão de base, distinta, de natureza disciplinar, e relativa a um conjunto específico de factos.

b) Pensões adquiridas, nova legislação e situação atual

67. O Acórdão Römer³⁴, referido por todas as partes, não se integra da mesma forma na tendência acima descrita. Por conseguinte, merece ser analisado com mais pormenor.

68. Nesse processo, o recorrente já estava reformado e recebia a sua pensão quando, em 2001 (ou seja, antes do termo do prazo de transposição da Diretiva 2000/78), celebrou uma união de facto com o seu companheiro de sexo masculino. Foi recusada a J. Römer a classificação tributária que teria normalmente sido aplicada em caso de casamento (heterossexual)³⁵ e que teria correspondido a pagamentos de pensões mais elevados.

69. No essencial, o Tribunal de Justiça declarou que, na medida em que existia uma discriminação, J. Römer podia reclamar o direito a um tratamento fiscal igual *a partir do termo do prazo de transposição* da Diretiva 2000/78. No processo Römer, ao contrário dos demais processos acima referidos, os direitos à pensão do recorrente tinham no entanto sido fixados antes da entrada em vigor da nova legislação. A questão dizia respeito à *manutenção da discriminação* relativamente aos pagamentos subsequentes e à situação fiscal do recorrente.

70. No entanto, este caso é diferente do caso vertente em particular por duas razões.

71. Em primeiro lugar, é verdade que a situação fiscal de J. Römer tinha sido fixada antes do termo do prazo de transposição da Diretiva 2000/78, e que, portanto, nesse sentido, estava em causa uma decisão «definitiva». No entanto, também é verdade que o direito nacional aplicável previa uma *revisão* do tratamento fiscal em caso de *alteração das circunstâncias pessoais*. Assim, tal como confirmado pelo Tribunal de Justiça, ao abrigo do direito nacional aplicável, «se as condições [para uma classificação fiscal mais favorável] só estiverem reunidas após o início do pagamento da pensão de reforma, deve, a pedido do interessado, ser aplicada a partir da data do seu pedido [a disposição mais recente]»³⁶.

72. No processo Römer, existia portanto um mecanismo com vista à adoção de novas decisões tendo em conta alterações novas e, para efeitos de cálculos em matéria de segurança social, relevantes, na situação pessoal.

73. Em segundo lugar, e ainda com maior relevância, pondo de parte a referida cláusula de revisão, o Acórdão Römer diz respeito à forma como as novas normas (Diretiva 2000/78) se podem aplicar à *situação pessoal atual* de um indivíduo com vista à revisão de uma *decisão sobre os seus direitos à pensão*.

³² O dispositivo da decisão está reproduzido no n.º 19, *supra*.

³³ V. n.ºs 21 e 22, *supra*.

³⁴ Acórdão de 10 de maio de 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286).

³⁵ Mais especificamente, a classificação tributária do rendimento líquido fictício utilizado para efeitos do cálculo da pensão.

³⁶ Acórdão de 10 de maio de 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, n.º 19).

74. Tal é, em minha opinião, completamente diferente do tipo de aplicação temporal defendida pelo recorrente no caso em apreço. No caso em apreço, o que é proposto não é a tomada em consideração da situação pessoal (legalmente prevista) para efeitos de uma futura adaptação, mas uma revisão, à luz das novas normas jurídicas, de um *conjunto de factos apurados* ocorridos há muitos anos e de uma *decisão disciplinar* adotada a respeito dos mesmos, com o objetivo de alterar as suas repercussões nos direitos à pensão.

c) *Exceções à regra?*

75. É verdade que existem acórdãos isolados do Tribunal de Justiça em que a decisão de atribuição de uma pensão e os factos relevantes parecem ser anteriores às normas jurídicas novas. Por outras palavras, foi tomada uma decisão quanto à concessão (ou não) de uma pensão e quanto ao nível da pensão, mas são invocadas normas jurídicas novas para revogar esta decisão, sem que existam factos novos ou qualquer alteração das circunstâncias pessoais.

76. No entanto, tais decisões são raras na prática e, após uma análise mais atenta, podem ser facilmente distinguidas. No processo P.³⁷, a recorrente era o cônjuge divorciado de um funcionário da Comissão. Quando o funcionário faleceu, P. não tinha direito a uma pensão de sobrevivência porque a «culpa» no processo de divórcio não tinha sido unicamente imputada ao *de cujus* marido. Alguns meses após a morte, entraram em vigor novas normas ao abrigo das quais P. *teria tido* direito a uma pensão de sobrevivência³⁸. O Tribunal de Justiça aplicou efetivamente as normas jurídicas novas, que geravam para P. um direito à pensão a partir da sua data de entrada em vigor.

77. No entanto, no processo P. havia algumas especificidades. A Comissão, na prática, defendeu enfaticamente a aplicação das normas jurídicas novas (tendo contestado o pagamento de uma pensão com base noutros fundamentos). Outras instituições aplicaram as regras com efeitos imediatos, sendo que, se não o fizessem, segundo a Comissão, estaria em causa uma discriminação entre funcionários. Além disso, a decisão inicial de recusa de atribuição de uma pensão a P. foi, na prática, tomada alguns dias após a entrada em vigor das normas jurídicas novas (embora a morte do ex-marido fosse anterior a tal ocorrência).

78. No processo Brock, foi concedida uma pensão de invalidez à recorrente em 1958. Tal pensão foi transformada numa pensão de reforma em 1961³⁹. A questão era essencialmente a de saber se eram aplicáveis as normas novas, que exigiam a tomada em consideração das contribuições efetuadas noutros Estados-Membros, e que tinham entrado em vigor em 1 de janeiro de 1964. O Tribunal de Justiça considerou que sim.

79. Em meu entender, é significativo que, nesse caso, a legislação pertinente incluísse uma disposição que previa *expressamente a revisão das pensões que tinham sido calculadas antes da entrada em vigor da referida legislação*.

80. No entanto, o elemento mais importante que permite distinguir os processos P. e Brock do presente processo é que as decisões relevantes nesses processos diziam respeito à avaliação dos *requisitos de concessão da pensão ao abrigo de normas jurídicas novas*.

81. Tal situação é nitidamente diferente da *avaliação de um comportamento passado ao abrigo de novas normas de direito*, para determinar o quão diferente teria sido uma decisão (disciplinar) e os respetivos efeitos indiretos sobre os direitos à pensão.

37 Acórdão de 5 de fevereiro de 1981, P./Comissão (40/79, EU:C:1981:32).

38 No essencial, o requisito de que o *de cujus* fosse o único responsável foi substituído por um novo requisito de que o sobrevivente não fosse o único responsável.

39 Acórdão de 14 de abril de 1970, Bundesknappschaft/Brock (68/69, EU:C:1970:24).

82. Assim, por exemplo, no processo P., o cônjuge divorciado não requereu a reapreciação das circunstâncias que motivaram o divórcio para determinar se o seu ex-marido era o único responsável pelo mesmo. No processo Brock, a parte que sofria de invalidez não pediu uma reavaliação das circunstâncias que envolveram o seu acidente para determinar se o mesmo poderia ser qualificado de acidente de trabalho. Qualquer decisão relativa à responsabilidade pelo divórcio ou pelo acidente era definitiva, tal como é definitiva a decisão disciplinar no caso em apreço.

83. Em suma, à primeira vista, acórdãos como os proferidos nos processos P. e Brock revelam efetivamente uma «tendência mais vincadamente retroativa» do que outros processos, como os acima referidos. Contudo, além de se tratar de processos relativamente antigos e isolados, os mesmos podem ser claramente distinguidos do caso em apreço. De qualquer modo, em meu entender, é claro que tais acórdãos não podem ser interpretados no sentido de a adoção de qualquer norma jurídica nova conferir um direito absoluto à revisão das decisões administrativas de base anteriores, que entretanto se tornaram definitivas à luz de tais normas, ou um direito aos correspondentes ajustamentos nos pagamentos das pensões.

d) Disposições transitórias

84. Por último, outra abordagem jurisprudencial no contexto das pensões que merece ser analisada está relacionada com a Diretiva 79/7/CEE⁴⁰. Esta diretiva exigia que os Estados-Membros aplicassem o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social. Como parte desse processo, os Estados-Membros alteraram as normas nacionais em matéria de prestações com vista a eliminar a discriminação em razão do sexo.

85. Essas alterações legislativas deram origem a uma série de questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça. Com relevância para o caso vertente, os processos diziam respeito a requerentes de prestações de segurança social do sexo feminino a quem, com base em normas jurídicas nacionais discriminatórias, tais prestações tinham sido recusadas em decisões adotadas *antes do termo do prazo de transposição* da diretiva. As requerentes tentaram na prática receber estas prestações *após o prazo de transposição*, em aplicação das novas normas jurídicas não discriminatórias.

86. As decisões do Tribunal de Justiça confirmaram repetidamente que os efeitos da discriminação deviam ser suprimidos após o termo do prazo de transposição. No entanto, após análise mais aturada, esses processos revelam, mais uma vez, ser muito diferentes do vertente.

87. Por exemplo, no processo Borrie Clarke⁴¹, o direito nacional impunha o cumprimento de um requisito adicional às mulheres que apresentassem um pedido de pensão de invalidez, em comparação com os homens (incapacidade para o trabalho doméstico). A requerente não cumpria esse requisito adicional e em 1983 o seu pedido foi indeferido. Para dar cumprimento à diretiva, a legislação nacional foi posteriormente alterada. A pensão de invalidez foi substituída por uma prestação por invalidez, tendo passado a ser exigido o cumprimento de novos requisitos, iguais para ambos os sexos. No entanto, durante a transição, as pessoas a quem já tinham sido concedidas pensões de invalidez antes da entrada em vigor da nova lei receberam automaticamente o subsídio por invalidez sem que precisassem de cumprir os novos requisitos. Assim sendo, na prática, as disposições transitórias reafirmaram e perpetuaram a discriminação.

⁴⁰ Diretiva do Conselho, de 19 de dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social (JO 1979, L 6, p. 24; EE 05 F2 p. 174).

⁴¹ Acórdão de 24 de junho de 1987, Borrie Clarke (384/85, EU:C:1987:309).

88. O Tribunal de Justiça declarou que, «se, a partir [do termo do prazo de transposição,] um homem que se encontrasse na mesma situação que uma mulher [tinha] automaticamente acesso à nova [prestação por invalidez], ao abrigo das referidas disposições transitórias, sem ter que provar novamente os seus direitos, uma mulher teria igualmente direito à [prestação] sem ter que preencher uma condição suplementar, antes dessa data[,] unicamente aplicável às mulheres casadas»⁴².

89. Em meu entender, a situação no processo *Borrie Clarke* é semelhante aos demais casos de pensões já referidos na secção A. As disposições transitórias constituíam efetivamente uma nova forma de aplicação (ou, pelo menos, uma renovação da decisão anterior ao abrigo da nova lei) de normas discriminatórias para o futuro. Consequentemente, mais uma vez, esta linha jurisprudencial pode ser claramente distinguida do caso em apreço.

90. O mesmo tipo de situação pode ser encontrado noutros acórdãos, embora a respeito de outros tipos de prestações⁴³.

3. *Relações atuais*

91. Nos seus articulados, a Comissão remeteu igualmente para o Acórdão *Österreichischer Gewerkschaftsbund*⁴⁴, fazendo um paralelo com casos de discriminação continuada em matéria de pagamento de salários mensais. Tal coincide com os argumentos do recorrente, que remetem repetidamente para casos de discriminação continuada na forma de pagamentos reduzidos de pensões, efetuados com regularidade.

92. Uma vez que a referência a esta linha jurisprudencial pode ser entendida no sentido de que serve de base a uma argumentação diferente da analisada na secção anterior, não vejo como é que a mesma pode sustentar as alegações do recorrente. No meu entender, mais uma vez, esta jurisprudência é simplesmente diferente.

93. No processo *Österreichischer Gewerkschaftsbund*⁴⁵, para efeitos do cálculo da remuneração de professores contratados, o direito austríaco tinha em conta a totalidade da experiência anterior adquirida no ensino na Áustria. A experiência de ensino noutros Estados-Membros só era tomada em conta de forma limitada. O Tribunal de Justiça considerou essa limitação contrária à livre circulação dos trabalhadores. Considerou também que, para corrigir a discriminação, a experiência de ensino noutros Estados-Membros tinha de ser tomada em consideração na totalidade, embora tivesse sido adquirida antes da *adesão da Áustria*.

94. O Acórdão *Österreichischer Gewerkschaftsbund* é, de facto, um dos acórdãos em que o Tribunal decidiu, no essencial, que, nas relações de trabalho, os factos anteriores à entrada em vigor das normas jurídicas novas devem ser tomados em consideração na determinação da remuneração dos trabalhadores, caso se venham a revelar relevantes para efeitos dessa apreciação ao abrigo do novo regime jurídico⁴⁶. Por conseguinte, por exemplo, numa série de processos que começou com o Acórdão *Hütter*, o Tribunal de Justiça decidiu que as normas austríacas que tomavam em consideração a experiência profissional adquirida antes dos 18 de idade na fixação das tabelas salariais

42 Acórdão de 24 de junho de 1987, *Borrie Clarke* (384/85, EU:C:1987:309, n.º 12).

43 V., por exemplo, Acórdão de 8 de março de 1988, *Dik e o.* (80/87, EU:C:1988:133).

44 Acórdão de 30 de novembro de 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (C-195/98, EU:C:2000:655).

45 Acórdão de 30 de novembro de 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (C-195/98, EU:C:2000:655).

46 V., por exemplo, Acórdãos de 30 de setembro de 2003, *Köbler* (C-224/01, EU:C:2003:513); de 26 de outubro de 2006, *Comissão/Itália* (C-371/04, EU:C:2006:668); e de 18 de junho de 2009, *Hütter* (C-88/08, EU:C:2009:381).

dos funcionários públicos eram contrárias à proibição de discriminação em razão da idade ao abrigo da Diretiva 2000/78⁴⁷. As tabelas salariais tiveram de ser ajustadas para que a discriminação fosse corrigida, incluindo nos casos em que a experiência profissional relevante tinha sido adquirida antes da data de transposição dessa diretiva.

95. Em meu entender, não é possível traçar um paralelismo direto entre estes processos, que envolvem ajustamentos salariais para corrigir discriminações, e casos como o vertente, por uma razão muito simples: a relação de trabalho em processos como o *Österreichischer Gewerkschaftsbund* era uma relação *em curso*, com direitos e obrigações recíprocos atuais. O trabalhador tem determinado grau ou categoria e um determinado número de anos de experiência relevante que é utilizado mensalmente para calcular o seu vencimento. Por conseguinte, há uma «renovação» mensal, ou seja uma aplicação renovada da legislação em vigor para efeitos do cálculo adequado do salário, que exige necessariamente ajustamentos à luz da lei nova e de mudanças na situação pessoal⁴⁸. Tal é de facto semelhante em alguns aspetos ao contexto do processo *Römer*, no qual disposições legislativas específicas relativas a alterações na situação pessoal do recorrente permitiram uma «renovação» semelhante⁴⁹.

96. Em contrapartida, num caso como o presente, a relação laboral cessou⁵⁰, todos os direitos à pensão foram acumulados muito antes dessa altura e foi tomada uma decisão disciplinar relativa à redução de 25% em 1975, com base em acontecimentos passados, que se tornou definitiva. Os efeitos práticos da referida decisão continuam a fazer-se sentir, como pode ser o caso com todo e qualquer acontecimento passado, mas já não existe nenhuma relação jurídica em curso que exija uma (re)avaliação ao abrigo da nova lei. Nenhum facto passado continua a ser relevante. Neste sentido, os efeitos jurídicos dos factos passados esgotaram-se.

4. Revisão de decisões anteriores

97. Por último, para obter uma visão geral completa, importa acrescentar que, ao abrigo do direito da União, além de regras relativas à aplicação no tempo de normas jurídicas novas a factos passados e/ou a relações jurídicas em curso, existe também um direito limitado a rever decisões anteriores caso se revelem incompatíveis com o direito da União.

98. A jurisprudência do Tribunal de Justiça sublinha a importância do princípio da força do caso julgado por razões de estabilidade do direito e das relações jurídicas, bem como de boa administração da justiça. Decisões que se tornaram definitivas após esgotamento de todas as vias de recurso ou após o termo dos prazos concedidos para o efeito já não podem ser impugnadas⁵¹. Tal acontece mesmo que o tribunal nacional pudesse reparar a violação do direito da União em causa na referida decisão⁵².

47 Acórdãos de 18 de junho de 2009, *Hütter* (C-88/08, EU:C:2009:381); de 28 de janeiro de 2015, *Starjakob* (C-417/13, EU:C:2015:38); e de 14 de março de 2018, *Stollwitzer* (C-482/16, EU:C:2018:180).

48 Novamente na sequência de regras gerais no sentido de que o conteúdo concreto dos direitos e obrigações mútuos em relações jurídicas existentes, como por exemplo os contratos celebrados ao abrigo do regime jurídico anterior, terá de ser alterado de forma prospetiva em conformidade com a nova lei — v. ainda, por exemplo, minhas Conclusões no processo *Nemec* (C-256/15, EU:C:2016:619, n.º 41).

49 V., *supra*, n.ºs 67 a 74.

50 No despacho de reenvio foi explicado que, do ponto de vista técnico, a «relação de trabalho com um funcionário público» se transformou numa «relação com um funcionário reformado». Neste caso, é relevante o facto de o funcionário público já não se encontrar ao serviço.

51 V., por exemplo, Acórdão de 11 de novembro de 2015, *Klausner Holz Niedersachsen* (C-505/14, EU:C:2015:742, n.º 38 e jurisprudência referida).

52 Acórdãos de 1 de junho de 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, n.ºs 46 e 47), e de 16 de março de 2006, *Kapferer* (C-234/04, EU:C:2006:178, n.º 21).

99. É certo que as decisões finais podem ser revistas, mas apenas quando existam circunstâncias verdadeiramente excecionais. Essas circunstâncias incluem o facto de o direito da União ter sido mal interpretado, sem que tenha sido submetida uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça, e de o interessado se ter dirigido ao órgão administrativo imediatamente depois de ter tido conhecimento dessa jurisprudência⁵³.

100. No entanto, e deixando de lado a questão de saber onde se situa exatamente o limiar desse «caráter excecional», o denominador comum aos poucos casos em que tal dever de revisão se impôs foi, naturalmente, a *existência prévia* da incompatibilidade quando a decisão foi tomada a nível nacional. Assim, a decisão inicial em questão já violava o direito da União.

101. Em contrapartida, no caso em apreço, no momento em que as decisões relevantes foram adotadas (tanto a decisão disciplinar como a decisão que concedeu uma pensão ao recorrente), a Áustria não era um Estado-Membro e a Diretiva 2000/78 ainda não tinha sido adotada. Além disso, de acordo com o Governo austríaco, quando foi tomada em 1974, a decisão disciplinar era compatível com o direito nacional, posição aliás não contestada pelo recorrente.

102. No presente caso, não existem, por conseguinte, circunstâncias excecionais que justifiquem a revisão das decisões administrativas definitivas em causa e muito menos algo que possa justificar uma regra mais geral e de alcance mais abrangente sobre a aplicação no tempo do direito da União com vista a obter o mesmo resultado.

5. Aplicação ao caso em apreço

103. As principais conclusões que podem ser retiradas das diferentes abordagens jurisprudenciais acima referidas são as seguintes.

104. Em primeiro lugar, a jurisprudência do Tribunal de Justiça a respeito dos efeitos no tempo da lei nova e dos direitos à pensão incidiu sobretudo sobre situações nas quais foi tomada uma decisão sobre o direito à pensão *depois* da entrada em vigor dessa lei nova.

105. Em segundo lugar, a jurisprudência relativa às relações (laborais) em curso e aos ajustamentos de tabelas salariais e de salários mensais não pode ser transposta para o pagamento de pensões, calculadas e pagas (muito) antes da entrada em vigor da lei nova.

106. Em terceiro lugar, não existe nenhuma base sólida na jurisprudência do Tribunal de Justiça que permita sustentar uma proposta abrangente ao ponto de exigir que os efeitos continuados de decisões administrativas que se tornaram definitivas *antes* da entrada em vigor da lei nova sejam revistos tendo em conta a forma como essa lei nova teria sido aplicada. Uma proposta desse tipo está, além do mais, em contradição com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça em matéria de força de caso julgado.

107. Procurei distinguir o caso em apreço e explicar por que motivo não está abrangido por nenhuma das categorias acima evocadas nas secções pertinentes. Em suma, considero que, no caso em apreço, a aposentação compulsiva e a determinação da redução aplicável aos direitos à pensão já se tinham tornado numa «situação definitiva», na aceção da jurisprudência referida no n.º 46 *supra*, antes do termo do prazo de transposição da Diretiva 2000/78. O atual pagamento de uma pensão ao recorrente não pode ser considerado um «efeito futuro» de uma situação nascida antes desta diretiva, na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, na medida em que estes efeitos teriam de ser eliminados ou alterados.

⁵³ Essas circunstâncias excecionais foram tidas em conta nos Acórdãos de 13 de janeiro de 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, n.º 28), e de 18 de julho de 2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434, n.º 63).

108. A decisão disciplinar já tinha sido contestada sem sucesso na década de 70. A questão jurídica relativa ao estatuto do recorrente como polícia reformado e à redução da sua pensão foi decidida nessa altura. O recorrente recebe a sua pensão desde 1976. Não existe qualquer nova decisão que entretanto tenha sido adotada, ou que tivesse de ser adotada, após o termo do prazo de transposição da Diretiva 2000/78.

109. Além disso, todos os elementos de facto pertinentes no caso em apreço, e que estiveram na base da decisão disciplinar, ocorreram na década de 70. Assim, ao contrário do processo Römer, não existem factos atuais relacionados com a situação pessoal atual do recorrente que possam ser objeto de reavaliação ao abrigo da Diretiva 2000/78.

110. Não considero que processos como Brock e P. possam servir de base a uma proposta geral no sentido da existência de um direito à revisão dos pagamentos de pensões e que consista numa aplicação retroativa de normas jurídicas novas a uma decisão anterior e que tenha repercussões no direito a esses pagamentos e no montante dos mesmos. Além disso, os processos Brock e P. são, na minha opinião, muito diferentes do presente processo. Em ambos os casos, a decisão administrativa preexistente foi tomada em aplicação de uma série de requisitos muito específicos e objetivos relativos ao direito à pensão e ao seu montante. Tais requisitos foram objeto de posterior alteração legislativa. Isso contrasta com o caso em apreço no qual, na prática, se propõe a repetição de um procedimento disciplinar com 40 anos à luz de normas jurídicas novas em matéria de discriminação e uma apreciação qualitativa da questão de saber se essa decisão teria sido diferente e, em caso de resposta afirmativa, em que medida.

111. Nas suas alegações, o recorrente insistiu no facto de estar em causa uma discriminação «em curso» sob forma de redução de pagamentos mensais. No entanto, resulta claramente do contraditório em processos que efetivamente diziam respeito a relações jurídicas em curso e à necessidade de proceder à sua adaptação progressiva à luz de novas normas jurídicas, como os processos Österreichischer Gewerkschaftsbund ou Römer, que a mera receção de pagamentos mensais com base em decisões definitivas tomadas em 1975 e 1976 não exige qualquer nova apreciação dos factos relevantes.

112. No caso em apreço, na prática é pedida uma reapreciação de uma decisão disciplinar de base definitiva em aplicação de novos padrões de não discriminação, com vista a obter determinadas repercussões nos pagamentos mensais de pensões. A verdadeira natureza do pedido pode eventualmente ser melhor entendida se tivermos em conta a redação em alemão da última frase da primeira questão prejudicial submetida pelo tribunal de reenvio, que se refere à adoção de um novo tipo de decisão *gedachte* a qual, caso tivesse sido adotada quando a Diretiva 2000/78 estava em vigor, teria violado tal diretiva. *Gedachte* pode efetivamente ser traduzido por «hipotético», mas o seu verdadeiro significado no presente contexto é, ao invés (ou inteiramente), «imaginário».

113. Em meu entender, num processo como o vertente, o direito da União claramente não confere ao particular um direito a pedir a revisão, à luz de qualquer nova legislação, de qualquer decisão administrativa tomada a seu respeito durante a sua vida e que tenha tido, ou poderia ter tido, um impacto negativo na sua pensão (ou noutros benefícios). Não existe simplesmente qualquer fundamento no direito da União para uma proposta com um alcance tão abrangente.

114. Por último, examinando de forma exaustiva os argumentos do recorrente, importa observar que o recorrente apresenta um argumento que é de natureza marcadamente moral e que está parcialmente relacionado com o argumento «técnico» respeitante à aplicação no tempo de normas jurídicas novas, mas que dele é também parcialmente independente. Se analisado em separado, como efetivamente sugeriu o recorrente na audiência, tal argumento moral torna-se em larga medida independente de qualquer questão relativa à reapreciação da decisão disciplinar de 1975. A Áustria seria então criticada, não por não ter reapreciado questões passadas, mas sim por não ter procurado ativamente e prospetivamente compensar os seus erros passados após 2003, quando a Diretiva 2000/78 já estava em

vigor e o TEDH já tinha proferido decisões em que a Áustria foi condenada⁵⁴.

115. A este respeito, limito-me a reafirmar que não vejo que do direito da União decorra qualquer obrigação deste tipo. O artigo 17.º da Diretiva 2000/78, que impõe aos Estados-Membros a obrigação de adotarem sanções efetivas, proporcionadas e dissuasoras, está, ele próprio, logicamente ligado à aplicabilidade temporal desta diretiva.

116. Além disso, as decisões administrativas são adotadas em contextos específicos do seu tempo. O quadro penal, disciplinar e moral na Áustria, bem como no resto da Europa, mudou significativamente desde 1975. Assim, por exemplo, na Áustria, apenas são aplicadas sanções disciplinares a polícias cujos atos prejudiquem a confiança do público na polícia. No entanto, as condenações em processo-crime conduzem automaticamente ao despedimento, segundo creio sem qualquer direito a pensão. A idade de consentimento na Áustria é agora de 14 anos para homossexuais e heterossexuais. No entanto, existem ainda exceções expressamente previstas para crianças de idade inferior a 16 anos, que não são consideradas suficientemente maduras.

117. Em suma, a moral está em constante mutação. Além disso, argumentos de ordem moral são com frequência uma faca de dois gumes. Em processos nos quais a factualidade é complexa e que exigem vários juízos de natureza moral, como o presente, tais argumentos funcionam nos dois sentidos. Assim, além de situações extremas de evidente e flagrante desrespeito pelos valores de humanidade básicos, que poderiam desencadear o dever moral de corrigir erros anteriores, independentemente da passagem do tempo⁵⁵, as sociedades e as suas leis devem poder evoluir progressivamente, com o passado a permanecer passado.

6. Conclusão sobre a primeira questão prejudicial

118. À luz do exposto, proponho que se responda à primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio da seguinte forma:

O artigo 2.º da Diretiva 2000/78 não se opõe à manutenção dos efeitos jurídicos de uma decisão administrativa que se tornou definitiva nos termos do direito nacional, no domínio da legislação aplicável aos funcionários públicos em matéria disciplinar (decisão disciplinar), nos termos da qual se decretou a aposentação compulsiva do funcionário público com a correspondente redução da pensão de reforma, quando,

- no momento da adoção, a referida decisão administrativa ainda não estava sujeita às disposições do direito da União, em particular a diretiva, mas, no entanto,
- uma (hipotética) decisão análoga seria contrária à diretiva caso tivesse sido adotada no âmbito de aplicação temporal da diretiva.

B. Quanto à segunda e terceira questões prejudiciais

119. À luz da resposta proposta para a primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio, não é necessário responder à segunda e terceira questões. No entanto, caso o Tribunal de Justiça chegue a uma conclusão diferente, examinarei em seguida essas questões de forma sucinta.

⁵⁴ Referidas na nota 4, *supra*.

⁵⁵ Atingindo-se um grau de tensão de tal forma insustentável entre a justiça e a segurança jurídica que esta última teria de ceder perante a primeira e a (errada) legislação em vigor seria declarada inexistente *ex post* — Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, volume 1, n.º 5, pp. 105 a 108.

120. Caso o Tribunal de Justiça declare que não podem ser mantidos os efeitos da decisão disciplinar discriminatória, a questão que então se coloca é precisamente saber o que implica «não manter esses efeitos», num caso como o presente.

121. A menos que a resposta a esta questão seja destacada das decisões tomadas nos anos 70, declarando-se, à semelhança do que acaba de ser debatido, um dever ativo e prospetivo de indemnizar (presumivelmente com montantes fixos), o órgão jurisdicional nacional teria de analisar o conteúdo da decisão disciplinar para verificar se a mesma foi adotada de forma compatível com a Diretiva 2000/78, e a data a partir da qual essa nova decisão imaginária seria aplicável. Refiro-me em seguida a esta abordagem como a abordagem «e se?».

122. Na minha opinião, a reconstrução de uma decisão tomada há 40 anos e dos respetivos efeitos é muito problemática. No entanto, na segunda e terceira questões, o órgão jurisdicional de reenvio é bastante específico a respeito de certas «linhas do enredo» desta obra de ficção jurídica. Consequentemente, a menos que o Tribunal de Justiça se limite a declarar que «os efeitos não podem ser mantidos», deixando ao órgão jurisdicional nacional a tarefa de decidir como identificar e «neutralizar» esses efeitos, o Tribunal de Justiça tornar-se-á inevitavelmente coautor dessa obra. Passo a expor algumas considerações a respeito da forma como o enredo se pode desenrolar.

1. Segunda questão prejudicial

123. A decisão disciplinar implicou a aposentação antecipada do recorrente e a redução dos seus direitos à pensão em 25%. Com a segunda questão, o tribunal nacional interroga-se sobre se, para corrigir a discriminação subjacente à decisão administrativa, basta anular a redução de 25% da pensão ou se a referida pensão deveria ser calculada como se o recorrente tivesse trabalhado durante o período correspondente à aposentação compulsiva. É suficiente neutralizar os efeitos futuros da *redução de 25%* ou também é necessário neutralizar os efeitos futuros da *aposentação compulsiva*?

124. Nas suas alegações, o recorrente sustenta que a redução de 25% deve ser anulada na íntegra e que os seus direitos à pensão devem ser calculados como se o recorrente tivesse trabalhado na polícia durante esse período intercalar. Por outras palavras, há que recriar a situação que teria existido se a decisão disciplinar não tivesse sido tomada (ou se não tivesse sido aplicada nenhuma sanção).

125. A Comissão defende uma abordagem «e se?» apenas em relação à redução de 25%, reconhecendo que, mesmo sem quaisquer preconceitos homofóbicos, a pensão do recorrente poderia ter sido objeto de redução como forma de sancionar o seu comportamento. Em contrapartida, a Comissão considera que não é adequado adotar a abordagem «e se?» para a aposentação propriamente dita. A redução da pensão decorrente da aposentação compulsiva, na realidade, não é um «efeito futuro» de uma situação que surgiu no passado e à qual as normas jurídicas novas devem ser aplicadas. No entender da Comissão, os efeitos jurídicos da aposentação esgotaram-se quando a relação de trabalho cessou. Por essa razão, os efeitos que correspondem ao não aumento dos direitos à pensão, resultantes da aposentação compulsiva, podem ser mantidos.

126. Farei as seguintes observações a este respeito.

127. Se, em 1975, a decisão disciplinar tivesse sido tomada de uma forma que *fosse* compatível com a proibição de discriminação em razão da orientação sexual, introduzida em 2000, não é claro que o recorrente tivesse sequer sido forçado a aposentar-se. Com efeito, a natureza «incomparavelmente mais moderada»⁵⁶ da sanção referida pelo órgão jurisdicional de reenvio também pode ser entendida no sentido de que o recorrente não teria sido forçado a aposentar-se.

⁵⁶ Acima referida no n.º 41.

128. Se tal é o caso, então, de acordo com a resposta dada à primeira questão, os «efeitos futuros da aposentação compulsiva» não poderiam ser mantidos. Esses efeitos incluem certamente o facto de o recorrente já não trabalhar para a polícia, já não adquirir progressivamente direitos à pensão e não beneficiar da tomada em consideração desses «anos perdidos» para efeitos do cálculo da sua pensão. Neste sentido, os efeitos da sanção ainda estão efetivamente «em curso». Neutralizar os efeitos futuros da aposentação compulsiva implica consequentemente tomar esses anos perdidos em conta (de alguma forma).

129. A Comissão contesta esta conclusão. Considera que os efeitos que conduziram ao não aumento dos direitos à pensão, decorrente da aposentação compulsiva, podem ser mantidos.

130. Admito que considero o raciocínio da Comissão sobre este ponto impossível de conciliar com a sua posição de que a redução de 25% aplicada pela decisão disciplinar constitui efetivamente uma «consequência futura» no sentido acima referido. Ambas as sanções — aposentação compulsiva e redução da pensão em 25% — foram impostas com base nos mesmos factos e na mesma decisão disciplinar. Em ambos os casos, a questão de princípio é saber quais teriam sido os efeitos da decisão disciplinar, caso a mesma tivesse sido adotada de forma compatível com a Diretiva 2000/78.

131. Com efeito, caso a distinção proposta pela Comissão entre os diferentes efeitos fosse aceite, tal implicaria que o recorrente podia, de facto, ter sido despedido sem qualquer possibilidade de recurso. Ao contrário da aposentação, o simples despedimento poria em princípio termo à relação jurídica sem produção de efeitos continuados, na forma de pagamentos de pensões.

132. À luz do acima exposto, se o Tribunal de Justiça chegar à conclusão de que os efeitos da decisão disciplinar discriminatória não podem ser mantidos e de que deve ser seguida a abordagem «e se?», importa então, no contexto dessa abordagem, prever uma narrativa alternativa, em que o recorrente não se aposenta, bem como em que a redução de 25% da pensão do recorrente não é (totalmente) aplicada.

133. Observo que tal conclusão levantaria obviamente uma série de novas perguntas difíceis. Para neutralizar as «consequências futuras» da aposentação compulsiva em 1976, deve partir-se do pressuposto de que o recorrente trabalhou durante todos os anos desde 1976, ou durante todos os anos desde o termo do prazo de transposição da Diretiva 2000/78? Deve subtrair-se de qualquer correspondente aumento da pensão o rendimento das pensões provenientes de outras fontes de trabalho do recorrente durante esses anos⁵⁷? Deve subtrair-se de qualquer correspondente aumento da pensão o rendimento de pensões do serviço de polícia que o recorrente tenha estado a receber desde a data da sua aposentação compulsiva (e que manifestamente não teria recebido se tivesse continuado a trabalhar)⁵⁸?

134. Por último, no que se refere especificamente à redução de 25%, a segunda questão do órgão jurisdicional de reenvio assenta implicitamente na premissa de que essa redução é inteira consequência da natureza discriminatória da decisão.

⁵⁷ Nos articulados e na audiência confirmou-se que depois de ter saído da força policial o recorrente trabalhou no setor privado e que recebe a respetiva pensão.

⁵⁸ Como confirmado na audiência, o recorrente passou a receber uma pensão da força policial desde a sua aposentação compulsiva em 1976.

135. No entanto, qual seria então o verdadeiro significado da abordagem «e se?». A mesma implicaria que fosse prevista a possibilidade de o recorrente, mesmo que não fosse condenado em processo-crime, ser sancionado disciplinarmente com base nos mesmos factos⁵⁹ e de a sua pensão ser reduzida, mas menos do que 25%. Esta é com efeito a abordagem da Comissão nos seus articulados. Por conseguinte, se não tivesse havido discriminação, a pensão do recorrente teria ainda assim sido reduzida, mas, por exemplo, 5% ou 10%, sendo que os efeitos dessa redução de 5% ou 10% deveriam ser mantidos.

136. Logo, caso a abordagem «e se?» seja seguida quanto à redução de 25%, concordo com a Comissão quanto ao facto de a ficção dever ser levada até à sua última consequência lógica. Uma vez mais, exatamente quão diferente teria sido a decisão disciplinar se tivesse sido adotada de forma não discriminatória é uma questão (na realidade, bastante difícil) a resolver pelo tribunal nacional.

2. Quanto à terceira questão prejudicial

137. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a resposta à segunda questão depende da questão de saber se a pessoa em causa procurou ativamente emprego na função pública federal antes de atingir a idade da reforma.

138. Devo confessar que, tendo em conta os factos no processo principal, estou intrigado pela pertinência desta questão. No entanto, uma vez que já estamos a ponderar cenários «e se?», é bastante difícil afirmar que esta questão é hipotética.

139. Os factos no processo em apreço nada revelam a respeito da questão de saber se o recorrente efetivamente procurou (re)empregar-se na função pública federal. Talvez seja razoável presumir que é bastante difícil que alguém que foi despedido de um serviço em circunstâncias como as do processo principal consiga reintegrá-lo (ou até que tal seja possível do ponto de vista legal). Se for efetivamente esse o caso e o recorrente não tiver posteriormente procurado (re)empregar-se na função pública federal, que conclusões se podem tirar desse facto? Pode criticar-se o recorrente por não o ter feito? Poderia por isso o recorrente estar numa situação de potencial desvantagem?

140. No entanto, como aliás foi referido no n.º 133 *supra*, se os efeitos da aposentação compulsiva tiverem de ser neutralizados, tal levanta várias questões sobre a forma de tratar esse período intercalar. Na construção da narrativa alternativa, em meu entender deve ser deixada ao órgão jurisdicional nacional a tarefa de determinar quais os elementos específicos a ter em conta, a fim de encontrar um equilíbrio entre, por um lado, ignorar completamente esses anos intercalares e, por outro, tomá-los plenamente em conta, como se o recorrente tivesse trabalhado no setor público nessa altura.

C. Quanto à quarta e quinta questões prejudiciais

141. À luz da resposta dada à primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio, também não é necessário responder à quarta e quinta questões. No entanto, caso o Tribunal de Justiça chegue a uma conclusão diferente, gostaria de acrescentar algumas sugestões.

⁵⁹ V., *supra*, n.º 42, e as observações do Governo austríaco no sentido de que um agente da polícia que solicita um encontro de natureza sexual com menores seria punível em sede de processo disciplinar *independentemente da orientação sexual* dos intervenientes.

142. Com a quarta e quinta questões, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a partir de que momento uma eventual anulação (parcial) da redução de 25% deveria produzir efeitos. Estas questões são limitadas ao momento a partir do qual os efeitos da redução de 25% devem ser neutralizados. As mesmas não abrangem os efeitos da aposentação compulsiva. No entanto, como acima referido no n.º 133, considero que uma abordagem diferente dos efeitos futuros da redução de 25% e dos efeitos futuros da aposentação compulsiva levanta problemas de coerência.

143. Na minha opinião, a resposta a esta questão resulta da jurisprudência acima resumida nos n.ºs 44 e seguintes. Não obstante a eventual adoção de uma abordagem muito abrangente da eliminação dos efeitos futuros, discutida *supra*, é expectável que a aplicação da Diretiva 2000/78 continue a estar submetida ao princípio da não retroatividade. Consequentemente, qualquer resposta à primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio pode servir de base para defender que os efeitos da redução de 25% devem ser neutralizados a partir do termo do prazo de transposição da diretiva, e não antes disso.

D. Discriminações em razão do sexo

1. Âmbito das questões do órgão jurisdicional de reenvio

144. Por último, nos seus articulados, o recorrente alegou que a sanção disciplinar aplicada pela decisão (também) correspondia a uma discriminação em razão do sexo, contrária ao artigo 157.º TFUE (anterior artigo 119.º CEE e, em seguida, artigo 141.º CE). De acordo com o recorrente, essa disposição, entrada em vigor em 1979, pode ser usada para impedir a produção de efeitos futuros da decisão disciplinar de forma semelhante à prevista na primeira questão prejudicial do tribunal nacional relativamente à Diretiva 2000/78. Contudo, tal aconteceria a partir de uma data muito anterior.

145. A este respeito farei as seguintes observações.

146. O tribunal nacional não faz referência ao artigo 157.º TFUE (ou aos seus antecessores). Com efeito, o recorrente é o único a levantar a questão nos seus articulados. Pode argumentar-se que abordar a eventual aplicação do artigo 157.º TFUE também poderia revelar-se útil para o tribunal nacional. No entanto, na minha opinião, o Tribunal de Justiça não deve fazê-lo, nomeadamente pelas seguintes razões.

147. Em primeiro lugar, não é feita qualquer referência a essa disposição nem nas questões do órgão jurisdicional de reenvio nem no pedido de decisão prejudicial em geral. Se o tribunal nacional tivesse considerado essa disposição relevante, a meu ver, tê-la-ia pelo menos mencionado. Pode haver muitas razões para essa omissão e seria errado presumir que a falta de referência é um «esquecimento». A questão que aqui se coloca não é se o Tribunal de Justiça deve enunciar os detalhes e a relevância de uma qualquer legislação técnica obscura que pode ter ficado esquecida. O artigo 157.º TFUE é uma disposição do Tratado importante. Ao invés, uma vez que os argumentos sobre o artigo 157.º TFUE são efetivamente centrais nos articulados do recorrente, também é plausível que este tenha sugerido ao órgão jurisdicional de reenvio que as questões prejudiciais fossem submetidas ao Tribunal de Justiça com base nesta disposição, mas que essa proposta tenha sido rejeitada.

148. Em segundo lugar, o artigo 94.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça exige que o pedido de decisão prejudicial inclua, nomeadamente, os factos relevantes, a legislação nacional e as razões que levaram o tribunal nacional a submeter questões específicas ao Tribunal de Justiça. No caso em apreço, o órgão jurisdicional nacional elaborou o despacho de reenvio sem fazer qualquer referência ao artigo 157.º TFUE (ou aos seus antecessores), nem ter indicado dados potencialmente relevantes ou direito nacional relacionado com essa disposição. Em tais circunstâncias, na minha

opinião, ignorar essas omissões e, a pedido de uma das partes, de forma proativa, fornecer orientações sobre uma questão que não foi colocada seria incompatível com a jurisprudência relativa ao artigo 94.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça⁶⁰.

149. No entanto, se o Tribunal de Justiça entender analisar os argumentos aduzidos pelo recorrente em relação ao artigo 157.º TFUE, exporei algumas breves observações na secção seguinte.

2. Artigo 157.º TFUE

150. Expliquei na minha proposta de resposta à primeira questão por que motivo a Diretiva 2000/78 não impede a manutenção dos efeitos da decisão disciplinar. Esta decisão foi tomada fora do âmbito de aplicação temporal da diretiva. A diretiva não pode ser utilizada para reapreciar esta decisão e neutralizar alguns dos seus efeitos. Esses argumentos são aplicáveis, *mutatis mutandis*, ao artigo 157.º TFUE.

151. Se o Tribunal de Justiça chegar a uma conclusão diferente, caberá ao órgão jurisdicional nacional determinar a eventual existência dessa discriminação. Compreendo contudo que o argumento de base seja que os homossexuais de sexo masculino eram tratados de forma menos favorável do que os homossexuais de sexo feminino⁶¹. O recorrente sugeriu que uma mulher-polícia que praticasse atos homossexuais com um menor com idade superior a 14 anos não seria objeto de uma sanção disciplinar (ou em todo o caso a mesma seria mais branda) em comparação com um polícia homossexual de sexo masculino que praticasse atos comparáveis.

152. No pressuposto de que essa proposta se revele correta do ponto de vista factual (atendendo à prática disciplinar da polícia austríaca nos anos 70), circunstância que cabe ao tribunal nacional avaliar, o artigo 157.º TFUE proíbe a discriminação em razão do sexo no que respeita à «remuneração». De acordo com jurisprudência constante, «remuneração» nesse sentido *não inclui* pagamentos feitos em aplicação de regimes de pensões obrigatórios, os quais são, ao invés, qualificados de prestações de segurança social⁶². Na audiência, o Governo austríaco afirmou que, neste caso, o regime de pensões é um regime obrigatório. Se é esse efetivamente o caso (no sentido da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁶³), trata-se mais uma vez de uma questão sujeita a verificação pelo tribunal nacional. No entanto, com base nas afirmações do Governo austríaco a este respeito, esses tipos de pagamentos, em princípio, não seriam abrangidos pelo artigo 157.º TFUE, o que tornaria esta disposição inaplicável ao caso em apreço.

153. Se, em contrapartida, tal não for o caso, a aplicação no tempo do artigo 157.º TFUE (e dos seus antecessores) teria de ser ponderada. A este respeito, remeto para as minhas observações a respeito da quarta e quinta questões, aqui aplicáveis *mutatis mutandis*. Além disso, de acordo com os Acórdãos Barber⁶⁴ e Ten Oever⁶⁵ «o efeito direto do artigo 119.º do Tratado só pode ser invocado, a fim de exigir a igualdade de tratamento em matéria de pensões profissionais, em relação às prestações

60 Mais recentemente, v., por exemplo, Despachos de 31 de maio de 2018, Bán (C-24/18, não publicado, EU:C:2018:376, n.ºs 18 e segs.); de 7 de junho de 2018, easyJet Airline (C-241/18, não publicado, EU:C:2018:421, n.ºs 12 e segs.); e de 7 de junho de 2018, Filippi e o. (C-589/16, EU:C:2018:417, n.ºs 25 e segs.)

61 V., *a contrario*, Acórdão de 17 de fevereiro de 1998, Grant (C-249/96, EU:C:1998:63).

62 V. Acórdão de 28 de setembro de 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, n.ºs 20 a 24 e jurisprudência referida).

63 V., por exemplo, Acórdãos de 28 de setembro de 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, n.ºs 20 a 24 e jurisprudência referida), e de 24 de novembro de 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, n.ºs 34 e 35).

64 Acórdão de 17 de maio de 1990, Barber (C-262/88, EU:C:1990:209).

65 Acórdão de 6 de outubro de 1993, Ten Oever (C-109/91, EU:C:1993:833).

devidas ao abrigo de *períodos de emprego posteriores a 17 de maio de 1990* [data da prolação do Acórdão Barber], sem prejuízo da exceção prevista em favor dos trabalhadores ou dos seus sucessores que tenham, antes dessa data, intentado uma ação judicial ou apresentado, nos termos do direito nacional aplicável, uma reclamação equivalente»⁶⁶.

154. No entanto, resulta da exposição dos factos constante do pedido do órgão jurisdicional de reenvio que nenhum dos períodos de atividade relevante é posterior a 17 de maio de 1990.

V. Conclusão

155. Proponho que o Tribunal de Justiça responda à primeira questão submetida pelo Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo, Áustria) do seguinte modo:

O artigo 2.º 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, não se opõe à manutenção dos efeitos jurídicos de uma decisão administrativa que se tornou definitiva nos termos do direito nacional, no domínio da legislação aplicável aos funcionários públicos em matéria disciplinar (decisão disciplinar), nos termos da qual se decretou a aposentação compulsiva do funcionário público com a correspondente redução da pensão de reforma, quando,

- no momento da adoção, a referida decisão administrativa ainda não estava sujeita às disposições do direito da União, em particular a Diretiva 2000/78, mas, no entanto,
- uma (hipotética) decisão análoga seria contrária à Diretiva 2000/78 caso tivesse sido adotada no âmbito de aplicação temporal da diretiva.

⁶⁶ Dispositivo do Acórdão de 6 de outubro de 1993, Ten Oever (C-109/91, EU:C:1993:833). O sublinhado é meu.