



## Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
MICHAL BOBEK  
apresentadas em 10 de setembro de 2019<sup>1</sup>

**Processo C-450/18**

**WA  
contra  
Instituto Nacional de la Seguridad Social**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Tribunal do Trabalho n.º 3 de Girona, Espanha)]

«Reenvio prejudicial — Trabalhadores do sexo feminino e trabalhadores do sexo masculino — Igualdade de tratamento em matéria de segurança social — Diretiva 79/7/CEE — Pensão de invalidez — Complemento de pensão concedido a mãe de dois ou mais filhos pelo facto de ser beneficiária de uma pensão contributiva da segurança social — Artigo 157.º, n.º 4, TFUE — Ação positiva — Medidas destinadas a compensar desvantagens na carreira profissional dos trabalhadores do sexo feminino»

### I. Introdução

1. O direito espanhol estabelece que as *mulheres que têm um ou mais filhos biológicos ou adotados* têm direito a um complemento da sua pensão contributiva da segurança social de reforma, pensão de viuvez ou de invalidez permanente. O demandante no processo principal (a seguir «demandante»), pai de duas filhas, impugnou uma decisão da autoridade nacional de segurança social que recusou reconhecer-lhe o direito a beneficiar de um complemento semelhante aplicado sobre a sua pensão de incapacidade permanente.

2. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a norma nacional que estabelece o complemento de pensão para as mulheres e que não reconhece o mesmo direito aos homens viola a proibição, pelo direito da União, de discriminação em razão do sexo.

3. O Tribunal de Justiça já teve oportunidade de abordar a questão dos regimes de pensões que concedem vantagens ligadas à maternidade apenas aos trabalhadores do sexo feminino. Contudo, os Acórdãos Griesmar<sup>2</sup> e Leone<sup>3</sup> diziam respeito a pensões profissionais dos funcionários que se enquadravam no princípio da igualdade de remuneração consagrado no artigo 157.º TFUE. No presente processo, o Tribunal de Justiça é chamado a decidir se deve ser seguida uma abordagem semelhante no âmbito de processos relativos a prestações que fazem parte de um regime geral de pensões da segurança social.

<sup>1</sup> Língua original: inglês.

<sup>2</sup> Acórdão de 29 de novembro de 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648).

<sup>3</sup> Acórdão de 17 de julho de 2014 (C-173/13, EU:C:2014:2090).

## II. Quadro jurídico

### A. Direito da União

4. Nos termos do terceiro considerando da Diretiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social<sup>4</sup>, «a realização do princípio da igualdade de tratamento em matéria de segurança social não prejudica as disposições relativas à proteção da mulher em razão da maternidade e [...], neste âmbito, podem ser adotadas pelos Estados-Membros disposições específicas em favor das mulheres, destinadas a sanar as desigualdades de facto».

5. A Diretiva 79/7 tem por objetivo, segundo o seu artigo 1.º, «a realização progressiva, no domínio da segurança social e de outros elementos de proteção social previsto[s] no artigo 3.º, do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, a seguir denominado “princípio da igualdade de tratamento”».

6. Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, a Diretiva 79/7 é aplicável:

«a) Aos regimes legais que assegurem uma proteção contra os seguintes riscos:

[...]

– invalidez,

[...]»

7. O artigo 4.º da Diretiva 79/7 estabelece:

«1. O princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer direta, quer indiretamente por referência, nomeadamente, ao estado civil ou familiar especialmente no que respeita:

[...]

– ao cálculo das prestações, incluindo os acréscimos devidos na qualidade de cônjuge e por pessoa a cargo e as condições de duração e de manutenção do direito às prestações.

2. O princípio da igualdade de tratamento não prejudica as disposições relativas à proteção da mulher em razão da maternidade.»

8. Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 79/7, esta não prejudica o direito de os Estados-Membros excluírem do seu âmbito de aplicação «as vantagens concedidas em matéria de seguro de velhice às pessoas que tenham educado menores» e «a aquisição de direitos às prestações na sequência de período[s] de interrupção de emprego devidos à educação de menores».

<sup>4</sup> JO 1979, L 6, p. 24; EE 05 F2 p. 174.

## **B. Direito espanhol**

9. O artigo 60.º, n.º 1, da Ley General de la Seguridad Social (Lei Geral da Segurança Social, a seguir «LGSS») <sup>5</sup> dispõe:

«É concedido um complemento de pensão, em razão do seu contributo demográfico para a segurança social, às mulheres que tenham tido filhos biológicos ou adotados e que sejam beneficiárias, em qualquer regime do sistema da segurança social, de pensões contributivas de reforma, de viuvez ou de incapacidade permanente.

Esse complemento, que, para todos os efeitos, tem natureza jurídica de pensão contributiva, consiste num montante equivalente ao resultado da aplicação à quantia inicial da referida pensão de uma percentagem determinada, que varia em função do número de filhos de acordo com a seguinte escala:

- a) Em caso de 2 filhos: 5 %.
- b) Em caso de 3 filhos: 10 %.
- c) Em caso de 4 filhos ou mais: 15 %.

Para determinar o direito ao complemento e o seu montante, apenas são considerados os filhos nascidos ou adotados antes do facto gerador da pensão respetiva.»

## **III. Matéria de facto, tramitação e questão prejudicial**

10. Por Decisão do Instituto Nacional de la Seguridad Social (Instituto Nacional da Segurança Social, Espanha, a seguir «INSS») de 25 de janeiro de 2017, foi concedida ao demandante uma pensão de invalidez permanente absoluta de 100 % da base de cálculo, no valor mensal de 1 603,43 euros, acrescidos de reavaliações.

11. O demandante apresentou uma reclamação administrativa contra essa decisão alegando, em substância, que, sendo pai de duas filhas, tem direito a receber um complemento, no montante de 5 % da pensão, nas mesmas condições que as mulheres.

12. Por Decisão de 9 de junho de 2017, o INSS indeferiu a referida reclamação administrativa e confirmou a sua Decisão de 25 de janeiro de 2017. O INSS afirmou que o complemento de maternidade, tal como o nome indica, é um complemento reconhecido exclusivamente às mulheres beneficiárias de uma prestação contributiva da segurança social, que sejam mães de dois ou mais filhos, a título do seu contributo demográfico para a segurança social.

13. Em 23 de maio de 2017, o demandante intentou uma ação contra o INSS no Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Tribunal do Trabalho n.º 3 de Girona, Espanha), o órgão jurisdicional de reenvio. O demandante pediu o reconhecimento do direito a beneficiar de um complemento de pensão de 5 % do montante de base da pensão de invalidez permanente absoluta, sob a forma de um complemento por maternidade, reconhecido pelo artigo 60.º, n.º 1, da LGSS.

<sup>5</sup> Aprovada pelo Real Decreto Legislativo 1/1994 (Real Decreto Legislativo 1/1994), de 20 de junho de 1994 (BOE n.º 154, de 29 de junho de 1994, p. 20658) na versão consolidada aprovada pelo Real Decreto Legislativo 8/2015 (Real Decreto Legislativo 8/2015), de 30 de outubro de 2015 (BOE n.º 261, de 31 de outubro de 2015, p. 103291), conforme alterado pela Ley 48/2015, de 29 de outubro, de Presupuestos generales del Estado para el año 2016 (Lei 48/2015, relativa ao Orçamento Geral do Estado para o exercício de 2016) (BOE n.º 260, de 30 de outubro de 2015, p. 101965).

14. Em 18 de maio de 2018, o órgão jurisdicional de reenvio tomou conhecimento do falecimento do demandante em 9 de dezembro de 2017. A sua mulher, na qualidade de sucessora legal, ocupou a posição processual do demandante no processo principal<sup>6</sup>.

15. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o conceito de «contributo demográfico» é uma qualidade válida tanto para os homens como para as mulheres, uma vez que tanto a reprodução como a responsabilidade pelo cuidado, atenção, alimentação e educação dos filhos é válida para qualquer pessoa que tenha a qualidade de pai ou mãe e independentemente do seu sexo. Acresce que a interrupção do trabalho como consequência do nascimento ou adoção dos filhos ou para cuidar dos filhos, naturais ou adotados, pode ser de igual modo danosa para homens e mulheres. O órgão jurisdicional de reenvio considera que, deste ponto de vista, a regulamentação do complemento de maternidade do artigo 60.º, n.º 1, da LGSS estabelece uma diferença injustificada em benefício das mulheres, em prejuízo dos homens que se encontrem numa situação equivalente.

16. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio reconhece que, de um ponto de vista *biológico*, há um fator de diferenciação inegável, uma vez que as mulheres estão sujeitas, na procriação, a um sacrifício pessoal, de saúde e de trabalho muito maior do que os homens. As mulheres têm de enfrentar um período de gravidez e um nascimento que implica sacrifícios biológicos e fisiológicos, com os danos que isso comporta, não só no plano físico como no plano laboral. O órgão jurisdicional de reenvio considera que, do ponto de vista biológico, o complemento por maternidade previsto no artigo 60.º n.º 1, da LGSS institui, de forma justificada, um complemento a favor das mulheres. Nenhum homem se encontra numa situação equivalente. A situação de um trabalhador não é comparável à de uma trabalhadora que tem de enfrentar as desvantagens profissionais decorrentes da interrupção do trabalho em razão gravidez e do nascimento do filho. Esse órgão jurisdicional tem, no entanto, dúvidas quanto às implicações para o presente processo da jurisprudência do Tribunal de Justiça, em especial do Acórdão Griesmar<sup>7</sup>.

17. Nestas condições, o Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Tribunal do Trabalho n.º 3 de Girona) decidiu suspender a instância e submeter a seguinte questão prejudicial:

«Uma norma de direito nacional (concretamente, o artigo 60.º, n.º 1, da [LGSS]) que reconhece a titularidade do direito a um complemento de pensão às mulheres que tenham tido filhos biológicos ou adotados e sejam beneficiárias de um regime do sistema da segurança social de pensões contributivas de reforma, viuvez ou incapacidade permanente, em razão do contributo dessas mulheres para a segurança social, e que, ao invés, não concede a titularidade desse direito aos homens que se encontrem em situação idêntica, viola o princípio da igualdade de tratamento que proíbe qualquer discriminação em razão do sexo, que é reconhecido pelo artigo 157.º [TFUE] e pela Diretiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, [conforme alterada] pela Diretiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, e reformulada pela Diretiva 2006/54/CE, de 5 de julho de 2006, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho?»

18. Foram apresentadas observações escritas pelo demandante, pelo INSS e pela Comissão Europeia. Estas partes interessadas, bem como o Governo espanhol, apresentaram observações orais na audiência de 13 de junho de 2019.

6 As referências ao demandante constantes das presentes conclusões devem ser interpretadas em conformidade.

7 Acórdão de 29 de novembro de 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648).

#### IV. Análise

19. As presentes conclusões estão estruturadas da seguinte forma. Começarei pela identificação do direito da União aplicável à prestação em causa no presente processo (A). Passo, em seguida, à interpretação das disposições pertinentes aplicáveis ao presente processo que constam da Diretiva 79/7 (B). Por último, uma vez que concluo que esta diretiva deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma medida como a que está em causa no presente processo, analisarei se a norma nacional pode, não obstante, ser abrangida pela exceção geral relativa à «discriminação positiva» prevista no artigo 157.º, n.º 4, TFUE (C).

##### A. Direito da União aplicável

20. A decisão de reenvio suscita a questão da compatibilidade do artigo 60.º, n.º 1, da LGSS com o princípio da igualdade de tratamento consagrado no artigo 157.º TFUE e na Diretiva 2006/54/CE relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional<sup>8</sup>.

21. O demandante subscreve o quadro jurídico da União identificado na decisão de reenvio. Pelo contrário, o INSS, o Governo espanhol e a Comissão não concordam com esta posição e consideram que a Diretiva 79/7 é o instrumento do direito da União aplicável ao presente processo. O demandante alega, a título subsidiário, que esta diretiva é, em todo o caso, aplicável.

22. Concordo que o instrumento jurídico aplicável é a Diretiva 79/7.

23. O Tribunal de Justiça está naturalmente vinculado aos factos do processo tal como estabelecidos pelo órgão jurisdicional de reenvio, bem como ao âmbito das questões e ao quadro geral do processo, nos termos definidos na sua decisão de reenvio. No entanto, não é esse o caso no que diz respeito ao direito da União aplicável. Compete ao Tribunal de Justiça interpretar todas as disposições pertinentes do direito da União de que os órgãos jurisdicionais nacionais necessitem para decidir dos litígios que lhes são submetidos, mesmo que essas disposições não sejam identificadas nas questões submetidas ao Tribunal de Justiça<sup>9</sup>. *Iura (Europae) novit Curia (Europea)*.

24. O direito da União distingue os regimes de pensões profissionais, que são abrangidos pelo conceito de «remuneração» previsto no artigo 157.º, n.ºs 1 e 2, TFUE<sup>10</sup>, dos regimes legais de segurança social, que não o são<sup>11</sup>.

25. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, os «regimes ou prestações de segurança social, nomeadamente as pensões de aposentação, diretamente reguladas pela lei, sem qualquer elemento de concertação no seio da empresa ou do ramo profissional interessado, obrigatoriamente aplicáveis a categorias gerais de trabalhadores» não podem ser incluídos no conceito de «remuneração» constante do artigo 157.º TFUE. Desde logo, porque «estes regimes asseguram, com efeito, aos trabalhadores o benefício de um sistema legal para cujo financiamento contribuem trabalhadores, entidades patronais e, eventualmente, os poderes públicos, numa medida que é menos função da relação de emprego entre a entidade patronal e o trabalhador do que de considerações de política social»<sup>12</sup>.

8 Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006 (JO 2006, L 204, p. 23).

9 V., neste sentido, por exemplo, Acórdão de 19 de setembro de 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, n.ºs 40, 41 e jurisprudência referida).

10 V., por exemplo, Acórdão de 17 de maio de 1990, Barber (C-262/88, EU:C:1990:209, n.ºs 25 a 28).

11 V., por exemplo, Acórdão de 25 de maio de 1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, n.ºs 7 e 8).

12 V., por exemplo, Acórdão de 25 de maio de 1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, n.ºs 7 e 8).

26. Na audiência, o demandante alegou que o presente processo diz respeito a uma pensão contributiva relacionada com o emprego anterior. Um salário mais elevado dá direito a uma pensão mais elevada. É por esta razão que, na sua opinião, a prestação em causa deve ser considerada uma «remuneração» na aceção do artigo 157.º, n.º 2, TFUE.

27. É certo que, como o demandante alega, a jurisprudência identificou *o critério do emprego* como um fator determinante para caracterizar um regime de pensões como «remuneração»<sup>13</sup>. No entanto, o facto de um regime de pensões ser financiado através de contribuições cujo cálculo depende do salário dificilmente transforma o regime de pensões automaticamente em «remuneração». Com efeito, o critério definido pelo Tribunal de Justiça implica uma análise global que não se baseia num único critério, como a natureza contributiva de uma prestação<sup>14</sup>. Embora as prestações de segurança social possam estar ligadas ao conceito de remuneração e relacionadas com o emprego por via das contribuições, as prestações reguladas pela lei sem qualquer elemento de concertação no seio da empresa ou do ramo profissional aplicável às categorias gerais de trabalhadores não são consideradas incluídas no conceito de «remuneração»<sup>15</sup>.

28. O Tribunal de Justiça já teve oportunidade de abordar diferentes questões relacionadas com prestações no âmbito do regime geral de segurança social espanhol. Considerou reiteradamente que as prestações contributivas, como as pensões de reforma e as prestações de desemprego, bem como a pensão de invalidez permanente, às quais se aplica o complemento em causa no presente processo, não estão incluídas no conceito de «remuneração», mas sim abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva 79/7<sup>16</sup>.

29. Na minha opinião, não há motivo para não seguir a mesma abordagem no presente processo. Dificilmente restam dúvidas de que a prestação em causa no presente processo se inclui num regime de segurança social regulado pela lei — com exclusão de qualquer elemento de concertação — e que é aplicável à população ativa em geral e não a uma categoria específica de trabalhadores.

30. A Diretiva 2006/54 segue a mesma distinção estabelecida pela jurisprudência relativa ao artigo 157.º, n.º 2, TFUE no que respeita ao conceito de «remuneração». O âmbito de aplicação da diretiva está especificamente limitado aos «regimes profissionais de segurança social», cuja definição exclui os regimes legais de segurança social<sup>17</sup>.

31. Consequentemente, a prestação em causa no presente processo não está incluída no conceito de «remuneração», na aceção do artigo 157.º, n.º 2, TFUE. E, por conseguinte, também não é abrangida pela Diretiva 2006/54.

13 V., por exemplo, Acórdão de 28 de setembro de 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, n.º 43), ou de 29 de novembro de 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, n.º 28).

14 Quanto à natureza contributiva de uma prestação e à sua qualificação como «remuneração», v. Conclusões da advogada-geral E. Sharpston no processo Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:223, n.ºs 34 a 38).

15 V., neste sentido, por exemplo, Acórdão de 25 de maio de 1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, n.ºs 7 e 8), ou de 28 de setembro de 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, n.º 24).

16 No que respeita às pensões contributivas de reforma, também abrangidas pelo complemento de pensão em causa no presente processo, v., por exemplo, Acórdãos de 22 de novembro de 2012, Elbal Moreno (C-385/11, EU:C:2012:746, n.º 26), e de 8 de maio de 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382, n.º 56). Quanto à prestação de desemprego, v. Acórdão de 9 de novembro de 2017, Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:833, n.ºs 33 e 34). No que diz respeito à pensão de invalidez, v. Acórdãos de 16 de julho de 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, n.º 63), e de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández (C-527/13, EU:C:2015:215, n.ºs 26 e 34).

17 V. considerando 13 e 14. Nos termos do seu artigo 1.º, alínea c), a Diretiva 2006/54 é aplicável aos «regimes profissionais de segurança social», sendo estes expressamente definidos no artigo 2.º, n.º 1, alínea f), como «os regimes não regulados pela Diretiva 79/7[...]».

32. O instrumento jurídico da União aplicável ao presente processo é, pois, a Diretiva 79/7. A prestação em causa complementa uma pensão de invalidez permanente da segurança social que faz parte de um regime legal de proteção contra um dos riscos enumerados no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da referida diretiva, ou seja, a invalidez. Tal como a pensão em si mesma, o complemento está direta e efetivamente ligado à proteção contra o risco de invalidez. Está intrinsecamente ligado à concretização desse risco e procura assegurar que os seus beneficiários sejam devidamente protegidos contra o risco de invalidez<sup>18</sup>, reduzindo a disparidade entre homens e mulheres<sup>19</sup>.

33. Todas estas considerações levam-me a concluir pela necessidade de reformular a questão prejudicial no sentido de ser enquadrada na Diretiva 79/7.

### ***B. A Diretiva 79/7 opõe-se a uma medida como a que está em causa no presente processo?***

34. A análise da compatibilidade da norma nacional em causa com a Diretiva 79/7 inclui três etapas. Em primeiro lugar, as mulheres e homens encontram-se numa situação comparável para efeitos da aplicação da norma nacional em causa (1)? Em segundo lugar, a norma nacional em causa constitui uma discriminação na aceção do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 79/7 (2)? Em terceiro lugar, se for esse o caso, pode o artigo 60.º, n.º 1, da LGSS ser abrangido por uma das derrogações previstas no artigo 7.º da referida diretiva (3)?

#### *1. Quanto à comparabilidade*

35. Uma discriminação consiste na aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou na aplicação da mesma regra a situações diferentes<sup>20</sup>. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a análise da comparabilidade não deve ser efetuada de modo global e abstrato, mas de modo específico e concreto, *à luz da prestação em causa*. Tal implica ter em devida conta os objetivos da medida nacional específica ou da prestação em causa<sup>21</sup>. Por conseguinte, os objetivos legislativos (indicados) são especialmente pertinentes quando se trata de determinar a comparabilidade entre trabalhadores do sexo feminino e trabalhadores do sexo masculino.

36. A jurisprudência do Tribunal de Justiça, bem como o direito derivado, identificaram situações em que os trabalhadores do sexo feminino e os trabalhadores do sexo masculino não são simplesmente comparáveis devido à condição biológica das mulheres, entendida como abrangendo a gravidez, o parto e o período imediatamente a seguir ao parto.

37. Por um lado, no que respeita à situação da licença de *maternidade*, o Tribunal de Justiça declarou que as mulheres «encontram-se numa situação específica que exige que lhes seja concedida uma proteção especial, mas que não pode ser equiparada à de um homem, nem à de uma mulher que ocupa efetivamente o seu posto de trabalho»<sup>22</sup>. O Tribunal de Justiça afirmou reiteradamente que «a situação do trabalhador masculino não é comparável à do trabalhador feminino se a vantagem atribuída apenas ao trabalhador feminino se destina a compensar as desvantagens profissionais que resultam para esse trabalhador do seu afastamento do trabalho, inerente à licença de maternidade»<sup>23</sup>.

18 V., neste sentido, no que respeita aos mecanismos de atualização, Acórdão de 20 de outubro de 2011, Brachner (C-123/10, EU:C:2011:675, n.ºs 42 e segs.).

19 V., quanto aos objetivos da medida, secção B, 1, alínea b), das presentes conclusões.

20 V., por exemplo, Acórdão de 14 de julho de 2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, n.º 39 e jurisprudência referida).

21 V., neste sentido, por exemplo, Acórdãos de 1 de outubro de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, n.º 33), e de 19 de julho de 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, n.º 25 e jurisprudência referida). Quanto à análise da comparabilidade, v. mais pormenorizadamente minhas Conclusões no processo Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, n.ºs 64 a 79).

22 V., por exemplo, Acórdãos de 13 de fevereiro de 1996, Gillespie e o. (C-342/93, EU:C:1996:46, n.º 17), e de 14 de julho de 2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, n.º 39).

23 Acórdão de 29 de novembro de 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, n.º 41). V., igualmente, Acórdão de 16 de setembro de 1999, Abdoulaye e o. (C-218/98, EU:C:1999:424, n.ºs 18, 20 e 22).

38. Por outro lado, o Tribunal de Justiça considerou que as situações das mães e dos pais trabalhadores são comparáveis em relação a muitas outras circunstâncias relacionadas com a *parentalidade e a guarda dos filhos*. As mulheres e os homens encontram-se numa situação comparável na sua qualidade de pais e no que se refere à educação dos filhos<sup>24</sup>. Consequentemente, encontram-se numa situação comparável, por exemplo, tendo em conta a necessidade em que ambos se podem encontrar de ter de reduzir o seu tempo de trabalho diário para se ocuparem dos filhos<sup>25</sup>, ou da sua necessidade de recorrer a serviços de infantário devido à circunstância de exercerem um emprego<sup>26</sup>.

39. Assim, é indispensável determinar no presente processo se a legislação nacional em causa está relacionada com as características biológicas específicas das mulheres no que se refere à gravidez, ao parto e à maternidade (a). Se não for esse o caso, torna-se crucial identificar os objetivos concretos da medida em causa, a fim de determinar se os trabalhadores do sexo feminino e os trabalhadores do sexo masculino se encontram numa situação comparável a esse respeito (b).

*a) Uma medida relativa à proteção da mulher em razão da maternidade na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 79/7?*

40. O artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 79/7 estabelece que «[o] princípio da igualdade de tratamento não prejudica as disposições relativas à proteção da mulher *em razão da maternidade*». Nos termos do terceiro considerando dessa diretiva, «a realização do princípio da igualdade de tratamento em matéria de segurança social não prejudica as disposições relativas à proteção da mulher em razão da maternidade» e, «neste âmbito, podem ser adotadas pelos Estados-Membros disposições específicas em favor das mulheres, destinadas a sanar as desigualdades de facto».

41. Esta disposição pode ser considerada um reconhecimento da falta de comparabilidade entre homens e mulheres, tendo em conta a sua condição biológica, em conformidade com a jurisprudência acima referida no n.º 37 das presentes conclusões.

42. A medida em causa pode ser considerada uma das disposições «relativas à proteção da mulher em razão da maternidade», na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 79/7?

43. O Governo espanhol e o INSS alegam que o artigo 60.º, n.º 1, da LGSS está abrangido pelo artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 79/7. O INSS afirma que a medida está intrinsecamente associada à maternidade, uma vez que as mulheres por ela abrangidas são mães: caso não exista maternidade, a situação que a norma nacional tenta resolver não é, de todo, suscitada. Na audiência, o Governo espanhol alegou que o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 79/7 deve ser interpretado no sentido de que permite medidas de discriminação positiva em razão da maternidade e deve ser interpretado em sentido amplo, à luz do artigo 157.º, n.º 4, TFUE e do artigo 23.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).

44. Pelo contrário, o demandante e a Comissão consideram que a medida em causa não pode ser abrangida pelo artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 79/7. Estas partes interessadas defendem que essa disposição deve ser interpretada de forma restritiva, no sentido de que abrange apenas os aspetos associados à condição biológica das mulheres. É o caso, nomeadamente, do período abrangido pela licença de maternidade.

24 V., por exemplo, Acórdãos de 25 de outubro de 1988, Comissão/França (312/86, EU:C:1988:485, n.º 14); de 29 de novembro de 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, n.º 56); de 26 de março de 2009, Comissão/Grécia (C-559/07, não publicado, EU:C:2009:198, n.º 69); e de 16 de julho de 2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, n.º 47).

25 Acórdão de 30 de setembro de 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, n.º 24).

26 Acórdão de 19 de março de 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, n.º 30).



45. A expressão «em razão da maternidade» não é definida pela Diretiva 79/7. Tanto quanto é do meu conhecimento, o artigo 4.º, n.º 2, da referida diretiva não foi, até à data, interpretado pelo Tribunal de Justiça. No entanto, o Tribunal de Justiça interpretou, por diversas vezes, disposições semelhantes no contexto do artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 76/207<sup>27</sup>, que, em termos análogos aos do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 79/7, estabeleceu que esta «não constitui obstáculo às disposições relativas à proteção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade».

46. O Tribunal de Justiça considerou, no contexto do artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 76/207, que a exceção relativa à «maternidade» se deve interpretar restritivamente<sup>28</sup>. O Tribunal de Justiça tem sistematicamente associado a sua aplicação à condição biológica das mulheres e às relações especiais entre a mulher e os seus filhos. Por conseguinte, apenas têm sido consideradas abrangidas por essa disposição as medidas associadas à proteção das mulheres durante a gravidez, o parto e a licença de maternidade<sup>29</sup>. Pelo contrário, as medidas não estritamente associadas à proteção das mulheres nessas situações não foram consideradas abrangidas pela exceção relativa à «maternidade»<sup>30</sup>.

47. Esta interpretação restritiva do conceito de «maternidade» também foi aplicada pelo Tribunal de Justiça para determinar se as situações dos trabalhadores do sexo feminino e dos trabalhadores do sexo masculino são comparáveis para efeitos da aplicação do princípio da igualdade de remuneração previsto no artigo 157.º TFUE em matéria de pensões profissionais. No Acórdão Griesmar, o Tribunal de Justiça declarou que uma medida pode ser admitida se se destinar a «compensar as desvantagens profissionais que resultam para os funcionários femininos do seu afastamento do trabalho durante o período subsequente ao parto, caso em que a situação dos trabalhadores masculinos não é comparável à de um trabalhador feminino»<sup>31</sup>. No entanto, o Tribunal de Justiça recusou-se expressamente a considerar as desvantagens que as mulheres sofrem na evolução da sua carreira profissional em razão do papel preponderante que lhes é atribuído na educação dos filhos como estando ligadas à «licença de maternidade», ou a qualquer desvantagem que resulta do seu afastamento do trabalho durante o período subsequente ao parto<sup>32</sup>. Isto deveu-se, em parte, ao facto de a bonificação em causa nesse processo ter sido igualmente atribuída no caso de crianças adotadas, sem que estivesse dependente da prévia atribuição à mãe de uma licença de adoção<sup>33</sup>.

48. Assim, o conceito de «maternidade», tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, diz respeito à realidade biológica específica que faz com que as mulheres e os homens não sejam comparáveis: a gravidez, o parto e a licença de maternidade. Tal limita o objeto dessa proteção especial, não só em razão da matéria mas também, logicamente, *ratione temporis*, uma vez que não se pode considerar que a exceção relativa à maternidade abrange qualquer (quaisquer) acontecimento(s) ou situação(ões) subsequente(s) pelo simples facto de se ter sido mãe. A *maternidade* [*maternity*] deve, assim, ser interpretada de forma restritiva. Não pode ser equiparada aos conceitos mais gerais de «*ser mãe*» [*motherhood*] ou de *parentalidade*.

27 Artigo 2.º, n.º 7, conforme alterado, da Diretiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO 1976, L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70), conforme alterada pela Diretiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002 (JO 2002, L 269, p. 15). Este artigo foi substituído pelo artigo 28.º da Diretiva 2006/54.

28 V., por exemplo, Acórdão de 15 de maio de 1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, n.º 44).

29 V., por exemplo, em matéria de licença de maternidade, Acórdão de 12 de julho de 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, n.ºs 25 e 26); e sobre as modalidades específicas relativas à possibilidade de utilização de uma licença pela mãe ou pelo pai, ambos trabalhadores por conta de outrem, Acórdão de 19 de setembro de 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, n.ºs 61 a 65).

30 V., por exemplo, Acórdãos de 25 de outubro de 1988, Comissão/França (312/86, EU:C:1988:485, n.ºs 13 e 14), relativo a vários «direitos especiais das mulheres» destinados a proteger as mulheres, enquanto indivíduos trabalhadores com certa idade ou progenitores, e de 30 de setembro de 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, n.ºs 26 a 31), a respeito de um período de licença que, apesar de ser designada por «dispensa para aleitação», estava efetivamente desligada da aleitação natural enquanto tal e podia ser considerada como visando a guarda dos filhos. V., igualmente, neste sentido, Acórdão de 16 de julho de 2015, Maistrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, n.º 51), relativo à licença parental.

31 Acórdão de 29 de novembro de 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648, n.º 46).

32 Acórdão de 29 de novembro de 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, n.º 51).

33 Acórdão de 29 de novembro de 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, n.º 52).

49. O INSS e o Governo espanhol propõem um afastamento desta abordagem no contexto da Diretiva 79/7 e um entendimento mais amplo do conceito de «maternidade», no sentido de «ser mãe». Quando questionado, na audiência, sobre as razões para sugerir um entendimento tão amplo, o Governo espanhol argumentou que o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 79/7 deve ser interpretado, à luz do artigo 157.º, n.º 4, TFUE e do artigo 23.º da Carta, como uma porta aberta a medidas de discriminação positiva relativamente à maternidade no seu sentido mais amplo.

50. Esta linha de raciocínio não me convence. Como explicarei em pormenor mais adiante<sup>34</sup>, poderia ser possível encontrar uma potencial base jurídica para uma ação positiva no contexto do presente processo fora da Diretiva 79/7, ou seja, no artigo 157.º, n.º 4, TFUE. A este respeito, basta observar que as medidas que permitem um tratamento diferenciado entre as mulheres e os homens e que são medidas de proteção em razão da maternidade no âmbito de aplicação da Diretiva 79/7 assentam numa premissa e numa lógica diferentes das regras gerais das ações positivas previstas no artigo 157.º, n.º 4, TFUE. Não me parece ser um método adequado para a interpretação da lei propor que, *a posteriori*, as disposições gerais sobre ações positivas possam distorcer interpretativamente o entendimento da comparabilidade na legislação setorial específica mais antiga, tornando ineficaz, na prática, uma das suas principais disposições.

51. Em suma, não vejo motivos válidos para dar ao conceito «em razão da maternidade» um significado diferente e mais amplo no contexto da Diretiva 79/7. Pelo contrário, como a Comissão corretamente adverte: um entendimento amplo da derrogação da «maternidade» permitiria um tratamento diferenciado em situações em que mães e pais trabalhadores se encontram, de facto, numa situação comparável, contrariando assim o próprio objetivo da diretiva.

52. Com base nesta interpretação razoavelmente restritiva do conceito «em razão da maternidade», que, na minha opinião, também deve ser aplicada no contexto da Diretiva 79/7, não vejo como a medida em causa poderia ser considerada abrangida pela exceção prevista no artigo 4.º, n.º 2 desta diretiva.

53. Uma visão rápida das características específicas da medida em causa confirma, desde logo, esta conclusão. O complemento de maternidade previsto no artigo 60.º, n.º 1, da LGSS não está associado a quaisquer situações específicas de gravidez, parto e licença de maternidade. Com efeito, nenhuma destas situações é exigida para que se beneficie do direito ao complemento de maternidade.

54. Em primeiro lugar, como o demandante observa, nem todos os trabalhadores do sexo feminino que tenham acesso ao complemento de maternidade podem ter beneficiado, de facto, de um período de licença de maternidade. Uma vez que, nos termos da legislação nacional, as licenças de adoção podem ser gozadas tanto por mulheres como por homens<sup>35</sup>, é possível que uma mulher beneficie do complemento de maternidade apesar de não ter gozado a respetiva licença ou, para o efeito, não tenha estado grávida nem tenha dado à luz. Em segundo lugar, quando uma criança tem duas mães<sup>36</sup>, ambas terão direito ao complemento de maternidade, mas apenas uma poderá ter, de facto, gozado a licença de maternidade. Uma vez que a medida em causa não estabelece qualquer condição segundo a qual as mulheres devem ter deixado de trabalhar no momento em que deram à luz, a ligação à licença de maternidade falta igualmente, por exemplo, nas situações em que uma mulher deu à luz antes de entrar no mercado de trabalho. Em terceiro lugar, o facto de a medida não se aplicar a mães de uma só criança confirma que a mesma não está associada à proteção da maternidade.

34 V. secção C, n.ºs 93 e 96 a 98, das presentes conclusões.

35 Nos termos do artigo 48.º, n.º 5, da Ley del Estatuto de los Trabajadores (Lei do Estatuto dos Trabalhadores), conforme alterada pelo Real Decreto Legislativo 2/2015 (Real Decreto Legislativo 2/2015), de 23 de outubro de 2015 (BOE n.º 255, de 24 de outubro de 2015).

36 O demandante esclarece que tal é possível nos termos do artigo 44.º, n.º 5, da Ley 20/2011 del Registro Civil (Lei n.º 20/2011 do Registo Civil), de 21 de julho de 2011 (BOE n.º 175, de 22 de julho de 2011).

55. Assim, em todos os casos, a medida é pouco abrangente em situações que estão clara e objetivamente associadas à maternidade, ao mesmo tempo que é muito abrangente em situações que não o estão. Um modelo legislativo desta natureza dificilmente se enquadra nos limites do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 79/7.

56. Aparentemente, tanto o INSS como o Governo espanhol acabaram por reconhecer que o objetivo específico do artigo 60.º, n.º 1, da LGSS é muito mais amplo do que o objetivo de proteção da mulher em razão da maternidade na aceção (restritiva) acima referida.

57. Todas estas considerações confirmam que o artigo 60.º, n.º 1, da LGSS não contém nenhum elemento que estabeleça uma relação entre o complemento e as desvantagens profissionais ligadas ao conceito de «maternidade» na aceção do artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 79/7.

*b) Quais são os objetivos da medida em causa no processo principal?*

58. Nos termos do artigo 60.º, n.º 1, da LGSS, o complemento de maternidade foi introduzido em reconhecimento de um «contributo demográfico» para a segurança social. Como salienta a Comissão, o preâmbulo da lei que adota a medida não prevê outra justificação mais específica<sup>37</sup>.

59. Se nos concentrássemos no objetivo declarado do artigo 60.º, n.º 1, da LGSS, seria difícil entender como é que as mulheres e os homens não se encontram numa situação comparável no que se refere ao seu «contributo demográfico» para o sistema de segurança social, uma vez que ambos ainda parecem ser necessários para a procriação<sup>38</sup>.

60. No entanto, como resulta dos trabalhos preparatórios e do contexto político descrito pela Comissão, pelo INSS e pelo Governo espanhol, a medida em causa foi inspirada num objetivo muito mais amplo que pretende atingir.

61. Resulta das observações da Comissão, bem como da resposta escrita do Governo espanhol à questão colocada pelo Tribunal de Justiça, que a alteração parlamentar que está na origem da medida em causa assinalou a necessidade de reconhecer a dimensão das pensões em razão do género e de eliminar ou, pelo menos, *reduzir a disparidade entre homens e mulheres em matéria de pensões*<sup>39</sup>. Isto deve-se ao facto de as mulheres abandonarem mais frequentemente o seu trabalho para cuidar dos filhos, o que tem um impacto direto nos seus rendimentos, bem como nas suas pensões, dando origem ao fenómeno conhecido como «dupla penalização»<sup>40</sup>. A medida visa, pois, introduzir o conceito de «contributo demográfico», a fim de reconhecer os esforços feitos pelas mulheres para cuidar e educar os filhos em detrimento da sua atividade profissional<sup>41</sup>. O Tribunal Constitucional espanhol considerou igualmente ser este o objetivo implícito da medida adotada: visa compensar as mães que, apesar da sua intenção de ter uma vida profissional mais longa, se dedicaram à guarda dos filhos, pelo que não puderam pagar contribuições durante tantos anos como os outros trabalhadores<sup>42</sup>.

37 Lei 48/2015, relativa ao Orçamento Geral do Estado para o exercício de 2016.

38 Apesar de algumas hesitações iniciais quanto à possibilidade de ativação por via de partenogénese de oócitos a partir do processo de desenvolvimento de um ser humano num óvulo humano não fecundado (v. Acórdão de 18 de outubro de 2011, Brüstle, C-34/10, EU:C:2011:669, n.º 36, mas v. Acórdão de 18 de dezembro de 2014, International Stem Cell, C-364/13, EU:C:2014:2451, n.º 38), parece que, mesmo nos termos do direito da União, ambos os sexos continuam a ser necessários para a conceção.

39 Boletín Oficial de las Cortes Generales — Congreso de los Diputados (1 de setembro de 2015, Série A, n.º 163-4, pp. 2812 a 2814).

40 Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017 (Programa Integral de Apoio às Famílias), aprovado pelo Conselho de Ministros em 14 de maio de 2015 (disponível em [www.msbs.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf](http://www.msbs.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf)).

41 Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas (Relatório sobre o complemento de maternidade nas pensões contributivas) enviado pelo Governo espanhol à Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (Comissão de avaliação e acompanhamento dos Acordos do Pacto de Toledo) em junho de 2015.

42 Despacho do Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional, Espanha) de 16 de outubro de 2018, n.º 3307-2018, ES:TC:2018:114A, n.º 3, alínea b).

62. Além disso, o INSS apresentou dados estatísticos que demonstram que as contribuições para a segurança social estão diretamente relacionadas com o género e o número de filhos. Segundo esses dados, a disparidade entre homens e mulheres em matéria de pensões tem um maior impacto nas mulheres que sejam mães de dois ou mais filhos.

63. Uma primeira conclusão preliminar pode ser retirada dos elementos que acabam de ser referidos. É evidente que a medida em causa *não* visa, de facto, proteger as mulheres que assumem a responsabilidade da guarda dos filhos. Com efeito, o artigo 60.º, n.º 1, da LGSS não prevê nenhum requisito que ligue a prestação em causa à efetiva guarda dos filhos. Não exige que sejam demonstrados um período de licença, uma interrupção do emprego ou, pelo menos, uma redução do horário de trabalho. É certo que, mesmo que fosse esse o objetivo declarado, este seria pouco útil, uma vez que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, os pais e as mães se encontram numa situação comparável no que diz respeito à guarda dos filhos<sup>43</sup>.

64. A segunda conclusão preliminar é que o verdadeiro objetivo da medida em causa parece ser o de *reduzir a disparidade entre homens e mulheres* em matéria de pensões, com base em dados estatísticos gerais que mostram que as mulheres que são mães de mais de um filho são particularmente desfavorecidas nos seus direitos a pensão.

65. Este último objetivo coloca imediatamente a questão de saber se essa situação estrutural de desigualdade é suficiente para tornar não comparáveis as mulheres e os homens, qualquer que seja a situação em que estes se encontrem.

66. Na minha opinião, não é esse o caso. É verdade que, em alguns casos, a jurisprudência do Tribunal de Justiça teve em conta as diferenças que afetam grupos diversos de pessoas para rejeitar a sua comparabilidade<sup>44</sup>. No entanto, o Tribunal de Justiça considerou comparável a situação de pessoas pertencentes a diferentes grupos etários que foram afetadas por problemas estruturais, como o desemprego<sup>45</sup>. Além disso, o Tribunal advertiu contra a possibilidade de recorrer a generalizações e a dados estatísticos, precisamente porque são suscetíveis de conduzir a um tratamento discriminatório das mulheres e dos homens numa determinada situação<sup>46</sup>. Com efeito, a existência de provas estatísticas sólidas que demonstram diferenças estruturais que afetam as mulheres não exclui a existência de situações em que as mulheres e os homens se encontram numa situação comparável.

67. Não vejo motivo para não seguir a mesma abordagem no presente processo. Além disso, os argumentos relativos às diferentes situações em que os grupos se encontram, desde que essa diferença não seja tão significativa que os torne totalmente incomparáveis, serão então devidamente apreciados na fase de justificação<sup>47</sup> ou, se for caso disso, no âmbito da apreciação da «ação positiva». Em especial, a «ação positiva» permite uma passagem da abordagem individual para a igualdade, a fim de ter em conta a situação de desvantagem de um grupo, com vista a alcançar uma igualdade substancial<sup>48</sup>.

43 V. jurisprudência indicada nas notas 29 e 30 das presentes conclusões.

44 Acórdão de 1 de outubro de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, n.ºs 37 a 39).

45 V. Acórdão de 19 de julho de 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, n.ºs 26 e 27).

46 V., neste sentido, Acórdão de 3 de setembro de 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, n.º 38). V., igualmente, quanto a argumentos bastante semelhantes aos apresentados pelo Governo espanhol e pelo INSS no presente processo, Acórdão de 29 de novembro de 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, n.º 56).

47 Quanto à modificação no plano interno entre estas categorias, v. minhas Conclusões no processo Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, n.ºs 61 e 62).

48 V., a este respeito, Conclusões do advogado-geral G. Tesaurio no processo Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, n.º 8). V., quanto à minha proposta neste sentido, secção C das presentes conclusões.

68. Assim, devo concluir que a existência de uma desigualdade estrutural geral em matéria de pensões não se opõe a que os trabalhadores do sexo feminino e os trabalhadores do sexo masculino que são pais de dois ou mais filhos se encontrem numa situação comparável no que se refere à prestação em causa, a saber, o acesso a (um complemento de) pensão contributiva de incapacidade.

## 2. Quanto à discriminação

69. Dada a natureza da medida em causa no presente processo, a análise da questão de saber se o artigo 60.º, n.º 1, da LGSS é discriminatório afigura-se muito sucinta. Esta disposição reconhece exclusivamente às mulheres o direito a beneficiar do complemento. Constitui, portanto, uma discriminação direta em razão do sexo, que afeta o cálculo das prestações nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 79/7.

70. Como a Comissão corretamente sublinha, não é possível justificar uma tal situação de discriminação direta no âmbito da Diretiva 79/7<sup>49</sup>. Toda e qualquer discriminação direta em razão do sexo só é possível nos casos enumerados de forma exaustiva pela mesma diretiva<sup>50</sup>. Por conseguinte, há que examinar se a medida em causa pode ser abrangida pelo artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 79/7.

## 3. Artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 79/7

71. Devido à natureza particularmente sensível da segurança social e às diferenças de tratamento generalizadas entre homens e mulheres na negociação da Diretiva 79/7, o artigo 7.º, n.º 1, permitiu aos Estados-Membros excluir determinadas matérias do âmbito de aplicação da diretiva. Com efeito, a Diretiva 79/7 visava «apenas» a realização «progressiva» do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres<sup>51</sup>. As exceções previstas no artigo 7.º, n.º 1, não podem, portanto, estar logicamente associadas a uma tentativa sistemática de proteção das mulheres ou de discriminação positiva. Pelo contrário, visam preservar determinados elementos dos sistemas de segurança social existentes à data em que a diretiva foi adotada<sup>52</sup>.

72. O artigo 7.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 79/7 enuncia as matérias que os Estados-Membros estão autorizados a excluir do seu âmbito de aplicação, nomeadamente as «vantagens concedidas em matéria de seguro de velhice às pessoas que tenham educado menores» e «a aquisição de direitos às prestações na sequência de período[s] de interrupção de emprego devidos à educação de menores».

73. O INSS e o Governo espanhol alegam, em termos gerais, que a medida em causa no presente processo está abrangida por essa exceção.

74. O demandante, pelo contrário, alega que a exceção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), não é aplicável. Em seu entender, esta exceção só é aplicável a seguros de velhice e não às pensões de invalidez como a que está em causa.

49 V., por analogia, Acórdãos de 18 de novembro de 2010, Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703, n.º 41), e de 12 de setembro de 2013, Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, n.º 50).

50 V., neste sentido, Acórdão de 26 de junho de 2018, MB (Mudança de sexo e pensão de reforma) (C-451/16, EU:C:2018:492, n.º 50 e jurisprudência referida).

51 V. Acórdãos de 11 de julho de 1991, Johnson (C-31/90, EU:C:1991:311, n.º 25), e de 16 de julho de 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, n.º 60).

52 Como é sublinhado pela jurisprudência, mesmo que esses objetivos não sejam enunciados nos considerandos da Diretiva 79/7, «[p]ode deduzir-se da natureza das exceções que constam do artigo 7.º, n.º 1, da diretiva que o legislador comunitário pretendeu autorizar os Estados-Membros a manterem temporariamente, em matéria de reformas, as regalias reconhecidas às mulheres, a fim de lhes permitir proceder progressivamente a uma alteração dos regimes de pensão, quanto a este ponto, sem perturbação do equilíbrio financeiro complexo desses regimes, cuja importância não podia ignorar». V., por exemplo, Acórdãos de 30 de abril de 1998, De Vriendt e o. (C-377/96 a C-384/96, EU:C:1998:183, n.º 26), e de 27 de abril de 2006, Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, n.º 35).

75. Não vejo qualquer objeção à aplicação do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), a uma pensão de invalidez permanente. Com efeito, mesmo que a primeira parte dessa disposição se refira a um seguro de «velhice», não é esse o caso da segunda parte, que se refere, de um modo geral, à aquisição de direitos às prestações na sequência de períodos de interrupção de emprego devido à educação de menores. Com efeito, o Tribunal de Justiça já aplicou a exceção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), no contexto de pensões de invalidez permanente concedidas em Espanha<sup>53</sup>.

76. No entanto, é diferente o motivo pelo qual o artigo 7.º, n.º 1, alínea b), não é aplicável no presente processo. Como o demandante corretamente sublinha, o artigo 60.º, n.º 1, da LGSS não está *relacionado com qualquer interrupção efetiva do emprego* devido à educação de menores. O complemento de maternidade é concedido independentemente da existência de uma interrupção no emprego sob a forma de licença de maternidade ou parental ou de qualquer outro tipo<sup>54</sup>.

77. Gostaria de acrescentar, por razões de clareza, que, mesmo que uma medida como a que está em causa estivesse efetivamente ligada a uma interrupção de emprego devido à educação de menores, tal não significaria, na minha opinião, que pudesse ser abrangida pela exceção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea b).

78. Como alegam corretamente a Comissão e o demandante, as exceções previstas no artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 79/7 foram adotadas no contexto de uma *eliminação progressiva* das disparidades de tratamento<sup>55</sup> e devem ser interpretadas de forma restritiva<sup>56</sup>. Embora o artigo 7.º, n.º 2, e o artigo 8.º, n.º 2, da referida diretiva façam referência à possibilidade de «manutenção» das disposições em vigor pelos Estados-Membros, o artigo 7.º, n.º 1, não foi interpretado pelo Tribunal de Justiça como uma cláusula de «standstill» restritiva. A jurisprudência reconhece que o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 79/7 é aplicável à posterior adoção de medidas que não possam ser separadas das medidas preexistentes abrangidas por essa derrogação, bem como às alterações a essas medidas<sup>57</sup>.

79. No entanto, não se pode considerar, em nenhuma interpretação lógica, que a disposição em causa no presente processo esteja ligada a *avanços progressivos* no sentido da plena realização do princípio da igualdade entre homens e mulheres no domínio da segurança social. A medida foi adotada em 2015, várias décadas depois da entrada em vigor da Diretiva 79/7. Foi introduzida num contexto jurídico nacional em que não existia nenhuma disposição semelhante à qual pudesse estar associada. Não é, pois, possível considerar a medida necessária ou inseparável de qualquer regime preexistente que utilize a derrogação prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea b). Além disso, não está ligada ao objetivo geral de preservar o equilíbrio financeiro do sistema de segurança social previsto no artigo 7.º, n.º 1.

80. Por conseguinte, devo concluir que a medida em causa no presente processo não pode ser considerada abrangida pela exceção prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 79/7.

### **C. Artigo 157.º, n.º 4, TFUE**

81. Apesar de considerar que a Diretiva 79/7 se opõe ao artigo 60.º, n.º 1, da LGSS, resta analisar, não obstante, se a medida é admissível nos termos do artigo 157.º, n.º 4, TFUE, disposição que foi amplamente debatida pelas partes interessadas que apresentaram observações no presente processo.

53 Acórdão de 16 de julho de 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, n.ºs 60 e 63).

54 V. n.º 63 das presentes conclusões.

55 V., por exemplo, Acórdão de 7 de julho de 1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, EU:C:1992:297, n.º 14).

56 V., por exemplo, no que se refere ao artigo 7.º, n.º 1, alínea a), Acórdão de 21 de julho de 2005, Vergani (C-207/04, EU:C:2005:495, n.º 33 e jurisprudência referida).

57 V. Acórdãos de 7 de julho de 1994, Bramhill (C-420/92, EU:C:1994:280), e de 23 de maio de 2000, Hepple e o. (C-196/98, EU:C:2000:278, n.º 23), bem como Conclusões do advogado-geral A. Saggio no processo Hepple e o. (C-196/98, EU:C:1999:495, n.ºs 21 a 24) e do advogado-geral J. Mischo no processo Taylor (C-382/98, EU:C:1999:452, n.ºs 66 a 69).

82. O artigo 157.º, n.º 4, TFUE prevê que, «[a] fim de assegurar, na prática, a plena igualdade entre homens e mulheres na vida profissional, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adotem medidas que prevejam regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma atividade profissional pelas pessoas do sexo sub-representado, ou a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional». Esta disposição permite, assim, «reabilitar» ou tornar novamente compatíveis com o direito da União as medidas que não sejam abrangidas pelas exceções ou derrogações específicas previstas no direito derivado em matéria de igualdade de tratamento entre homens e mulheres<sup>58</sup>.

83. Todavia, o âmbito de aplicação do artigo 157.º, n.º 4, TFUE continua a ser pouco claro. Em primeiro lugar, continua por resolver a questão de saber se o artigo 157.º, n.º 4, TFUE se limita ao domínio da «igualdade de remuneração» ou tem um âmbito de aplicação mais amplo (1). Em segundo lugar, que tipo de medidas pode ser considerado abrangido por esta disposição, em especial no que diz respeito a «compensar desvantagens na [sua] carreira profissional» (2)? Tendo analisado estas duas questões fundamentais em geral e sugerido que certas medidas nacionais cuidadosamente elaboradas em matéria de pensões da segurança social poderiam estar abrangidas pelo artigo 157.º, n.º 4, TFUE, insisto em salientar que a medida em causa no presente caso não faz parte das mesmas, uma vez que não cumpre os requisitos básicos de proporcionalidade (3).

*1. Quanto ao âmbito de aplicação do artigo 157.º, n.º 4, TFUE e à «igualdade de remuneração»*

84. A prestação em causa não se inclui no conceito de «remuneração», na aceção do artigo 157.º, n.º 2, TFUE<sup>59</sup>. O artigo 157.º, n.º 4, TFUE pode, por conseguinte, reabilitar uma medida nacional que não é abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 157.º, n.º 2, TFUE?

85. Quando questionada sobre esta questão na audiência, a Comissão alegou que, tendo em conta que o conceito de «carreira profissional» previsto no artigo 157.º, n.º 4, TFUE é muito amplo, o âmbito de aplicação desta disposição não se restringe ao conceito de «igualdade de remuneração». Poderia, assim, ser igualmente aplicado no domínio da segurança social.

86. Concordo com a Comissão no sentido de que não existe nenhuma razão para limitar o âmbito de aplicação do artigo 157.º, n.º 4, TFUE ao conceito de «igualdade de remuneração».

87. É certo que a disposição específica que permite aos Estados-Membros adotarem medidas de «ação positiva» consta do artigo 157.º, TFUE, que esteve historicamente relacionado com a «igualdade de remuneração». No entanto, vários elementos apoiam a opinião de que o n.º 4 dessa disposição vai além do domínio específico da «igualdade de remuneração».

88. Em primeiro lugar, a redação do artigo 157.º, n.º 4, TFUE é, de facto, bastante ampla. Estabelece uma exceção ao «princípio da igualdade de tratamento» entre mulheres e homens e não à «igualdade de remuneração», sem colocar quaisquer limitações expressas quanto aos domínios em que é aplicável<sup>60</sup>. As medidas permitidas por esta disposição são descritas em termos igualmente amplos como «medidas que prevejam regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma atividade

58 V., por exemplo, a título de sugestão de que o artigo 157.º, n.º 4, TFUE pode ser aplicado a situações em que uma medida nacional tenha sido declarada incompatível com as regras específicas do direito derivado da União que permitem uma ação positiva, Acórdãos de 28 de março de 2000, Badeck e o. (C-158/97, EU:C:2000:163, n.º 14); de 6 de julho de 2000, Abrahamsson e Anderson (C-407/98, EU:C:2000:367, n.ºs 40, 54 e 55); e de 30 de setembro de 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, n.ºs 29 e 30).

59 V. n.ºs 27 a 31 das presentes conclusões.

60 V. Toler, C., «Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam», *European Journal of Law Reform*, vol. 1, n.º 1, Kluwer Law International, 2000, pp. 135 a 151, em especial p. 142.

profissional pelas pessoas do sexo sub-representado» ou «a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional». Os objetivos do artigo 157.º, n.º 4, TFUE são igualmente definidos com referência ao objetivo muito amplo de «assegurar, na prática, a plena igualdade [...] na vida profissional».

89. Em segundo lugar, a nível sistemático, qualquer potencial interpretação restritiva geral do artigo 157.º TFUE no sentido do domínio específico da «igualdade de remuneração» é logo posta em causa pelo artigo 157.º, n.º 3, TFUE, que constitui uma ampla base jurídica muito além do princípio da igualdade de remuneração e inclui a adoção de «medidas destinadas a garantir a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego e de trabalho»<sup>61</sup>.

90. Em terceiro lugar, é verdade que, no passado, o Tribunal de Justiça adotou uma interpretação «estrita» da exceção relativa à ação positiva consagrada no artigo 2.º, n.º 4, da Diretiva 76/207, declarando que esta disposição constituía uma derrogação ao princípio da igualdade de tratamento<sup>62</sup>. Esta posição tem vindo a ser, no entanto, progressivamente abandonada<sup>63</sup>. Não consta da jurisprudência mais ampla e geral sobre a exceção relativa à ação positiva prevista no artigo 157.º, n.º 4, TFUE. Na minha opinião, isso não acontece por acaso. O artigo 157.º, n.º 4, TFUE constitui a consolidação no direito primário de uma visão de igualdade substancial em matéria de igualdade de tratamento entre homens e mulheres e não uma mera derrogação que deva ser interpretada de forma restritiva.

91. Por conseguinte, entendo que o artigo 157.º, n.º 4, TFUE deve ser interpretado no sentido de que permite, sob a proteção da «discriminação positiva», medidas que, de outro modo, seriam proibidas pelo princípio da igualdade de tratamento consagrado na Diretiva 79/7, desde que essas medidas visem garantir a «aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego e de trabalho» e prevejam «regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma atividade profissional pelas pessoas do sexo sub-representado» ou «a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional».

92. Há, contudo, uma outra questão prévia: o artigo 157.º, n.º 4, TFUE é aplicável ao domínio da segurança social? Com efeito, este domínio continua a ser objeto de um regime específico, de algum modo separado de todos os outros instrumentos em matéria de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que diz respeito a condições de trabalho e de remuneração e regulado pela única sobrevivente que resta das diretivas «antigas», adotada com base no artigo 235.º CEE (atual artigo 352.º TFUE)<sup>64</sup>.

61 Langenfeld, C., «AEUV Art. 157 Gleys Entgelt für Männer und Frauen» em Grabitz, E., Hilf, M., e Nettesheim, M., *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, Munique, 2019, Werkstand: 66 RN. 84. V., igualmente, Krebber, S., «Art 157 AEUV» em Callies, C., e Ruffert, M., *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, C.H. Beck, Munique, 2016, Rn. 73.

62 V. Acórdão de 17 de outubro de 1995, Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:322, n.º 21).

63 V., neste sentido, Acórdão de 11 de novembro de 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, n.º 32), que já não se refere à obrigação de «interpretação restritiva», ou Acórdãos de 19 de março de 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, n.º 39), e de 30 de setembro de 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, n.º 24). V., igualmente, por analogia, Acórdão de 22 de janeiro de 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, n.º 65).

64 Outras diretivas «antigas» neste domínio foram reformuladas pela Diretiva 2006/54 — cuja base jurídica é o artigo 157.º, n.º 3, TFUE — ou alteradas por atos jurídicos adotados com fundamento nessa mesma base jurídica [é este o caso da Diretiva 76/207 citada *supra*, e também da Diretiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos (JO 1975, L 45, p. 19; EE 05 F2 p. 52); Diretiva 86/378/CEE do Conselho, de 24 de julho de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres aos regimes profissionais de segurança social (JO 1986, L 225, p. 40); e Diretiva 86/613/CEE do Conselho, de 11 de dezembro de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma atividade independente incluindo a atividade agrícola, bem como à proteção da maternidade (JO 1986, L 359, p. 56)].



93. Importa, não obstante, sublinhar que, a nível mais amplo, a exclusão da matéria regulada pela Diretiva 79/7 do âmbito de aplicação do artigo 157.º, n.º 4, TFUE conduziria à consequência algo paradoxal de afastar o domínio da segurança social e de lhe retirar, na prática, a finalidade de alcançar a igualdade substancial prosseguida por essa disposição. Tal acontece porque as disposições que preveem a possibilidade de derrogação, a saber, o artigo 4.º, n.º 2, e o artigo 7.º, da Diretiva 79/7, não são os instrumentos adequados para promover a discriminação positiva. Tal deve-se principalmente à interpretação restritiva de que ambos devem ser objeto, mas também, e mais especificamente, às suas diferentes estruturas e finalidades.

94. Além disso, como já foi referido, a Diretiva 79/7 é o «último dos moicanos» da legislação dos anos 70 e 80 ainda em vigor em matéria de igualdade. A beleza, a clareza e a simplicidade da sua linguagem, que, tendo em conta a atual redação legislativa, só pode ser admirada, não devem diminuir o facto de a realidade social existente em 1978 ser necessariamente diferente da que se encara quarenta anos mais tarde.

95. No entanto, apesar de todos estes contributos, continuo a considerar que a aceitação, em determinadas condições, do artigo 157.º, n.º 4, TFUE como justificação para a adoção de medidas restritivas no domínio da segurança social abrangidas pela Diretiva 79/7, mas aparentemente em contradição com as suas disposições, é sistemática e logicamente preferível à alternativa preconizada pelo INSS e pelo Governo espanhol de, nomeadamente, na prática, passar a interpretar e a modificar os conceitos constantes da Diretiva 79/7 à luz do artigo 157.º, n.º 4, TFUE e de qualquer visão de igualdade (substancial)<sup>65</sup>.

96. Como já foi referido, o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 79/7 reconhece que os homens e as mulheres não são comparáveis na situação específica da maternidade, mas não estabelece uma via específica para a «ação positiva»<sup>66</sup>. É verdade que a base conceptual das ações positivas partilha de alguns elementos do raciocínio subjacente à verificação de não comparabilidade relacionada com a maternidade, precisamente devido à situação específica de desvantagem sofrida por um dos grupos identificados e ao objetivo de alcançar uma igualdade substancial<sup>67</sup>. Contudo, pelo menos no domínio da discriminação em razão do sexo, estas duas categorias conceptuais — a maternidade como uma das características que impedem a comparabilidade e a possibilidade de realizar ações positivas para resolver ou compensar as desvantagens sofridas pelas mulheres — são mantidas como categorias separadas na legislação e na jurisprudência<sup>68</sup>.

97. Não se trata aqui de uma mera coincidência. Com efeito, a lógica subjacente às duas exceções é diversa: uma exceção relativa às medidas de proteção da mulher em razão da maternidade, como o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 79/7, tem por base a falta de comparabilidade no que diz respeito a uma realidade biológica muito específica que nunca será alterada. Não visa resolver ou compensar um desequilíbrio preexistente ou uma situação estrutural desfavorável que pode desaparecer com o progresso social. De facto, o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 79/7 funciona independentemente de qualquer situação preexistente de desvantagem ou de sub-representação.

65 V. n.º 50 das presentes conclusões.

66 V. n.ºs 41 e 50 das presentes conclusões.

67 V., por exemplo, Acórdão de 18 de março de 2004, Merino Gómez (C-342/01, EU:C:2004:160, n.º 37), no qual se faz a ligação entre o artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 76/207 e o objetivo de «alcançar não uma igualdade formal mas sim uma igualdade substancial». V., igualmente, Acórdão de 30 de abril de 1998, Thibault (C-136/95, EU:C:1998:178, n.º 26).

68 Tal é confirmado pelo facto de as medidas de proteção das mulheres em razão da maternidade e da ação positiva serem abrangidas por bases jurídicas diferentes, como a Comissão alegou na audiência. A exceção relativa à «maternidade» está prevista no artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 2006/54, ao passo que a disposição geral relativa à ação positiva consta do artigo 3.º da mesma diretiva. Foi também este o caso da Diretiva 76/207, na qual foram também adotadas duas disposições autónomas para essas diferentes categorias (artigo 2.º, n.ºs 3, e 4 — após alteração, artigo 2.º, n.ºs 7 e 8). São igualmente adotadas disposições diferentes para as exceções relativas à «maternidade» e à «ação positiva» (artigo 4.º, n.º 2, e artigo 6.º) na Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento (JO 2004, L 373, p. 37). V., contudo, Conclusões do advogado-geral G. Tesouro no processo Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, n.º 17), que parecem descrever o artigo 2.º, n.º 3, da Diretiva 76/207 como uma medida de «ação positiva».

98. Além disso, a distinção reveste uma importância significativa ao nível das funções e dos objetivos da exceção relativa à maternidade e da ação positiva. Muitas das desvantagens sofridas pelas mulheres são provenientes de um papel socialmente construído que lhes é atribuído, e uma interpretação extensiva da exceção relativa à «maternidade» no sentido de que abrange a «qualidade de ser mãe» no seu sentido mais amplo é suscetível de perpetuar e petrificar essas funções, o que contraria o próprio objetivo da ação positiva.

99. O âmbito de aplicação restritivo do artigo 7.º da Diretiva 79/7, ligado ao caráter progressivo desta diretiva, constitui desde logo uma importante objeção quanto a considerar esta disposição uma via adequada para uma ação positiva no domínio da segurança social. Além disso, como já foi referido, a finalidade desta disposição não está tanto associada à ideia de igualdade substancial, mas à lógica de manter algumas diferenças preexistentes em relação à «vantagem» das mulheres, preservando simultaneamente o equilíbrio orçamental dos sistemas de segurança social<sup>69</sup>.

100. Em suma, caso a segurança social fosse excluída do âmbito de aplicação do artigo 157.º, n.º 4, TFUE, a Diretiva 79/7 seria o único instrumento específico do direito derivado no domínio da política social a aplicar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, o que está fora da abordagem substancial em matéria de igualdade proclamada pelo artigo 157.º, n.º 4, TFUE como disposição geral da «ação positiva» em razão do sexo.

101. Considero esta consequência difícil de aceitar. Assim, o artigo 157.º, n.º 4, TFUE deveria servir igualmente para justificar uma medida nacional que, de outro modo, seria discriminatória no âmbito do quadro jurídico específico estabelecido pelo direito derivado da União aplicável, incluindo a Diretiva 79/7, desde que essa medida esteja em conformidade com as exigências da referida disposição do Tratado quanto, nomeadamente, a assegurar «a plena igualdade entre homens e mulheres na vida profissional» e as «regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma atividade profissional pelas pessoas do sexo sub-representado», ou «prevenir ou compensar desvantagens na [sua] carreira profissional».

## 2. *Compensação de desvantagens na carreira profissional*

102. Apesar de ter reconhecido que o artigo 157.º, n.º 4, TFUE seria potencialmente aplicável no domínio da segurança social, a Comissão alega que a medida em causa no presente processo não pode ser integrada na exceção relativa à «ação positiva» prevista nesse artigo com base na interpretação dada pelo Tribunal de Justiça aos artigos que o precederam nos Acórdãos de 29 de novembro de 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648), e de 17 de julho de 2014, Leone (C-173/13, EU:C:2014:2090).

103. No Acórdão de 29 de novembro de 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648), o Tribunal de Justiça interpretou o artigo 6.º, n.º 3, do Acordo relativo à política social<sup>70</sup> no âmbito de um processo relativo a uma bonificação concedida a mulheres funcionárias que tiveram filhos ao abrigo de um regime profissional de reforma. O Tribunal de Justiça considerou que essa medida não era abrangida pelas medidas relativas às ações positivas previstas no artigo 6.º, n.º 3, do Acordo relativo à política social. A medida não se mostrava «adequada a compensar as desvantagens a que está exposta a carreira dos funcionários femininos ajudando estas mulheres na sua vida profissional». O Tribunal de Justiça sublinhou que, «[p]elo contrário, essa medida [...] limita[-se] à concessão, à data da sua reforma, de um crédito de serviço feminino à data da sua passagem à reforma, *sem prever uma*

69 V. nota 52 das presentes conclusões e jurisprudência referida.

70 O artigo 157.º, n.º 4, TFUE tem origem no terceiro parágrafo do artigo 6.º, n.º 3, do Acordo relativo à política social celebrado entre os Estados-Membros da Comunidade Europeia com exceção do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (JO 1992, C 191, p. 91) e incorporado no direito comunitário pelo Protocolo n.º 14 sobre a política social, anexo ao Tratado de Maastricht.

*solução para os problemas que estes possam encontrar no âmbito da sua carreira profissional*»<sup>71</sup>. Tal foi confirmado no Acórdão Leone<sup>72</sup>, bem como em vários acórdãos relativos ao incumprimento do Tratado quanto a determinadas vantagens conferidas a funcionários do sexo feminino no que diz respeito à idade de reforma e à antiguidade mínima exigida para a passagem à reforma<sup>73</sup>.

104. À primeira vista, as considerações que constam desses acórdãos são igualmente válidas no presente processo para a discussão em torno do artigo 157.º, n.º 4, TFUE. Com efeito, o complemento de maternidade afeta os direitos à pensão após o reconhecimento de uma situação de invalidez absoluta permanente e não durante a carreira profissional do demandante.

105. Um segundo exame revela, contudo, duas questões relativas a tal analogia: uma de carácter mais técnico e uma do ponto de vista dos princípios.

106. Em primeiro lugar, o argumento de carácter mais *técnico*: a jurisprudência Griesmar (Acórdão de 29 de novembro de 2001, C-366/99, EU:C:2001:648) e Leone (Acórdão de 17 de julho de 2014, C-173/13, EU:C:2014:2090) não tem de ser necessariamente interpretada no sentido de excluir, de todo, a possibilidade de recorrer ao artigo 157.º, n.º 4, TFUE em qualquer situação relacionada com a necessidade de compensar as desvantagens do passado. As declarações contidas nesses acórdãos devem ser analisadas no contexto das circunstâncias dos casos específicos sob apreciação. Com efeito, quando a *única medida* que existe para resolver um problema estrutural como a disparidade entre homens e mulheres consiste na compensação após a reforma, é, de facto, legítimo sugerir que as normas nacionais não permitem resolver os problemas que as mulheres encontram no decurso da sua carreira profissional. Em tais circunstâncias, prever apenas uma compensação após a reforma poderia mesmo contribuir para perpetuar uma distribuição tradicional dos papéis das mulheres e dos homens, mantendo os homens num papel subsidiário em relação ao das mulheres no exercício das suas funções parentais<sup>74</sup> e recebendo estas, de facto, apenas um «pagamento» no final das suas carreiras.

107. A situação é bastante diferente, na minha opinião, quando uma medida nacional como a que está em causa no presente processo se insere num *sistema mais amplo* de direito nacional que inclui medidas diferentes destinadas a resolver efetivamente os problemas com que as mulheres se deparam no decurso da sua carreira profissional. Nesse caso, não se pode excluir que, por uma questão de princípio, uma medida que tenha o impacto de *compensar as desvantagens do passado* possa legitimamente ser adotada nos termos do artigo 157.º, n.º 4, TFUE, caso exista um contexto normativo geral que vise compensar as desvantagens que as mulheres podem encontrar, apoiando-as *no decurso da sua vida profissional*. Tal medida seria, de facto, *acessória* do sistema principal de medidas de compensação em vigor no decurso da vida profissional. Seria de natureza corretiva e temporária com vista a fazer face, em nome da justiça intergeracional, à situação dos que não poderiam beneficiar da progressão para a igualdade no sistema de segurança social.

108. Se não fosse adotada essa interpretação razoável que é, na realidade, material e orientada para a igualdade de tratamento do âmbito de aplicação do artigo 157.º, n.º 4, TFUE, então, em minha opinião, seria oportuno repensar a abordagem de princípio do Tribunal de Justiça.

71 Acórdão de 29 de novembro de 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, n.º 65). Sublinhado nosso.

72 Acórdão de 17 de julho de 2014 (C-173/13, EU:C:2014:2090, n.ºs 100 a 103).

73 Acórdãos de 13 de novembro de 2008, Comissão/Itália (C-46/07, não publicado, EU:C:2008:618, n.º 57), e de 26 de março de 2009, Comissão/Grécia (C-559/07, não publicado, EU:C:2009:198, n.ºs 66 a 68).

74 V., neste sentido, Acórdãos de 19 de março de 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, n.º 41), e de 30 de setembro de 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, n.º 36).

109. Em primeiro lugar, temos a redação do artigo 157.º, n.º 4, TFUE. O mesmo refere-se claramente ao objetivo de assegurar a igualdade na prática, abrangendo não só as medidas destinadas a facilitar o *acesso* e a prevenir as desvantagens mas também a *compensação* por essas desvantagens<sup>75</sup>. Na minha opinião, essa disposição substitui o enfoque, não plenamente útil, na dicotomia entre igualdade de oportunidades e de resultados que dominou grande parte da anterior jurisprudência ao interpretar diferentes disposições legais<sup>76</sup>.

110. Em segundo lugar, a interpretação do âmbito de aplicação do artigo 157.º, n.º 4, TFUE deve, logicamente, adaptar-se às especificidades do domínio em causa. Se se aceitar que o artigo 157.º, n.º 4, TFUE é aplicável ao domínio abrangido pela Diretiva 79/7, a compensação das desvantagens na carreira profissional deve necessariamente abranger as consequências, no presente, das desvantagens do passado. Não vejo como poderia ser de outro modo no domínio da segurança social, em que as desvantagens em matéria de pensões se farão sobretudo sentir quando uma pessoa abandona o mercado de trabalho. Dificilmente se entende de que forma a questão da *existência* de disparidade entre homens e mulheres em matéria de pensões pode ser resolvida facilitando o acesso das mulheres ao mercado de trabalho ou através de medidas adotadas enquanto ainda estão ativas nesse mercado de trabalho (essas medidas evitariam, no *futuro*, uma *eventual* disparidade entre homens e mulheres em matéria de pensões), excluindo categoricamente quaisquer medidas que seriam aplicáveis depois da sua reforma (onde reside o problema real e mais urgente).

111. Em terceiro lugar, uma tal abordagem do artigo 157.º, n.º 4, TFUE conduziria, de facto, a um resultado demasiado restrito e à exclusão, uma vez que implicaria a prorrogação das desvantagens sofridas pelas mulheres ao longo da sua vida profissional para o seu período de reforma<sup>77</sup>. O resultado prático seria moralmente questionável: uma vez que, *na prática*, a *plena igualdade* se aplica apenas à igualdade de oportunidades *no decurso da sua vida profissional*, nada pode ser compensado após a sua saída do mercado de trabalho, mesmo que a desvantagem decorra claramente da desigualdade verificada no decurso da sua vida profissional e se manifeste, logicamente, mais tarde. Nesse cenário, a igualdade de oportunidades só seria um conceito útil se incluísse uma igual oportunidade para mudar o passado.

112. Por conseguinte, sugiro que não só o artigo 157.º, n.º 4, TFUE possa servir para justificar uma medida nacional que, de outro modo, seria discriminatória no âmbito do quadro jurídico específico estabelecido pelo direito derivado da União aplicável, incluindo a Diretiva 79/7, como também ser invocado para a adoção de medidas que visam compensar as desvantagens sofridas durante as carreiras profissionais que, embora tenham origem numa desigualdade ao longo da vida profissional, se manifestam mais tarde, após o abandono do mercado de trabalho.

113. No entanto, o direito da União sujeita sistematicamente as medidas de ação positiva ao critério da proporcionalidade, que exige que as derrogações não ultrapassem os limites do adequado e necessário para atingir o fim prosseguido. O princípio da igualdade de tratamento exige a conciliação, na medida do possível, com as exigências do fim que desse modo é prosseguido<sup>78</sup>.

114. Passo agora a abordar estas exigências no contexto do presente processo.

75 Note-se que o artigo 23.º da Carta também parece abranger apenas a vertente «acesso» da equação, mas vai além disso: «[o] princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adotem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado».

76 V., em especial, quanto à exclusão das abordagens relativas à «ação positiva», a possibilidade de se incluir uma interpretação «orientada para os resultados» que visa compensar o passado, Conclusões do advogado-geral G. Tesoro no processo Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, n.º 9). V., igualmente, a este respeito, Conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro no processo Briheche (C-319/03, EU:C:2004:398, n.ºs 48 a 50).

77 Concordo, quanto a este aspeto, com as Conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo Amedee (C-572/10, EU:C:2011:846, n.ºs 58 e 59) e no processo Leone (C-173/13, EU:C:2014:117, n.º 57).

78 V., quanto ao artigo 2.º, n.º 4, da Diretiva 76/207, Acórdãos de 19 de março de 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, n.º 39), e de 30 de setembro de 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, n.º 24). V., em geral, minhas Conclusões no processo Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, n.º 111).

### 3. *Presente processo*

115. O INSS e o Governo espanhol insistem na natureza corretiva complementar da prestação em causa. Segundo estas partes interessadas, o «complemento de maternidade» insere-se no quadro legislativo mais amplo que visa compensar os efeitos, nas pensões, das desvantagens sentidas pelas mulheres durante a vida profissional. Foram descritas várias medidas, incluindo medidas que compensam as contribuições durante o parto, a licença de maternidade e a licença parental, bem como medidas no domínio do emprego, como a garantia de períodos mais longos de licença de paternidade. No entanto, estas medidas não se aplicam retroativamente e não são, assim, suscetíveis de resolver a situação das gerações mais velhas que das mesmas não poderiam beneficiar. Além disso, tendo em conta estas medidas, o Governo espanhol alega que a necessidade de manter o «complemento de maternidade» será periodicamente reavaliada no futuro.

116. Todos estes elementos terão de ser apreciados pelo órgão jurisdicional nacional, a fim de apreciar se a medida em causa tem efetivamente uma natureza compensatória complementar no âmbito de um sistema mais amplo, que visa, de facto, compensar as desvantagens sofridas pelas mulheres durante a sua carreira profissional.

117. No entanto, embora seja teoricamente possível aplicar o artigo 157.º, n.º 4, TFUE ao presente processo, devo concluir, porém, com base nas informações apresentadas ao Tribunal de Justiça, que a prestação em causa, tal como atualmente definida, não preenche, em caso algum, o critério da proporcionalidade exigido por esta disposição. Concordo com a Comissão quanto a este ponto: a medida em causa não respeita o princípio da proporcionalidade.

118. Em primeiro lugar, do ponto de vista da sua adequação, há que salientar que a medida em causa não se aplica às pensões não contributivas que são provavelmente mais afetadas pela disparidade entre homens e mulheres, tendo em conta que as mulheres que pertencem a gerações mais velhas são menos suscetíveis de atingir o número de anos necessário para adquirirem o direito a pensões contributivas.

119. Em segundo lugar, como observa a Comissão, a medida aplica-se apenas às pensões concedidas a partir de 2016, deixando, assim, de fora as mulheres das gerações mais suscetíveis de serem afetadas pela disparidade entre homens e mulheres. Na minha opinião, este facto cria uma diferença tão acentuada entre o objetivo (oficialmente declarado) da medida e os meios escolhidos para a sua realização que a torna inadequada para atingir esse objetivo<sup>79</sup>.

120. Em terceiro lugar, a medida em causa não cumpre a exigência de necessidade. O artigo 60.º, n.º 1, da LGSS assenta num critério exclusivo e automático baseado no sexo. Aplica-se apenas às mulheres e não admite nenhum tipo de consideração quanto aos homens que se encontram numa situação comparável. Não é possível aplicar a mesma medida aos homens que tenham sido afetados pela interrupção da sua carreira ou pela redução das suas contribuições relacionadas com a educação dos filhos<sup>80</sup>.

121. Por último, salienta-se o seguinte: nem a legitimidade do objetivo prosseguido pela medida nacional nem as provas estatísticas apresentadas pelas autoridades nacionais que atestam a existência de disparidade entre homens e mulheres foram postas em causa enquanto problema estrutural. Além disso, na minha opinião, a legislação nacional no domínio da segurança social destinada a corrigir a disparidade entre homens e mulheres através de uma compensação pode ser aplicada ao abrigo do

<sup>79</sup> Com efeito, poderia razoavelmente presumir-se que uma tal medida de política social, embora não compensasse o passado, teria como consequência um efeito de sedimentação e petrificação da precisa repartição tradicional dos papéis que afirma pretender corrigir para o futuro.

<sup>80</sup> V., neste sentido, Acórdão de 29 de novembro de 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, n.º 57). Relativamente ao papel das «cláusulas de abertura» que garantem medidas de ação positiva aos homens em circunstâncias específicas, v. Acórdãos de 11 de novembro de 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, n.º 33); de 28 de março de 2000, Badeck e o. (C-158/97, EU:C:2000:163, n.º 36); e de 19 de março de 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, n.º 45).

artigo 157.º, n.º 4, TFUE. Contudo, o artigo 60.º, n.º 1, da LGSS, na sua redação atual, não cumpre as exigências de adequação e de necessidade quanto ao respeito pelas normas do princípio da proporcionalidade que devem ser observadas para que tal medida seja admissível nos termos do artigo 157.º, n.º 4, TFUE.

122. Estas considerações levam-me a concluir que a medida em causa no presente processo não é admissível nos termos do artigo 157.º, n.º 4, TFUE, sendo, por conseguinte, incompatível com o direito da União.

## V. Conclusão

123. Em face das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma à questão submetida pelo Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Tribunal do Trabalho n.º 3 de Girona, Espanha):

«O artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma norma nacional como a que está em causa no presente processo que, por um lado, reconhece a titularidade do direito a um complemento de pensão às mulheres que sejam mães de dois ou mais filhos e que sejam beneficiárias de uma pensão contributiva de incapacidade permanente após a sua entrada em vigor, mas, por outro lado, não concede a titularidade desse direito aos homens, qualquer que seja a situação em que estes se encontrem.»