



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

25 de abril de 2013*

«Política social — Igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho — Diretiva 2000/78/CE — Artigos 2.º, n.º 2, alínea a), 10.º, n.º 1, e 17.º — Proibição das discriminações baseadas na orientação sexual — Conceito de ‘elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação’ — Repartição do ónus da prova — Sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas — Pessoa que se apresenta e é vista pela opinião pública como dirigente de um clube de futebol — Declarações públicas que excluem a contratação de um futebolista apresentado como sendo homossexual»

No processo C-81/12,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentado pela Curtea de Apel București (Roménia), por decisão de 12 de outubro de 2011, entrado no Tribunal de Justiça em 14 de fevereiro de 2012, no processo

Asociația Accept

contra

Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: M. Ilešič, presidente de secção, V. Skouris, presidente do Tribunal de Justiça, exercendo funções de juiz da Terceira Secção, E. Jarašiūnas, A. Ó Caoimh (relator) e C. G. Fernlund, juízes,

advogado-geral: N. Jääskinen,

secretário: M. Aleksejev, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 23 de janeiro de 2013,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Asociația Accept, por R.-I. Ionescu, avocat,
- em representação do Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, por C.F. Asztalos, C. Nuică e C. Vlad, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo romeno, por R.H. Radu, E. Gane e A. Voicu, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão Europeia, por J. Enegren e C. Gheorghiu, na qualidade de agentes,

* Língua do processo: romeno.

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,
profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 2.º, n.º 2, alínea a), 10.º, n.º 1, e 17.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 (JO L 303, p. 16).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Asociația Accept (a seguir «Accept») ao Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării (Conselho nacional de luta contra as discriminações, a seguir «CNCD») a respeito da decisão deste último que indeferiu parcialmente uma queixa apresentada na sequência de declarações públicas, proferidas por uma pessoa que se apresenta e é vista pela opinião pública como dirigente de um clube de futebol profissional, que excluem a contratação por esse clube de um futebolista apresentado como sendo homossexual.

Quadro jurídico

Direito da União

- 3 Segundo o artigo 1.º da Diretiva 2000/78, esta «tem por objeto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à atividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento».
- 4 Os considerandos 15, 28, 31 e 35 da referida diretiva têm a seguinte redação:
 - «(15) A apreciação dos factos dos quais se pode presumir que houve discriminação direta ou indireta é da competência dos órgãos judiciais ou de outros órgãos competentes, a nível nacional, de acordo com as normas ou as práticas nacionais [...]
 - [...]
 - (28) A presente diretiva fixa requisitos mínimos, deixando por isso aos Estados-Membros a possibilidade de introduzir ou manter disposições mais favoráveis. [...]
 - [...]
 - (31) Impõe-se a adaptação das regras relativas ao ónus da prova em caso de presunção de discriminação e, nos casos em que essa situação se verifique, a aplicação efetiva do princípio da igualdade de tratamento exige que o ónus da prova incumba à parte demandada. [...]
 - [...]
 - (35) Devem ser estabelecidas pelos Estados-Membros sanções eficazes, proporcionadas e dissuasivas a aplicar em caso de incumprimento das obrigações decorrentes da presente diretiva.»
- 5 Sob a epígrafe «Conceito de discriminação», o artigo 2.º da mesma diretiva dispõe nos seus n.ºs 1 a 3:
 - «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;

[...]

3. O assédio é considerado discriminação, na aceção do n.º 1, sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com um dos motivos referidos no artigo 1.º, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa e de criar um ambiente de trabalho intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou destabilizador. Neste contexto, o conceito de assédio pode ser definido em conformidade com as legislações e práticas nacionais dos Estados-Membros.»

6 O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78 tem a seguinte redação:

«Dentro dos limites das competências atribuídas à [União Europeia], a presente diretiva é aplicável a todas as pessoas, tanto no setor público como no privado, incluindo os organismos públicos, no que diz respeito:

- a) Às condições de acesso ao emprego, ao trabalho independente ou à atividade profissional, incluindo os critérios de seleção e as condições de contratação, seja qual for o ramo de atividade e a todos os níveis da hierarquia profissional [...]

[...]»

7 O artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78 enuncia que «[o]s Estados-Membros podem introduzir ou manter disposições relativas à proteção do princípio da igualdade de tratamento mais favoráveis do que as estabelecidas na presente diretiva».

8 Nos termos do artigo 9.º da referida diretiva:

«1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que todas as pessoas que se considerem lesadas pela não aplicação, no que lhes diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento[...] possam recorrer a processos judiciais e/ou administrativos[...] para exigir o cumprimento das obrigações impostas pela presente diretiva [...]

2. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para que as associações, organizações e outras entidades legais que, de acordo com os critérios estabelecidos na respetiva legislação nacional, possuam um interesse legítimo em assegurar o cumprimento do disposto na presente diretiva[...] possam intervir em processos judiciais e/ou administrativos previstos para impor o cumprimento das obrigações impostas pela presente diretiva, em nome ou em apoio da parte demandante, e com a aprovação desta.

3. Os n.ºs 1 e 2 não prejudicam as regras nacionais relativas aos prazos concedidos para a interposição de recursos relacionados com o princípio da igualdade de tratamento.»

9 O artigo 10.º da mesma diretiva, sob a epígrafe «Ónus da prova», dispõe nos seus n.ºs 1 a 4:

«1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias, de acordo com os respetivos sistemas judiciais, para assegurar que, quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra

instância competente, elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumba à parte requerida provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

2. O disposto no n.º 1 não obsta a que os Estados-Membros imponham um regime probatório mais favorável à parte demandante.

3. O disposto no n.º 1 não se aplica aos processos penais.

4. O disposto nos n.ºs 1, 2 e 3 aplica-se igualmente às ações judiciais intentadas nos termos do n.º 2 do artigo 9.º»

10 O artigo 17.º da Diretiva 2000/78 prevê:

«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. [...]»

Direito romeno

11 O Decreto Governamental n.º 137, de 31 de agosto de 2000, relativo à prevenção e sanção de todas as formas de discriminação, conforme alterado e completado ulteriormente, em especial pela Lei n.º 324, de 14 de julho de 2006, e publicado de novo em 8 de fevereiro de 2007 (*Monitorul Oficial al României*, parte I, n.º 99, de 8 de fevereiro de 2007, a seguir «DG n.º 137/2000»), visa, designadamente, transpor a Diretiva 2000/78.

12 Segundo o artigo 2.º, n.º 11, do DG n.º 137/2000, o comportamento discriminatório gera responsabilidade civil, contraordenacional ou penal, respetivamente, nas condições previstas na lei.

13 O artigo 5.º do DG n.º 137/2000 qualifica, designadamente, de contraordenação o facto de subordinar a participação de uma pessoa numa atividade económica à orientação sexual desta última.

14 O artigo 7.º, n.º 1, do DG n.º 137/2000 prevê que constitui uma contração a recusa, por parte de uma pessoa singular ou coletiva, de contratar alguém em razão, designadamente, da orientação sexual desta, exceto nos casos previstos por lei.

15 O artigo 15.º do DG n.º 137/2000 dispõe:

«Constitui uma contraordenação [...], se o facto não for valorado pela lei penal, [...] qualquer comportamento cujo objetivo atente contra a dignidade ou crie um ambiente de intimidação, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo relativamente a uma pessoa, grupo de pessoas ou comunidade em razão da respetiva [...] orientação sexual.»

16 Nos termos do artigo 20.º do DG n.º 137/2000:

«1) Uma pessoa que considere que sofreu uma discriminação pode recorrer ao [CNCD] no prazo de um ano a contar da data de ocorrência dos factos ou da data a partir da qual podia ter tomado conhecimento da ocorrência.

2) O [CNCD] pronuncia-se a respeito do pedido mediante decisão do Plenário [...]

[...]

6) O interessado deve provar a existência de factos que permitam presumir a existência de uma discriminação direta ou indireta, ao passo que a pessoa contra a qual foi apresentada uma queixa tem o ónus de provar que os factos não constituem uma discriminação. [...]

7) O Plenário decide no prazo de 90 dias a contar da data de apresentação do pedido e [a sua decisão] inclui: [...] as modalidades de pagamento da coima, [...]

[...]»

17 O artigo 26.º, n.ºs 1 e 2, do DG n.º 137/2000 enuncia:

«1) As contraordenações previstas nos artigos [...] 5.º a 8.º [...] e 15.º são sancionadas por uma coima de 400 a 4 000 RON, se a discriminação visar uma pessoa singular, ou de uma coima de 600 a 8 000 RON, se a discriminação visar um grupo de pessoas ou uma comunidade.

2) As sanções também podem ser aplicadas às pessoas coletivas. [...]»

18 O artigo 27.º, n.º 1, do DG n.º 137/2000 prevê:

«Qualquer pessoa que se considere vítima de uma discriminação pode pedir em juízo uma indemnização e a reintegração na situação anterior à discriminação ou a anulação da situação resultante da discriminação, em conformidade com o direito comum. Este pedido [...] não está sujeito à apresentação de queixa no [CNCD]».

19 O artigo 28.º, n.º 1, do DG n.º 137/2000 tem a seguinte redação:

«As organizações não governamentais cujo objeto é a proteção dos direitos do homem ou que têm um interesse legítimo na luta contra as discriminações têm legitimidade para agir quando a discriminação se manifesta no seu domínio de atividade e atente contra uma comunidade ou um grupo de pessoas.»

20 O artigo 5.º, n.º 2, do Decreto Governamental n.º 2, de 12 de julho de 2001, relativo ao regime jurídico das contraordenações, alterado e completado ulteriormente (*Monitorul Oficial al României*, parte I, n.º 410, de 25 de julho de 2001, a seguir «DG n.º 2/2001»), dispõe:

«As contraordenações são sancionadas principalmente por: a) uma admoestação; b) uma coima; c) uma prestação de uma atividade de utilidade pública.»

21 Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, do DG n.º 2/2001, a «admoestação é uma repreensão oral ou escrita do agente relativa ao perigo social dos factos ocorridos, acompanhada da recomendação de respeitar as disposições legais».

22 Em virtude do artigo 13.º, n.º 1, do DG n.º 2/2001, o prazo de prescrição para aplicar uma coima contraordenacional é de seis meses a contar da data de ocorrência dos factos.

23 O artigo 13.º, n.º 4, do DG n.º 2/2001 prevê a possibilidade de fixar, mediante lei especial, outros prazos de prescrição para aplicar sanções contraordenacionais.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

24 Em 3 de março de 2010, a Accept, organização não governamental cujo objeto é promover e proteger os direitos de lésbicas, *gay*, bissexuais e transexuais, apresentou queixa contra G. Becali e o SC Fotbal Club Steaua București SA (a seguir «FC Steaua»), alegando que o princípio da igualdade de tratamento tinha sido violado em matéria de recrutamento.

- 25 Em apoio da sua queixa, a Accept sustentou que, no contexto de uma entrevista relativa à eventual transferência de um futebolista profissional, X, e à alegada orientação sexual deste, G. Becali tinha proferido, em 13 de fevereiro de 2010, declarações cujo conteúdo é reproduzido na primeira questão submetida no presente pedido de decisão prejudicial. Decorre designadamente dessas declarações que, em vez de contratar um futebolista apresentado como sendo homossexual, G. Becali teria preferido recorrer a um jogador da equipa júnior. Segundo a Accept, as alegações dos jornalistas, reforçadas por G. Becali, segundo as quais X seria homossexual, fizeram fracassar a celebração de um contrato de trabalho com esse jogador.
- 26 A Accept sustenta que G. Becali cometeu uma discriminação direta baseada na orientação sexual, violando o princípio da igualdade em matéria de recrutamento e atentando contra a dignidade dos homossexuais.
- 27 Quanto ao outro recorrido no processo no CNCD, a saber, o FC Steaua, a Accept alegou que, apesar do facto de as declarações de G. Becali terem sido difundidas nos *media*, em nenhum momento esse clube de futebol se demarcou dessas declarações. Pelo contrário, o advogado do FC Steaua confirmou que essa política era seguida no clube em matéria de contratação de jogadores, com o argumento de que «a equipa é uma família» e que a presença nesta de um homossexual «criaria tensões na equipa e entre os espetadores». Além disso, a Accept considera que, no momento em que G. Becali proferiu as declarações em causa, ainda era acionista do FC Steaua.
- 28 Por decisão de 13 de outubro de 2010, o CNCD considerou, designadamente, que a situação em causa no processo principal não se incluía no âmbito de aplicação de uma eventual relação de trabalho. As declarações de G. Becali não podiam, segundo o CNCD, ser consideradas provenientes de um empregador ou do seu representante legal, ou de uma pessoa encarregada do recrutamento, ainda que G. Becali tivesse, à data das declarações em causa, a qualidade de acionista do FC Steaua.
- 29 Todavia, o CNCD considerou que as declarações de M. Becali constituíam uma discriminação sob forma de assédio. Assim, sancionou este último com uma admoestação, única sanção então possível, em conformidade com o artigo 13.º, n.º 1, do DG n.º 2/2001, uma vez que a decisão do CNCD foi proferida mais de seis meses após a data em que os factos em causa ocorreram.
- 30 A Accept recorreu desta decisão para o órgão jurisdicional de reenvio, pedindo, no essencial, antes de mais, a anulação da mesma, em seguida, que seja nomeadamente declarado que os factos em causa se inserem no domínio laboral e que ficou provada a existência de factos que permitem presumir a existência de uma discriminação e, por último, que seja aplicada uma sanção pecuniária em vez da admoestação.
- 31 O órgão jurisdicional de reenvio considera que o acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de julho de 2008, Feryn (C-54/07, Colet., p. I-5187), não é suficientemente claro quando as declarações discriminatórias provêm de uma pessoa que, juridicamente, não pode vincular a sociedade que recruta o pessoal, mas que, atendendo aos seus laços estreitos com essa sociedade, pode influenciar de forma decisiva a decisão desta ou, pelo menos, ser vista como uma pessoa que pode influenciar de forma decisiva esta decisão.
- 32 O órgão jurisdicional de reenvio considera que, em todo o caso, a relação entre o FC Steaua e G. Becali é atípica. Com efeito, do ponto de vista jurídico, este vendeu as ações que detinha no FC Steaua em 8 de fevereiro de 2010, tendo essa venda sido inscrita no Registo Comercial em 23 de fevereiro seguinte, ao passo que as declarações discriminatórias datam de 13 de fevereiro de 2010. Ora, resulta dos autos de que o Tribunal de Justiça dispõe que, no direito romeno, a venda de ações só é oponível a terceiros a partir da data em que seja publicada mediante a respetiva inscrição no Registo Comercial. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, após ter vendido as suas ações, G. Becali não mudou de

atitude nas suas aparições públicas e continuou a designar-se o «comanditário» do FC Steaua. Nestas condições, pelo menos no «imaginário» coletivo, teria conservado as mesmas relações com o FC Steaua que antes da venda das suas ações.

- 33 Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, no essencial, sobre se, no quadro da repartição do ónus da prova previsto no artigo 10.º da Diretiva 2000/78, a obrigação de um clube de futebol profissional demonstrar a inexistência de discriminação baseada na orientação sexual podia revelar-se impossível de cumprir na prática, na medida em que a prova do facto de que tal clube contratou jogadores sem ter em conta a sua orientação sexual podia, segundo esse órgão jurisdicional, violar o direito ao respeito pela vida privada.
- 34 O referido órgão jurisdicional observa, por outro lado, que, por força do artigo 13.º, n.º 1, do DG n.º 2/2001, independentemente da gravidade de uma eventual discriminação constatada pelo CNCD, quando este adota uma decisão após a expiração do prazo de seis meses a contar da ocorrência dos factos em causa, não dispõe de nenhuma sanção contraordenacional pecuniária, mas pode apenas aplicar a sanção designada «admoestação», na aceção do artigo 7.º, n.º 1, do mesmo decreto governamental, para a qual não existe prescrição.
- 35 Nestas condições, a Curtea de Apel București decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) As disposições do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2000/78[...] são aplicáveis no caso em que um acionista de [um clube] de futebol, que se apresenta e é considerado pelos [media] e no meio social como o principal dirigente ('patrão') [desse clube] de futebol, declara aos [media] o seguinte:

'Nem que tivesse de fechar o [FC] Steaua admitiria na equipa um homossexual. Os rumores são rumores, mas como é que se escreve qualquer coisa do género se não é verdade e, ainda por cima, se põe na primeira página... Talvez não seja verdade que (o jogador de futebol [...] X [...]) é homossexual. E se pelo contrário o fosse? Não há lugar para um *gay* na minha família e o [FC] Steaua é a minha família. É melhor jogar com um jogador júnior do que com um *gay*. Ninguém me pode obrigar a trabalhar com qualquer um. Tal como eles têm direitos, também eu tenho o direito de trabalhar com quem entendo'.

'Nem que tivesse de fechar o [FC] Steaua, admitiria na equipa um homossexual. Talvez não seja verdade que é homossexual, mas se pelo contrário o fosse? Não existe lugar para um *gay* na minha família e o [FC] Steaua é a minha família. Em vez de ter um homossexual em campo, é melhor admitir um júnior. Não se trata de discriminação. Ninguém me pode obrigar a trabalhar com qualquer um. Tal como eles têm direitos, também eu tenho o direito de trabalhar com quem entendo. Mesmo que Deus me dissesse em sonhos que é 100% certo que X não é homossexual, não o admitiria! Nos jornais escreveu-se demasiado que é homossexual. Mesmo que o [clube atual do jogador X] mo desse grátis não o admitiria! Poderia também ser o maior desordeiro e o maior bêbado... mas se é homossexual não quero mais ouvir falar?'

- 2) Em que medida as declarações acima referidas podem ser [qualificadas de] 'elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta', na aceção do artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, no que respeita à demandada [FC Steaua]?
- 3) Em que medida existe uma *probatio diabolica* se no processo se inverte o ónus da prova previsto no artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78[...] e à demandada [FC] Steaua é pedido para demonstrar que não existiu violação do princípio da igualdade de tratamento, em particular que a contratação não está ligada à orientação sexual?

- 4) A impossibilidade de aplicar a sanção contraordenacional de coima nos processos de discriminação depois de decorrido o prazo de prescrição de [seis] meses a contar da data em que foi praticado o facto, nos termos do artigo 13.º, n.º 1, do [DG] n.º 2/2001, está em conflito com o artigo 17.º da Diretiva 2000/78, considerando que as sanções nos casos de discriminação devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas?»

Quanto às questões prejudiciais

Considerações preliminares

- 36 Decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a existência de uma discriminação direta, na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2000/78, não pressupõe que seja identificável um queixoso que alegue ter sido vítima dessa discriminação [v., a propósito da Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica (JO L 180, p. 22), acórdão Feryn, já referido, n.ºs 23 a 25].
- 37 Além disso, tendo em conta, designadamente, o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, o artigo 9.º, n.º 2, desta não se opõe de modo algum a que um Estado-Membro preveja, na sua legislação nacional, o direito de as associações que têm um interesse legítimo em fazer assegurar o respeito desta diretiva instaurarem procedimentos judiciais ou administrativos destinados a fazer respeitar as obrigações que decorrem da referida diretiva, sem que atuem em nome de um determinado queixoso ou sem que exista um queixoso identificável (v., igualmente, acórdão Feryn, já referido, n.º 27).
- 38 Quando um Estado-Membro prevê esse direito, resulta de uma leitura conjugada dos artigos 8.º, n.º 1, 9.º, n.º 2, e 10.º, n.ºs 1, 2 e 4, da Diretiva 2000/78 que esta também não se opõe a que a repartição do ónus da prova conforme prevista nesse artigo 10.º, n.º 1, seja igualmente aplicável em situações nas quais tal associação dê início a um procedimento sem agir por conta ou em apoio de um queixoso determinado ou com a aprovação deste último. No caso em apreço, decorre da própria redação da segunda e terceira questões submetidas que, para o órgão jurisdicional de reenvio, a repartição do ónus da prova prevista no artigo 10.º, n.º 1, da referida diretiva é, se for caso disso e sem prejuízo das respostas fornecidas pelo Tribunal de Justiça a essas questões, aplicável no litígio no processo principal.
- 39 É pacífico no Tribunal de Justiça que a Accept constitui uma associação do tipo das referidas no artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva 2000/78, que o artigo 28.º, n.º 1, do DG n.º 137/2000 lhe dá a possibilidade de instaurar processos judiciais ou administrativos para fazer respeitar as obrigações que decorrem dessa diretiva, sem agir em nome de um queixoso determinado, e que pode ser considerada um «interessado», na aceção do artigo 20.º, n.º 6, do mesmo decreto governamental.

Quanto à primeira e segunda questões

- 40 As duas primeiras questões visam determinar, no essencial, se os artigos 2.º, n.º 2, e 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78 devem ser interpretados no sentido de que factos como os que deram origem ao litígio no processo principal são suscetíveis de serem qualificados de «factos que permitem presumir a existência de uma discriminação» no que respeita a um clube de futebol profissional, ao passo que as declarações em causa provêm de uma pessoa que se apresenta e é vista pelos *media* assim como pela sociedade como sendo o principal dirigente desse clube, sem, no entanto, dispor necessariamente da capacidade jurídica de o vincular ou de o representar em matéria de recrutamento.
- 41 Importa recordar, desde logo, que, no âmbito de um processo intentado nos termos do artigo 267.º TFUE, o Tribunal de Justiça não tem competência para apreciar a matéria de facto no processo principal ou para aplicar a medidas ou a situações nacionais as regras cuja interpretação fornece, sendo estas questões da competência exclusiva do órgão jurisdicional nacional (v.,

designadamente, acórdão de 30 de março de 2006, *Servizi Ausilieri Dottori Commercialisti*, C-451/03, Colet., p. I-2941, n.º 69 e jurisprudência referida). Assim, não compete ao Tribunal de Justiça tomar posição quanto à questão de saber se as circunstâncias na origem do litígio no processo principal, conforme constam da decisão de reenvio, são reveladoras de uma discriminação baseada na orientação sexual.

- 42 Como resulta, nomeadamente, do considerando 15 da Diretiva 2000/78, a apreciação dos factos dos quais se pode presumir a existência de uma discriminação é da competência dos órgãos judiciais ou de outros órgãos competentes a nível nacional, de acordo com as normas e práticas nacionais (v. acórdão de 19 de abril de 2012, *Meister*, C-415/10, n.º 37). Em conformidade com o mecanismo previsto no artigo 10.º, n.º 1, dessa diretiva, se se provarem esses factos, cabe à parte requerida, num segundo momento, provar nessa instância que, apesar dessa aparência de discriminação, não houve violação do princípio da igualdade de tratamento na aceção do artigo 2.º, n.º 1, da mesma diretiva.
- 43 Assim sendo, o Tribunal de Justiça pode fornecer ao órgão jurisdicional nacional todos os elementos de interpretação que decorrem do direito da União que lhe possam ser úteis para a sua decisão (v., designadamente, acórdãos *Feryn*, já referido, n.º 19 e jurisprudência referida, e de 6 de setembro de 2011, *Patriciello*, C-163/10, Colet., p. I-7565, n.º 21).
- 44 A este respeito, importa observar que decorre dos artigos 1.º e 3.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2000/78 que esta é aplicável nas situações como a que está na origem do litígio no processo principal, que dizem respeito, em matéria de emprego e atividade profissional, a declarações que têm por objeto «as condições de acesso ao emprego, incluindo [...] as condições de contratação».
- 45 Continua a ser irrelevante a este propósito o facto, sublinhado no âmbito do processo principal, de o sistema de contratação de futebolistas profissionais não se basear numa proposta pública ou numa negociação direta na sequência de um processo de seleção que admita a apresentação de candidaturas e uma pré-seleção destas à luz do seu interesse para o empregador. Com efeito, resulta de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que, tendo em conta os objetivos da União, o exercício dos desportos insere-se no direito da União, na medida em que constitui uma atividade económica (v., designadamente, acórdãos de 14 de julho de 1976, *Donà*, 13/76, Colet., p. 545, n.º 12, e de 16 de março de 2010, *Olympique Lyonnais*, C-325/08, Colet., p. I-2177, n.º 27). É esse o caso da atividade dos jogadores profissionais ou semi-profissionais de futebol, uma vez que exercem uma atividade assalariada ou efetuam prestações de serviços remuneradas (acórdão de 15 de dezembro de 1995, *Bosman*, C-415/93, Colet., p. I-4921, n.º 73).
- 46 Como observa, no essencial, o órgão jurisdicional de reenvio, no litígio específico que deu origem ao acórdão *Feryn*, já referido, trata-se de declarações que decorrem de um dos diretores da sociedade *Feryn NV* tendo, como decorre designadamente da formulação de questões prejudiciais submetidas no processo que deu origem ao referido acórdão, a capacidade jurídica de determinar a política de recrutamento dessa sociedade (v. acórdão *Feryn*, já referido, n.ºs 2, 16, 18 e 20).
- 47 Todavia, o acórdão *Feryn*, já referido, não exige que, para se provar a existência de «elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação», em conformidade com o artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, o autor das declarações relativas à política de recrutamento de uma entidade determinada deve necessariamente dispor da capacidade jurídica de definir diretamente essa política ou ainda de vincular ou representar essa entidade em matéria de recrutamento.
- 48 Com efeito, o simples facto de declarações como as que estão em causa no processo principal não emanarem diretamente de um requerido determinado não obsta necessariamente a que seja possível provar, relativamente a essa parte, a existência de «elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação», na aceção do artigo 10.º, n.º 1, da referida diretiva.

- 49 Daqui decorre que um empregador demandado não pode refutar a existência de factos que permitam presumir que segue uma política de recrutamento discriminatória ao limitar-se a defender que as declarações sugestivas da existência de uma política de recrutamento homofóbica emanam de uma pessoa que, apesar de afirmar e parecer desempenhar um papel importante na gestão deste empregador, não é juridicamente capaz de o vincular em matéria de recrutamento.
- 50 Numa situação como a que está na origem do litígio no processo principal, o facto de esse empregador não se ter claramente demarcado das declarações em causa constitui um elemento que a instância competente pode ter em conta no quadro de uma apreciação global dos factos.
- 51 A este respeito, há que recordar que a perceção do público ou dos meios em causa podem constituir indícios pertinentes para a apreciação global das declarações em causa no processo principal (v., neste sentido, acórdão de 17 de abril de 2007, AGM-COS.MET, C-470/03, Colet., p. I-2749, n.ºs 55 a 58).
- 52 Além disso, ao invés do que o CNCD deixou transparecer nas suas observações quer escritas quer orais submetidas ao Tribunal de Justiça, a circunstância de um clube de futebol profissional como o que está em causa no processo principal não ter encetado nenhuma negociação tendo em vista o recrutamento de um desportista apresentado como sendo homossexual não exclui a possibilidade de que factos que permitam presumir a existência de uma discriminação praticada por esse clube possam ser considerados provados.
- 53 Em face do exposto, há que responder à primeira e segunda questões que os artigos 2.º, n.º 2, e 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, devem ser interpretados no sentido de que factos como os que estão na origem do litígio no processo principal são suscetíveis de serem qualificados de «elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação» relativamente a um clube de futebol profissional, quando as declarações em causa sejam de uma pessoa que se apresenta e é vista, nos *media* e na sociedade, como sendo o principal dirigente desse clube, sem, no entanto, dispor necessariamente da capacidade jurídica de o vincular ou de o representar em matéria de recrutamento.

Quanto à terceira questão

- 54 Com a terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se, na hipótese de factos como os que estão na origem do litígio no processo principal serem qualificados de «elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação» baseada na orientação sexual quando do recrutamento de jogadores por um clube de futebol profissional, o ónus da prova, como repartido no artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, não exige uma prova impossível de produzir sem violar o direito ao respeito da vida privada.
- 55 A este respeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, quando haja elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação, na aceção da referida diretiva, a aplicação efetiva do princípio da igualdade de tratamento exigirá então que o ónus da prova incumba aos requeridos no processo principal, que devem provar que a violação do referido princípio não ocorreu (v., neste sentido, acórdão de 17 de julho de 2008, Coleman, C-303/06, Colet., p. I-5603, n.º 54).
- 56 Neste contexto, os requeridos poderão contestar, nas instâncias nacionais competentes, a existência dessa violação demonstrando, por qualquer meio permitido em direito, que a sua política de recrutamento assenta em fatores alheios a qualquer discriminação baseada na orientação sexual.
- 57 Para inverter a presunção simples cuja existência pode resultar do artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, não é necessário que um requerido prove que pessoas de uma determinada orientação sexual foram recrutadas no passado, sendo essa exigência efetivamente suscetível, em certas circunstâncias, de violar o direito ao respeito da vida privada.

- 58 No quadro da apreciação global que caberia então à instância nacional competente efetuar, a aparência de discriminação baseada na orientação sexual podia ser refutada a partir de um conjunto de indícios concordantes. Como a Accept alegou, no essencial, entre esses indícios podiam figurar designadamente uma reação do requerido em causa no sentido de uma demarcação clara relativamente às declarações públicas na origem da aparência de discriminação assim como a existência de disposições expressas em matéria de política de recrutamento dessa parte para efeitos de assegurar o respeito do princípio da igualdade de tratamento na aceção da Diretiva 2000/78.
- 59 Em face do exposto, há que responder à terceira questão que o artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, deve ser interpretado no sentido de que, na hipótese de factos como os que estão na origem do processo principal serem qualificados de «elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação» baseada na orientação sexual quando do recrutamento de jogadores por um clube de futebol profissional, o ónus da prova conforme repartido no artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78 não leva a exigir uma prova impossível de produzir sem violar o direito ao respeito da vida privada.

Quanto à quarta questão

- 60 Quanto à quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se há que interpretar o artigo 17.º da Diretiva 2000/78 no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional nos termos da qual, no caso de se verificar uma discriminação baseada na orientação sexual, apenas é possível aplicar uma admoestação como a que está em causa no processo principal quando essa constatação ocorre após a expiração do prazo de prescrição de seis meses a contar da data de ocorrência dos factos.
- 61 O artigo 17.º da Diretiva 2000/78 atribui aos Estados-Membros a tarefa de determinar o regime de sanções aplicáveis às violações de disposições nacionais adotadas em aplicação dessa diretiva e de tomar todas as medidas necessárias para assegurar a execução dessas sanções. Apesar de não impor sanções determinadas, esse artigo precisa que as sanções aplicáveis às violações das disposições nacionais adotadas em aplicação dessa diretiva devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas.
- 62 Num processo em que uma associação, que está habilitada por lei para esse efeito, pede que uma discriminação, na aceção do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2000/78, seja declarada e sancionada, as sanções que devem estar previstas pelo direito nacional em aplicação do artigo 17.º dessa diretiva devem igualmente ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas, incluindo quando não haja vítima identificável (v., por analogia, acórdão Feryn, já referido, n.ºs 38 e 40).
- 63 Daqui decorre que o regime de sanções implementado para transpor o artigo 17.º da Diretiva 2000/78 para a ordem jurídica de um Estado-Membro deve nomeadamente assegurar, paralelamente às medidas adotadas para dar execução ao artigo 9.º da mesma diretiva, uma proteção jurídica efetiva e eficaz dos direitos previstos por esta (v., por analogia, designadamente, acórdão de 22 de abril de 1997, Draehmpaehl, C-180/95, Colet., p. I-2195, n.ºs 24, 39 e 40). O rigor das sanções deve ser adequado à gravidade das violações que reprimem, designadamente assegurando um efeito realmente dissuasivo (v., neste sentido, designadamente, acórdãos de 8 de junho de 1994, Comissão/Reino Unido, C-383/92, Colet., p. I-2479, n.º 42, e Draehmpaehl, já referido, n.º 40), ao mesmo tempo que respeitam o princípio geral da proporcionalidade (v., neste sentido, acórdãos de 6 de novembro de 2003, Lindqvist, C-101/01, Colet., p. I-12971, n.ºs 87 e 88, e de 5 de julho de 2007, Ntioni e Pikoulas, C-430/05, Colet., p. I-5835, n.º 53).
- 64 Em todo o caso, uma sanção puramente simbólica não se pode considerar compatível com a aplicação correta e eficaz da Diretiva 2000/78.

- 65 No caso em apreço, resulta dos autos apresentados no Tribunal de Justiça que o prazo de prescrição de seis meses previsto no artigo 13.º, n.º 1, do DG n.º 2/2001 começa a correr a contar da data em que os factos em causa ocorreram, ao passo que o prazo de recurso previsto no artigo 20.º do DG n.º 137/2000, que é de um ano, começa a correr no mesmo momento. Daqui decorre que é possível que um demandado apresente legitimamente no CNCD uma queixa por discriminação na aceção da Diretiva 2000/78, entre seis e doze meses após os factos na origem dessa queixa, quando, segundo a interpretação do direito nacional privilegiada pelo CNCD, a sanção prevista no artigo 26.º, n.º 1, do DG n.º 137/2000 já não se pode aplicar. Em todo o caso, resulta das observações submetidas ao Tribunal de Justiça que, ainda que seja apresentada uma queixa muito antes da expiração desse prazo de seis meses, e não obstante as disposições do artigo 20.º, n.º 7, do DG n.º 137/2000, é possível que uma decisão do CNCD relativa a uma alegação de discriminação baseada na orientação sexual ocorra só depois de expirado o prazo de prescrição de seis meses.
- 66 Nessas situações, como resulta, designadamente, dos n.ºs 17, 21 e 34 do presente acórdão, na prática do CNCD, qualquer que seja a gravidade de uma discriminação constatada por este último, a sanção aplicada não é a coima prevista pelo DG n.º 137/2000, que visa designadamente transpor a Diretiva 2000/78, mas uma sanção não pecuniária prevista pelo direito comum nacional, que consiste, no essencial, numa repreensão oral ou escrita acompanhada de uma «recomendação de respeito das disposições legais».
- 67 Compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, designadamente, se, em condições como as expostas no número anterior, os interessados que justifiquem um interesse em agir podem estar de tal modo reticentes em alegar os direitos que retiram da regulamentação nacional que transpõe a Diretiva 2000/78 que o regime de sanções criado com vista à sua transposição não possui carácter dissuasivo real (v., por analogia, acórdão Draehmpaehl, já referido, n.º 40). No que respeita ao efeito dissuasivo da sanção, o órgão jurisdicional de reenvio pode igualmente ter em conta, se for caso disso, um eventual comportamento reincidente por parte do demandado em causa.
- 68 Na verdade, o simples facto de uma sanção determinada não ser essencialmente pecuniária não quer necessariamente dizer que reveste um carácter puramente simbólico (v., neste sentido, acórdão Feryn, já referido, n.º 39), particularmente se se revestir do grau de publicidade adequado e na hipótese de facilitar, no quadro de eventuais ações de responsabilidade civil, a prova de uma discriminação na aceção da referida diretiva.
- 69 Todavia, compete no caso em apreço ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se uma sanção como uma mera admoestação é adequada a uma situação como a que está em causa no processo principal (v., por analogia, acórdão de 2 de agosto de 1993, Marshall, C-271/91, Colet., p. I-4367, n.º 25). A este respeito, a simples existência de uma ação de responsabilidade civil nos termos do artigo 27.º do DG n.º 137/2000, cujo prazo é de três anos, não pode, enquanto tal, suprir eventuais insuficiências, no plano da efetividade, da proporcionalidade ou do carácter dissuasivo da sanção, constatados pelo referido órgão jurisdicional à luz da situação exposta no n.º 66 do presente acórdão. Com efeito, como a Accept alegou quando da audiência no Tribunal de Justiça, quando uma associação do tipo das visadas no artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva 2000/78 não age em nome de vítimas determinadas de uma discriminação, pode revelar-se difícil demonstrar a existência de um prejuízo dessa associação na aceção das regras do direito nacional pertinentes.
- 70 Além disso, sendo certo que, como alega a Accept, a sanção que consiste numa admoestação é, em princípio, unicamente aplicada, na ordem jurídica romena, no caso de infrações menores, essa circunstância pode sugerir que essa sanção não é adequada à gravidade de uma violação do princípio da igualdade de tratamento na aceção da referida diretiva.
- 71 Em todo o caso, importa recordar que, em conformidade com uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, quando uma situação decorre do âmbito de aplicação de uma diretiva, o órgão jurisdicional nacional, ao aplicar o direito nacional, deve interpretar este último tanto quanto possível

à luz do texto e da finalidade da diretiva em causa para alcançar o resultado visado por esta [v., neste sentido, designadamente, acórdãos de 10 de abril de 1984, von Colson et Kamann, 14/83, Colet., p. 1891, n.ºs 26 e 28; de 13 de novembro de 1990, Marleasing, C-106/89, Colet., p. I-4135, n.º 8; de 10 de março de 2005, Nikoloudi, C-196/02, Colet., p. I-1789, n.º 73; e de 28 de janeiro de 2010, Uniplex (UK), C-406/08, Colet., p. I-817, n.ºs 45 e 46].

- 72 Assim, se for caso disso, no litígio no processo principal, compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, designadamente, se, como a Accept sugere, o artigo 26.º, n.º 1, do DG n.º 137/2000 pode ser interpretado no sentido de que o prazo de prescrição de seis meses enunciado no artigo 13.º, n.º 1, do DG n.º 2/2001 não é aplicável às sanções estabelecidas nesse artigo 26.º, n.º 1.
- 73 Em face das considerações precedentes, há que responder à quarta questão que o artigo 17.º da Diretiva 2000/78 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional nos termos da qual, em caso de constatação de uma discriminação baseada na orientação sexual, na aceção desta diretiva, só é possível aplicar uma admoestação como a que está em causa no processo principal quando essa constatação ocorre após expirar um prazo de prescrição de seis meses a contar da data em que os factos se produziram se, em aplicação dessa mesma regulamentação, essa discriminação não for sancionada em condições substantivas e processuais que confirmam à sanção um caráter efetivo, proporcionado e dissuasivo. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se é esse o caso da regulamentação em causa no processo principal e, se for caso disso, interpretar o direito nacional na medida do possível à luz do texto e da finalidade da referida diretiva para alcançar o resultado visado por esta.

Quanto às despesas

- 74 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

- 1) Os artigos 2.º, n.º 2, e 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, devem ser interpretados no sentido de que factos como os que estão na origem do litígio no processo principal são suscetíveis de serem qualificados de «elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação» relativamente a um clube de futebol profissional, quando as declarações em causa sejam de uma pessoa que se apresenta e é vista, nos *media* e na sociedade, como sendo o principal dirigente desse clube, sem, no entanto, dispor necessariamente da capacidade jurídica de o vincular ou de o representar em matéria de recrutamento.
- 2) O artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78 deve ser interpretado no sentido de que, na hipótese de factos como os que estão na origem do processo principal serem qualificados de «elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação» baseada na orientação sexual quando do recrutamento de jogadores por um clube de futebol profissional, o ónus da prova conforme repartido no artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva 2000/78, não leva a exigir uma prova impossível de produzir sem violar o direito ao respeito da vida privada.
- 3) O artigo 17.º da Diretiva 2000/78 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional nos termos da qual, em caso de constatação de uma discriminação baseada na orientação sexual, na aceção desta diretiva, só é possível aplicar uma admoestação como a que está em causa no processo principal quando essa constatação ocorre após expirar um prazo de prescrição de seis meses a contar da data em que os factos

se produziram se, em aplicação dessa mesma regulamentação, essa discriminação não for sancionada em condições substantivas e processuais que confirmam à sanção um caráter efetivo, proporcionado e dissuasivo. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se é esse o caso da regulamentação em causa no processo principal e, se for caso disso, interpretar o direito nacional na medida do possível à luz do texto e da finalidade da referida diretiva para alcançar o resultado visado por esta.

Assinaturas