

Universidade Católica Portuguesa

Escola de Direito do Porto

**O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE  
NAS RELAÇÕES LABORAIS**

Uma análise à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Maria Filipa Lage Mier de Oliveira

Dissertação de Mestrado em Direito Privado

Orientadora: Prof. Doutora Catarina de Oliveira Carvalho

P O R T O

Maio 2012

Agradeço aos meus pais, meu suporte incondicional, a quem eu devo tudo. À minha irmã, meu orgulho, que mesmo do outro lado do Oceano está sempre ao meu lado. À família, pela união que nos define. Ao Diogo, ele sabe porquê. Aos meus amigos, espalhados por todo o mundo, que tanto me alegram e enriquecem. À Prof. Doutora Catarina Carvalho, que eu incluo nos melhores professores que tive na vida, pelo rigor, exigência, disponibilidade, motivação e apoio com que me orientou. Mas sem a companhia da música clássica e, sobretudo, da minha cadela Nina, o trabalho teria sido mais árduo. Como disse Marquês de Maricá, “[n]inguém pode se queixar da falta de um amigo podendo ter um cão”.

## NOTA PRÉVIA

As referências bibliográficas são citadas pelo autor, título, editora, local de publicação, data e página(s). A primeira citação das obras e artigos realiza-se com a referência bibliográfica completa. Nas seguintes, o título é abreviado ou substituído pela sigla cit., desde que não sejam mencionadas, na dissertação, outras obras do mesmo autor, sendo os restantes elementos omitidos, com excepção da(s) página(s).

Na bibliografia final, constam as obras consultadas e citadas, com a referência completa dos elementos *supra* mencionados.

A tradução das transcrições de origem bibliográfica estrangeira é da nossa responsabilidade.

Quando nos referimos à Directiva sem mais, queremos aludir à Directiva 2000/78/CE.

Todas as decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça da União Europeia e as conclusões dos advogados-gerais foram consultadas, via internet, na respectiva base de dados ([www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)). As decisões são citadas através do nome do acórdão, do número do processo e da sua data. As conclusões são mencionadas através do acórdão a que se referem e sua data.

No âmbito do presente trabalho, foram apreciadas a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Justiça até Abril de 2012.

## LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

AG – Advogado(a) Geral

Art(s). – Artigo(s)

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Cfr. – Conferir

Cit. – Citada

Conc. – Conclusões

Cons. – Considerando

Coord. – Coordenação

CT – Código do Trabalho

FI – Il Foro Italiano

GDLRI – Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali

MGL – Massimario di Giurisprudenza del Lavoro

QL – Questões Laborais

RDES – Revista de Direito e de Estudos Sociais

RDT – Revue du Droit du Travail

RGL – Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale

RIDL – Rivista Italiana di Diritto del Lavoro

RL – Relaciones Laborales

RMTAS – Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

RTD Eur – Revue Trimestrielle de Droit Européen

TA – Tratado de Amesterdão

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJ – Tribunal de Justiça (União Europeia)

TL – Tratado de Lisboa

TR – Tratado de Roma

UE – União Europeia

V. – Ver

Vol. – Volume

## ÍNDICE

1. Introdução.....	8
2. A tutela jurídica do princípio da não discriminação em razão da idade na UE.....	9
3. A proibição de discriminação em razão da idade na Directiva 2000/78/CE: âmbito e motivação.....	10
4. As especificidades dos fenómenos discriminatórios em razão da idade.....	14
5. A jurisprudência do TJ.....	16
5.1. Etapas na construção jurisprudencial do TJ.....	16
5.2. Princípio geral do direito da UE vs Directiva – o problema da eficácia directa horizontal.....	31
6. Conclusão.....	44
Bibliografia.....	46

## 1. Introdução

A UE tem vindo a sofrer o fenómeno do envelhecimento demográfico e, por conseguinte, do envelhecimento da população activa, o que colide, cada vez mais, com as práticas laborais, em que a idade de 60 ou 65 anos é a idade normal de reforma ou a idade de reforma obrigatória.<sup>1</sup>

A legislação contra a discriminação em razão da idade é, nessa medida, “uma ferramenta essencial para combater uma barreira nos trabalhadores de meia idade e idosos, ajudando-os a permanecer no trabalho e a financiar os seus anos a mais”,<sup>2</sup> à qual se junta a importante jurisprudência do TJ. Roger Blanpain escreve que, em face do referido envelhecimento, esta discriminação “tem (...) de ser tratada seriamente”.<sup>3</sup>

Mas a discriminação dos mais idosos não resume os fenómenos discriminatórios em função da idade. Não raras vezes, os jovens são os afectados.

“Nos últimos anos, a área do direito do trabalho tem representado um poderoso motor no desenvolvimento do direito europeu”.<sup>4</sup> Em especial, o direito antidiscriminatório tem evoluído bastante com a análise de medidas ou práticas que estão na origem de diferenças de tratamento com base na idade.<sup>5</sup>

Com efeito, a proibição da discriminação em razão da idade, colocada, durante um longo período de tempo, em segundo plano, assumiu, recentemente, uma relevância significativa no ordenamento jurídico da UE.<sup>6</sup> Hoje, este factor potencialmente discriminatório tem “traçado o seu caminho, conquistando espaço e visibilidade”, sendo

---

<sup>1</sup> Cfr. Livro verde “Uma nova solidariedade entre gerações face às mutações demográficas”, Com (2005) 94 final, 16/03/05 e Livro Branco “Uma agenda para pensões adequadas, seguras e sustentáveis, Com (2012), 55 final, 16/02/12. Sobre o tema, v., por todos, MOREIRA, T. C., “A discriminação em razão da idade no contexto de uma população envelhecida na UE”, *Minerva – Revista de Estudos Laborais*, 2012, n.ºs 1 e 2.

<sup>2</sup> MEENAN, H., “Age discrimination in the EU and the framework directive”, in SARGEANT, M. (coord.), *The law on age discrimination in the EU*, Kluwer Law, Alphen aan den Rijn, 2008, 11.

<sup>3</sup> BLANPAIN, R., *European labour law*, 2.ª edição revista, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010, 516.

<sup>4</sup> THÜSING, G. e HORLER, S., “Case C-555/07, *Seda Küçükdeveci. v. Swedex*”, *Common Market Law Review*, 2010, n.º 4, 1161.

<sup>5</sup> ROBIN-OLIVIER, S., “Politique sociale de l’Union européenne”, *RTD Eur*, 2010, n.º 3, 676.

<sup>6</sup> BONARDI, O., “Le discriminazioni basate sull’età”, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milão, 2007, 125.

aquele que mais atenção suscita por parte da doutrina. “Débil e problemática como é, (...) começa todavia a preencher as páginas das revistas jurídicas.”<sup>7</sup>

Trata-se de um critério com inúmeras especificidades, carecendo, por isso, de ser cautelosamente desenvolvido.<sup>8</sup>

Pretendemos, com o presente trabalho, estudar os principais problemas suscitados pela discriminação em função da idade perante o TJ, assim como analisar as respostas apresentadas por este órgão jurisdicional.

## **2. A tutela jurídica do princípio da não discriminação em razão da idade na UE**

O princípio da não discriminação apenas foi erigido a princípio fundamental da UE com a introdução do art. 13.º no TA<sup>9</sup> (hoje, art. 19.º do TFUE), nos termos do qual o Conselho pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão, designadamente, da idade.<sup>10</sup>

Retomado com maior amplitude, o princípio foi solenemente reconhecido na CDFUE<sup>11</sup>. Ao contrário daquele preceito, que não estabelece de forma directa a proibição de discriminação, limitando-se a consagrar uma autorização de legislar para o Conselho, o

---

<sup>7</sup> BALLESTRERO, M. V., “Pensionati recalcitrante e discriminazione fondata sull’età”, *Lavoro e Diritto*, 2011, n.º 1, 144.

<sup>8</sup> BAILY, P. e LHERNOULD, J., “Discrimination en raison de l’âge: sources européennes et mise en œuvre en droit interne”, *Droit Social*, 2012, n.º 3, 223.

<sup>9</sup> O TA entrou em vigor a 01/05/99. Em 1998, GIORGIO GAJA (“Identifying the status of general principles in European Community law, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, Vol. II, Diritto dell’Unione Europea*, Giuffrè, Milão, 1998, 451) escreveu que o princípio de não discriminação não estava consagrado ao nível do Tratado, pelo que o princípio geral da igualdade declarado pelo TJ, sendo uma regra não escrita, tinha um estatuto fraco no direito da UE.

<sup>10</sup> Também o TR aludia ao princípio nas relações laborais, mais precisamente em matéria de remuneração, mas apenas em razão da nacionalidade e do sexo, “domínios que mais influência distorçora tinham no mercado de trabalho”. LOPES, D., “Principais contributos da União Europeia e do Conselho da Europa em matéria de não discriminação”, *Debater a Europa*, 2011, n.º 4, 34. Hoje, a tutela antidiscriminatória baseia-se no pleno reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa, reforçando o respeito da identidade, individual e de grupo. GUARRIELO, F., “Il nuovo diritto antidiscriminatorio”, *GDLRI*, 2003, n.ºs 3/4, 342 e 343.

<sup>11</sup> A CDFUE foi proclamada a 07/12/00. “Pela primeira vez, (...) a União dispõe de um texto proclamatório de direitos, de vocação geral.” DUARTE, M. L., *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010, 93.

art. 21.º da CDFUE proíbe expressamente a discriminação motivada por vários factores (inclusive, a idade), mediante uma verdadeira cláusula geral de não discriminação. Este foi um impulso importante na qualificação do princípio como um verdadeiro e próprio direito fundamental.<sup>12</sup> Com o TL<sup>13</sup>, mais concretamente com o art. 6.º, n.º 1, do TFUE, a CDFUE adquiriu o mesmo valor jurídico que os Tratados. Actualmente, consta entre as fontes primárias do direito da União.

O princípio da não discriminação em razão da idade assumiu maior relevância com a Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000 (doravante, “Directiva”), adoptada com base no art. 19.º do TFUE.<sup>14</sup>

Mas é, por certo, o TJ que tem notavelmente afirmado o princípio. Com o caso *Mangold*<sup>15</sup>, reconheceu-o como um princípio geral do direito da UE, ao qual a Directiva se limita a dar expressão.

### **3. A proibição de discriminação em razão da idade na Directiva 2000/78/CE: âmbito e motivação**

A discriminação em razão da idade foi pela primeira vez considerada um factor de discriminação proibido, tanto a nível nacional como supranacional, com a Directiva, conduzindo, desde então, os Estados membros a criar medidas para a combater.<sup>16</sup>

Até há não muito tempo, ela era amplamente aceite, com base, por exemplo, na ideia de que os idosos já tiveram a sua parte de trabalho, devendo ceder lugar aos mais jovens, ou pelo facto de já não serem tão produtivos, constituindo um peso para a

---

<sup>12</sup> MARCHEGIANI, M., “Sul principio generale di non discriminazione in base all’età nell’ordinamento comunitario”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2010, n.º 3, 603 e MARTINS, A. M. G., “O Tratado de Lisboa reforça o princípio da igualdade e da não discriminação?”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 72. Respondendo à pergunta que dá título ao seu texto, a autora (cit., 99) afirma que em comparação com as outras versões dos Tratados, o princípio sai reforçado.

<sup>13</sup> O TL entrou em vigor a 01/12/09.

<sup>14</sup> Os arts. 23.º a 29.º do nosso CT transpõem a Directiva.

<sup>15</sup> C-144/04, 22/11/05.

<sup>16</sup> BONARDI, O., “Le discriminazioni...”, cit.,125. Juntamente com a Directiva da raça, esta Directiva alargou o campo de protecção contra a discriminação. De dois (nacionalidade e sexo) a sete fundamentos, ela revolucionou a luta contra a discriminação na UE. MEENAN, H., cit., 17.

sociedade.<sup>17</sup> Actualmente, este tipo de discriminação ocupa quase toda a jurisprudência do TJ chamada a interpretar a Directiva, no âmbito do art. 267.º do TFUE.<sup>18</sup>

A Directiva estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional, com fundamento, entre outros, na idade. Introduce um conjunto de normas no combate à discriminação, visando pôr em prática, nos Estados membros, o princípio da igualdade de tratamento (art. 1.º), o qual se traduz na eliminação de qualquer discriminação, directa ou indirecta. No caso da idade, a primeira existirá quando, em razão deste factor, uma pessoa for objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável. Trata-se de uma noção ampla, impondo a comparação de situações actuais ou passadas, mas também meramente hipotéticas.<sup>19</sup> Por sua vez, a discriminação será indirecta se uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra for susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas de uma determinada classe etária, em comparação com outras, salvo se aqueles forem objectivamente justificados por uma finalidade legítima e os meios utilizados para a alcançar forem adequados e necessários (art. 2.º, n.ºs 1 e 2). São pois considerados discriminatórios “tanto a instrução para discriminar como o assédio, alargando assim adequadamente a área dos comportamentos proibidos porque reconduzidos a discriminação.”<sup>20</sup>

A Directiva é aplicável a todas as pessoas, tanto no sector público como no privado, e cobre qualquer discriminação existente desde o recrutamento até à ruptura do contrato de trabalho (artigo 3.º, n.º 1).<sup>21</sup>

Não são, todavia, afectadas as disposições nacionais que fixam as idades da reforma (14.º cons.), nem as que, “numa sociedade democrática, sejam necessárias para efeitos de segurança pública, defesa da ordem e prevenção das infracções penais, protecção da saúde e protecção dos direitos e liberdades de terceiros” (art. 2.º, n.º 5). São ainda excluídos os “pagamentos de qualquer espécie efectuados pelos regimes públicos ou

---

<sup>17</sup> BONARDI, O., “Le discriminazioni ...”, cit., 126.

<sup>18</sup> FALSONE, M., “Le deroghe al divieto di discriminazione per età: Un pericoloso *passe-partout*?”, *RIDL*, 2011, n.º 3, 928.

<sup>19</sup> CHIECO, P., “Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione”, *RIDL*, 2002, n.º 1, 80.

<sup>20</sup> SIMONE, G., “Egualianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno”, *Lavoro e Diritto*, 2004, n.ºs 3/4, 532.

<sup>21</sup> BAILY, P. e LHERNOULD, J., cit., 225.

equiparados, incluindo os regimes públicos de segurança social ou protecção social” (art. 3.º, n.º 3).

Nos termos do art. 4.º, n.º 1, os Estados podem prever que uma diferença de tratamento não constitua discriminação quando, devido à natureza da actividade profissional ou ao contexto da sua execução, certa característica represente um requisito essencial e determinante para o seu exercício, na condição de o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional. “Daqui resulta que não é o motivo sobre o qual se baseia a diferença de tratamento, mas uma característica relacionada com esse motivo que deve constituir um requisito essencial e determinante para o exercício dessa actividade”.<sup>22</sup> É o que sucede, a título de exemplo, nas profissões de bombeiro, polícia, piloto de aviação, motorista de autocarro, “isto é, actividades em que a boa preparação física e a capacidade física são essenciais e em que a idade constitui um indicador da capacidade potencial dos trabalhadores”.<sup>23</sup>

Prescreve o 23.º cons. que, em circunstâncias muito limitadas, podem justificar-se diferenças de tratamento quando uma característica relacionada, entre outros factores, com a idade “constitua um requisito genuíno e determinante para o exercício da actividade profissional, desde que o objectivo seja legítimo e o requisito proporcional”.

Mas a idade é, isoladamente, objecto de uma disciplina especial, prevendo-se excepções que podem ser invocadas tanto contra discriminações indirectas como directas, ao contrário dos outros factores de discriminação, em que aquelas apenas valem em relação às primeiras.<sup>24</sup> Até hoje, o TJ ainda não se pronunciou sobre a discriminação indirecta em razão da idade, a qual é bastante difícil de provar.<sup>25</sup>

“[E]m determinadas circunstâncias, podem-se justificar diferenças de tratamento com base na idade, que implicam a existência de disposições específicas que podem variar consoante a situação dos Estados-Membros. Urge pois distinguir diferenças de tratamento justificadas (...) de discriminações que devem ser proibidas” (25.º cons.).

---

<sup>22</sup> N.º 35 do ac. *Wolf*, C-229/08, 12/01/10.

<sup>23</sup> MOREIRA, T. C., cit., 78 e 79.

<sup>24</sup> MURPHY, C., “Politique sociale – Arrêt ‘Küçükdeveci’”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2010, n.º 2, 380 e BAILY, P. e LHERNOULD, J., cit., 227.

<sup>25</sup> MOREIRA, T. C., cit., 91.

Mediante uma lista não exaustiva, o art. 6.º, n.º 1, preceitua que “os Estados-Membros podem prever que as diferenças de tratamento com base na idade não constituam discriminação se forem objectiva e razoavelmente justificadas, no quadro do direito nacional, por um objectivo legítimo, incluindo objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional, e desde que os meios para realizar esse objectivo sejam apropriados e necessários.”

Citando Paulo Ramos de Faria, “[d]o advérbio *razoavelmente*, dirigido aos fins, e dos qualitativos *apropriado* e *necessário*, quanto aos meios, retira-se uma exigência de *proporcionalidade* na agressão à posição afectada”.<sup>26</sup>

Esta norma estabelece um equilíbrio entre a proibição geral de discriminação e a necessidade de uma efectiva gestão flexível no mercado de trabalho a nível nacional.<sup>27</sup> Segundo Pasquale Chieco, trata-se de uma espécie de “licença para discriminar” com uma fórmula de tal modo ampla que a torna “perigosamente indeterminada”.<sup>28</sup> Por sua vez, para Maurizio Falsone o âmbito literal das excepções é “muito amplo e pouco preciso, impondo um árduo trabalho de interpretação”<sup>29</sup>, a qual, se extensiva, pode, nas palavras de Teresa Moreira, “esvaziar de conteúdo a protecção assegurada”<sup>30</sup>.

Ao legislador nacional é, na verdade, atribuída uma larga margem de manobra na escolha de medidas. Contudo, a ela corresponde, paralelamente, o amplo poder de apreciação do TJ, que pode considerá-las contrárias à Directiva, com base em cânones de valorização susceptíveis de ser entendidos e aplicados flexivelmente.<sup>31</sup>

Um significativo entrave aos possíveis conflitos entre a escolha do legislador nacional e o entendimento do TJ é imposto pela segunda parte do artigo 6.º, n.º 1.<sup>32</sup> Desta decorre que uma diferença de tratamento pode incluir, designadamente, “a fixação de uma idade máxima de contratação, com base na formação exigida para o posto de trabalho em

---

<sup>26</sup> FARIA, P. R., “Velhos são os trapos: discorrendo por analogia sobre o acórdão *Palacios de la Villa*”, *QL*, 2009, n.º 34, 230.

<sup>27</sup> IMBERTI, L., “Il criterio dell’età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro”, *RIDL*, 2008, n.º 2, 303 e FALSONE, M., cit., 930.

<sup>28</sup> CHIECO, P., cit., 95 e 96.

<sup>29</sup> FALSONE, M., cit., 930.

<sup>30</sup> MOREIRA, T. C., cit., 70.

<sup>31</sup> CHIECO, P., cit., 103 e 104.

<sup>32</sup> CHIECO, P., cit., 104.

questão ou na necessidade de um período razoável de emprego antes da reforma”, entre outros exemplos referidos no preceito.

Como nos diz Joana Almeida, esta disposição é o veículo para os Estados membros justificarem diferenciações com base na idade, incluindo as já existentes.<sup>33</sup>

Retomando as palavras de Pasquale Chieco, “fora algumas lacunas e a não pouca incongruência manifestada pela letra da norma, os exemplos (...) são suficientemente amplos para dar ‘cobertura’ a todas as hipóteses comuns e razoáveis de normas legais contendo diferenças de tratamento com base na idade”.<sup>34</sup>

#### **4. As especificidades dos fenómenos discriminatórios em razão da idade**

As diferenças de tratamento em razão da idade – “relativamente frequente[s] no seio da UE” – derivam, não raras vezes, de “preconceitos generalizados ou estereótipos superficiais” que tanto atingem os jovens como os idosos, o que tem “um impacto fortemente negativo no contexto laboral, quer na fase de acesso e formação do contrato de trabalho, quer na fase da sua execução ou cessação”.<sup>35</sup> Enquanto aos primeiros geralmente é apontada a falta de maturidade, aos segundos pode ser atribuída a falta de flexibilidade, de motivação ou de capacidade para assimilar novas ideias.<sup>36</sup> Mas se a Directiva fixa um conceito de idade neutro, a discriminação dos idosos parece, como nos diz Júlio Gomes, ser a mais inquietante.<sup>37</sup>

Outras vezes, as diferenças baseiam-se em “considerações racionais que não são incompatíveis com o reconhecimento da dignidade pessoal, que têm objectivos

---

<sup>33</sup> ALMEIDA, J., “Do artigo 348.º do código do trabalho à luz do direito comunitário”, *RDES*, 2009-2012, n.ºs 3/4, 134.

<sup>34</sup> CHIECO, P., cit., 105.

<sup>35</sup> MOREIRA, T. C., cit., 69 e 70.

<sup>36</sup> O’CINNEIDE, C., “La discrimination fondée sur l’âge et le droit européen”, *Droits Fondamentaux & Antidiscrimination*, Emploie & Affaires Sociales, Comissão Europeia, 2005, 5.

<sup>37</sup> GOMES, J. M. V., *Direito do trabalho, Volume I – Relações individuais de trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 401.

económicos e sociais válidos e que são frequentemente concebidas para promover ou proteger grupos de idade particulares”.<sup>38</sup> Certas diferenças “são não só aceitáveis como às vezes essenciais”.<sup>39</sup>

Este é “um critério especial seja porque não individualiza uma categoria definida e fechada – na verdade, mais tarde ou mais cedo, todos são potenciais vítimas da discriminação em razão da idade – seja porque representa um importante instrumento legislativo de intervenção sobre o mercado de trabalho, funcional para políticas sociais e económicas, mais difícil de tratar na perspectiva jurídica do direito antidiscriminatório.”<sup>40</sup>

A idade destaca-se, pela sua diferente natureza, dos outros factores de discriminação.<sup>41</sup> “[N]ão se trata da participação permanente num grupo fixo, em que os elementos de comparação são claramente definidos, mas antes de uma escada móbil de categorias de que todos fazemos parte num ou noutro momento”.<sup>42</sup>

A existência de discriminação em razão da idade é, neste sentido, muito mais árdua de determinar em relação a outros tipos de discriminação, onde os elementos de comparação estão mais nitidamente definidos.<sup>43</sup> Dadas as fragilidades no seu significado, que condicionam a sua interpretação, o TJ efectua, aqui, um controlo menos rígido.<sup>44</sup>

Além disso, esta discriminação pode ser camuflada por outros critérios, o que dificulta mais a sua visibilidade.<sup>45</sup>

“A natureza particular da proibição das discriminações com base na idade explica o número de questões colocadas ao TJ”, conclui Sophie Robin-Olivier.<sup>46</sup>

---

<sup>38</sup> O’CINNEIDE, C., cit., 11.

<sup>39</sup> N.º 85 das conc. relativas ao ac. *Lindorfer* (C-227/04, 11/09/07), 27/10/05.

<sup>40</sup> FALSONE, M., cit., 928.

<sup>41</sup> MERCAT-BRUNS, M., “Retour sur la discrimination fondée sur l’âge”, *RDT*, n.º 10, 587.

Segundo MALCOLM SARGEANT (“Age discrimination”, in SARGEANT, M. (coord.), *The Law...*, cit., 4), esta diferença de tratamento talvez se justifique pelo facto de a discriminação em razão da idade representar uma inovação recente no direito da União e por a mesma exigir uma abordagem mais pragmática em relação aos outros motivos de discriminação.

<sup>42</sup> MURPHY, C., cit., 380. Cfr. ainda, BAILY, P. e LHERNOULD, J., cit., 223.

<sup>43</sup> N.º 61 das conc. relativas ao ac. *Palacios de la Villa* (C-411/05, 16/10/07), 15/02/07.

<sup>44</sup> BALLESTRERO, M. V., cit., 144.

<sup>45</sup> GOMES, J. M. V., cit., 405.

<sup>46</sup> ROBIN-OLIVIER, S., cit., 676.

## 5. A jurisprudência do TJ

### 5.1. Etapas na construção jurisprudencial do TJ

Ainda que o raciocínio do TJ não se apresente sempre homogêneo, consoante o tipo de medida contestada, é possível descrever uma tramitação comum, nesta sede.<sup>47</sup>

Num primeiro momento, o Tribunal traça o âmbito de aplicação da Directiva, de acordo com o art. 3.º, assim determinando se a norma nacional é por ela coberta. Segue procurando as disparidades de tratamento geradas pela disposição, nos termos da definição prevista no art. 2º. Finalmente, o juiz estabelece se a disparidade é justificada com base nos art.s 4.º, 2.º e 6.º da Directiva.<sup>48</sup>

Analisemos, então, a evolução jurisprudencial, neste domínio.

Em 2005, o TJ pronunciou-se, pela primeira vez, sobre a legitimidade da diferença de tratamento baseada na idade, dando origem ao ac. *Mangold*.<sup>49</sup> Este veio reconhecer um âmbito inteiramente novo à presente temática, atribuindo-lhe uma maior importância, a nível nacional e da União.<sup>50</sup>

Discutia-se uma legislação alemã que permitia a celebração de contratos de trabalho a termo quando o empregado tivesse atingido a idade de 52 anos, desde que não existisse uma relação estreita com um anterior contrato por tempo indeterminado celebrado com o mesmo empregador. A norma tinha como objectivo favorecer a inserção profissional dos idosos desempregados, os quais, em face das condições do mercado de trabalho, enfrentam grandes dificuldades para voltar a obter emprego. Prosseguia, desse modo, uma finalidade de interesse geral, que o Tribunal considerou, indubitavelmente, legítima.<sup>51</sup>

O TJ mencionou, desde logo, ser incontestável o amplo poder de apreciação de que

---

<sup>47</sup> BAILY, P. e LHERNOULD, J., cit., 230.

<sup>48</sup> FALSONE, M., cit., 929.

<sup>49</sup> Este foi, igualmente, o primeiro litígio relativo à Directiva. MUIR, E., “Droit social, principes généraux”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2006, n.º 2, 466.

<sup>50</sup> MINOLFI, F., “Ancora una pronuncia sulle discriminazioni per età: retromarcia della Corte di Giustizia?”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011, n.º 2, 568 e 570.

<sup>51</sup> N.ºs 59 e 60 do ac. em exame.

dispõem os Estados na escolha das medidas susceptíveis de alcançar os seus objectivos de política social e de emprego, o que repetidamente tem vindo a afirmar. Como podemos ler no ac. *Palacios de la Villa*, é o que sucede “no atinente à opção que as autoridades nacionais em causa podem ser levadas a efectuar, em função de considerações de ordem política, económica, social, demográfica e/ou orçamental e tendo em conta a situação tal como se apresenta, concretamente, no mercado de trabalho de um Estado-Membro determinado, de prolongar a vida activa dos trabalhadores ou, pelo contrário, de prever a reforma precoce destes últimos”. Esta opção decorre, aliás, da expressão “disposições específicas que podem variar consoante a situação dos Estados-Membros”, constante no 25.º cons. da Directiva.<sup>52</sup>

Neste último processo, estava em causa uma medida espanhola que considera válidas as cláusulas de reforma obrigatória inseridas nas convenções colectivas, que apenas exigem que o trabalhador tenha alcançado o limite de idade para a reforma, fixado em 65 anos, e que satisfaça os restantes critérios em matéria de segurança social para poder beneficiar de uma pensão de reforma. Em vista está a regulação do mercado nacional do emprego, mais precisamente, a diminuição do desemprego, objectivo de interesse geral cuja legitimidade o TJ entendeu não poder ser posta em causa.<sup>53</sup>

Por objectivo legítimo entende-se, pois, um objectivo de interesse geral,<sup>54</sup> distinguindo-se dos motivos puramente específicos da situação da entidade patronal<sup>55</sup> sem, no entanto, se excluir a possibilidade de uma norma nacional admitir algum grau de flexibilidade às entidades patronais, como se veio a verificar no ac. *Rosenbladt*<sup>56</sup>, que adiante analisaremos. Importa, aqui, mencionar que o facto de uma disposição ser adoptada a nível regional não obsta a que a mesma prossiga um escopo legítimo, conclusão que também vale ao nível da empresa.<sup>57</sup>

Por sua vez, o conceito de interesse geral prende-se com a procura de um objectivo

---

<sup>52</sup> N.º 69 do ac. em exame.

<sup>53</sup> N.ºs 62 e 64 do ac. em exame. O 14.º cons. da Directiva apenas determina que esta não afecta a competência dos Estados na fixação das idades de reforma; não exclui a sua aplicação às medidas nacionais que disciplinam as condições de cessação de um contrato de trabalho quando se atinge a idade da reforma.

N.º 44 do ac. em exame.

<sup>54</sup> BAILY, P. e LHERNOULD, J., cit., 230.

<sup>55</sup> N.º 46 do ac. *Age Concern England*, C-388/07, 05/03/09.

<sup>56</sup> C-45/09, 12/10/10.

<sup>57</sup> N.º 55 do ac. *Fuchs*, C-159/10 e C-160/10, 21/07/11, e BAILY, P. e LHERNOULD, J., cit., 230.

social, isto é, um objectivo relacionado com a política de emprego, o mercado de trabalho ou a formação profissional.<sup>58</sup> A segurança aérea não pode, por exemplo, ser considerada uma finalidade legítima, à luz do art. 6.º, n.º 1, da Directiva.<sup>59</sup>

Note-se, ainda, que este preceito não obriga os Estados a determinar uma lista específica das diferenças de tratamento passíveis de serem justificadas por um objectivo legítimo.<sup>60</sup> E se optarem por elaborá-la são livres de incluir outros exemplos, para além dos expressamente mencionados na Directiva,<sup>61</sup> como resulta do advérbio “designadamente” no artigo, que lhe atribui um valor tão-só indicativo. Ao longo do tempo, o TJ foi elaborando uma lista igualmente não exaustiva dessas finalidades legítimas.<sup>62</sup>

Teresa Moreira coloca, aqui, uma questão pertinente: se a legitimidade dos objectivos pode mudar consoante o contexto económico, a sua avaliação deve ser realizada atendendo ao momento em que a questão é levada ao Tribunal ou ao momento em que a legislação foi adoptada?<sup>63</sup> Não encontramos nenhuma resposta concreta na jurisprudência do TJ. Apenas podemos ler, no ac. *Fuchs*, que a modificação da circunstância em que surge uma lei, gerando a alteração do seu escopo, não impede que a mesma prossiga um objectivo legítimo. “As circunstâncias podem mudar e, todavia, a lei pode ser mantida por outras razões.”<sup>64</sup> *A contrario*, entendemos que se quando a questão é levada ao TJ a medida controvertida já não encontra motivos para a sua conservação, então esta será discriminatória, ainda que, aquando da sua adopção, existisse uma finalidade legítima. Respondendo àquela questão, diríamos, portanto, que a avaliação deve ser realizada no primeiro momento.

Depois de aferir se existe ou não um (ou vários) objectivo(s) legítimo(s), o juiz procede ao teste da proporcionalidade, de forma a garantir que os meios utilizados para o(s) alcançar são “apropriados e necessários”, o que supõe um “justo equilíbrio entre os diferentes interesses em presença”<sup>65</sup>. Se o objectivo não puder ser atingido por outros

---

<sup>58</sup> N.º 46 do ac. *Age Concern England* e n.º 14 do ac. *Hütter*.

<sup>59</sup> N.º 83 do ac. *Prigge*, C-447/09, 13/09/2011.

<sup>60</sup> N.º 43 do ac. *Age Concern England*.

<sup>61</sup> N.º 40 do ac. *Rosenbladt*.

<sup>62</sup> BAILY, P. e LHERNOULD, J., cit., 230.

<sup>63</sup> MOREIRA, T., cit., 96.

<sup>64</sup> N.ºs 40 a 42 do ac. *Fuchs*.

<sup>65</sup> N.º 71 do ac. *Palacios de la Villa*.

meios igualmente eficazes, o teste é positivo. Caso contrário, a disposição será discriminatória, ainda que prossiga uma finalidade legítima.<sup>66</sup> Citando Teresa Moreira, “o princípio da proporcionalidade (...) pressupõe um juízo prévio sobre a necessidade ou indispensabilidade da medida e um outro, posterior, sobre a proporcionalidade dos sacrifícios que comporta para os direitos fundamentais dos trabalhadores”.<sup>67</sup>

Retomemos o caso *Mangold*. Na medida em que é utilizada a idade do trabalhador como único critério na contratação a termo, “independentemente de qualquer outra consideração ligada à estrutura do mercado de trabalho em causa e da situação pessoal do interessado”, em especial eventuais anteriores períodos de desemprego e sua duração, a disposição excede o apropriado e o necessário para alcançar a finalidade visada.<sup>68</sup> Se é verdade que os destinatários da norma podem encontrar mais facilmente uma nova ocupação, é igualmente exacto que, em princípio, eles ficam permanentemente excluídos da garantia de uma relação laboral de duração indeterminada, a qual deve permanecer, para todos, o paradigma.<sup>69</sup>

Já em *Palacios de la Villa*, o TJ cuidou ser a medida necessária e adequada ao objectivo prosseguido e, desenvolvendo um critério adicional, afirmou não ser “excessivamente prejudicial para as pretensões legítimas dos trabalhadores”: a legislação não se baseia apenas numa certa idade, mas também na circunstância de os interessados beneficiarem, no final da sua carreira profissional, de uma pensão de reforma.<sup>70</sup> Nas palavras da AG Juliane Kokott, este critério “é, em última análise, expressão do princípio da proporcionalidade, que constitui princípio geral do direito da União, segundo o qual, as medidas, ainda que sejam adequadas e necessárias para se atingir objectivos legítimos, não

---

<sup>66</sup> N.º 50 do ac. *Age Concern England* e BAILY, P. e LHERNOULD, J., cit., 230.

<sup>67</sup> MOREIRA, T. C., cit., 101.

<sup>68</sup> N.ºs 60 a 65 do ac. em exame.

<sup>69</sup> N.º 95 das conc. relativas ao ac. em exame, 30/06/05. Este ac. veio prometer um impacto significativo nos direitos nacionais, obrigando à revisão das disposições que preveem tratamentos diferenciados, bem como dos contratos de trabalho envolvendo sujeitos de determinada idade. BONARDI, O., “Le Clausule di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di Giustizia”, *RIDL*, 2006, n.º 2, 277. Nas palavras de DAGMAR SCHIEK (“The ECJ decision in *Mangold*: A further twist on effects of directives and constitutional relevance of community equality legislation”, *Industrial Law Journal*, 2006, 335), esta decisão é o primeiro passo que espera “irá conduzir ao desenvolvimento judicial de um quadro coerente para a igualdade de tratamento entre as pessoas”.

<sup>70</sup> N.º 73 do ac. em exame. O ac. deixou claro que o tipo de norma em causa tem de reunir todos os elementos do teste contido no art. 6.º, n.º 1, da Directiva. WADDINGTON, Lisa, “Case C-411/05, *Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*”, *Common Market Law Review*, 2008, n.º 3, 903.

*podem causar inconvenientes desproporcionados relativamente aos objectivos pretendidos*”. Eis um bom exemplo da conciliação que se impõe ser realizada, de forma justa, entre vários interesses.<sup>71</sup> Este caso reveste especial importância não só por ter sido o primeiro a pronunciar-se sobre a cessação automática dos contratos de trabalho, mas também por conter argumentos que se conservaram firmes na jurisprudência sucessiva, como veremos.<sup>72</sup>

No ac. *Rosenblatt*, o TJ não julgou contrária à Directiva a disposição alemã que considera válidas as cláusulas de cessação automática dos contratos de trabalho por o empregado ter atingido a idade de passagem à reforma, na medida em que responda aos limites impostos pelo art. 6.º, n.º 1, da Directiva. Mas a própria cláusula está também sujeita à fiscalização jurisdicional, devendo prosseguir uma finalidade legítima, de forma apropriada e necessária.<sup>73</sup> O TJ pronunciou-se, então, sobre as cláusulas de cessação automática dos contratos de trabalho dos empregados que tenham atingido a idade de passagem à reforma, fixada nos 65 anos. Confinadas a fomentar o acesso ao emprego, mediante uma melhor distribuição entre as gerações e, por isso, seguindo um objectivo legítimo, as cláusulas não são desrazoáveis à sua prossecução, porquanto favorecem a inserção profissional dos jovens, numa conjuntura de desemprego persistente, ao mesmo tempo que os direitos dos trabalhadores mais velhos são adequadamente protegidos pelo direito de auferir de uma pensão de reforma.<sup>74</sup> Mas a flexibilidade do empregador requer ainda ser contrabalançada com o importante prejuízo financeiro causado aos afectados, pois estão em causa empregos com remunerações baixas e a tempo parcial, que levam a

---

<sup>71</sup> N.ºs 68 e 71 das conc. relativas ao ac. *Andersen*, 06/05/10. “A idade que determina a possibilidade de aceder à reforma do trabalhador é um elemento chave dos Sistemas de Segurança Social, onde confluem interesses e equilíbrios que ultrapassam o direito individual de um trabalhador (...). A própria viabilidade económica do sistema de Segurança Social face ao envelhecimento da população, as políticas de fomento do emprego dos mais jovens, as decisões de renovação do pessoal da empresa e as políticas de ajuste em situações de crise empresarial são elementos que formam habitualmente parte das discussões em torno da regulação do acesso à reforma.” GOMÉZ GORDILLO, R., “TJCE – Sentencia de 16.10.2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05 – Jubilación forzosa prevista en convenio colectivo y discriminación por motivos de edad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008, n.º 30, 565 e 566.

<sup>72</sup> BALLESTRERO, M. V., cit., 160.

<sup>73</sup> Esta é a peculiaridade do ac.: impõe-se, primeiro, analisar a compatibilidade da medida nacional com a Directiva e, depois, a compatibilidade da concreta estipulação remetida aos parceiros sociais com aquela. MINOLFI, F., cit., 572.

<sup>74</sup> PIERRE BAILLY e JEAN-PHILIPPE LHERNOULD (cit., 231) escrevem, neste ponto, que a flexibilidade do TJ quanto aos objectivos legítimos perante um limite de idade não pode ser mais bem ilustrada do que pelo presente caso.

pensões de reforma insuficientes para as necessidades vitais. Ainda assim, o juiz avaliou a norma conforme ao direito da UE, já que o direito do trabalho alemão não proíbe que os interessados prossigam uma actividade profissional, situação em que continuam a beneficiar da protecção contra a discriminação em razão da idade.<sup>75</sup>

Se de *Mangold a Küçükdeveci*, como veremos *infra*, o caminho foi constante no que se refere à rigorosa aplicação dos requisitos do art. 6.º da Directiva, em *Rosenblatt*, o TJ parece ter sido mais brando. Federica Minolfi constata que o Tribunal resolveu “um pouco de forma sumária” o teste da legitimidade do objectivo prosseguido, remetendo-o ao juiz de reenvio, sem estabelecer, como havia feito noutras ocasiões, os critérios que este deve seguir. O mesmo pode afirmar-se em relação ao teste de proporcionalidade, o qual “é superado com base na consideração da ampla margem de discricionariedade de que gozam os Estados membros, e eventualmente os parceiros sociais”.<sup>76</sup>

O TJ pronunciou-se, também, sobre a imposição de um limite máximo de idade na continuação de um contrato de trabalho. No ac. *Petersen*<sup>77</sup>, discutia-se uma medida alemã que fixa o limite máximo de 68 anos de idade para o exercício da profissão de dentista convencionado, ou seja, no quadro do regime legal de seguro de doença.<sup>78</sup> Foram mencionadas várias finalidades, nomeadamente, a protecção da saúde dos pacientes, já que, em geral, o desempenho dos dentistas diminui a partir de certa idade, bem como a repartição das possibilidades de emprego entre as gerações e o equilíbrio financeiro do sistema de saúde público. Perante a incerteza do escopo efectivamente visado pelo legislador, “compete em última instância ao juiz nacional, que tem competência exclusiva para apreciar os factos do litígio que lhe foi submetido e para interpretar a legislação nacional aplicável,” identificá-lo. Em relação àqueles objectivos, o TJ mencionou que o primeiro e o terceiro se enquadram na protecção da saúde pública. Recorde-se a este propósito que, nos termos do art. 2.º, n.º 5, da Directiva, esta não afecta as medidas nacionais necessárias para efeitos de protecção da saúde, pelo que parece pertinente a

---

<sup>75</sup> N.ºs 71 e 74 a 76 do ac. em exame.

<sup>76</sup> MINOLFI, F., cit., 570, 571 e 573.

<sup>77</sup> C-341/08, 12/01/10.

<sup>78</sup> Segundo o Governo alemão, o pedido de decisão prejudicial era inadmissível, já que a alteração iminente da legislação nacional iria acabar com tal limite, o que o TJ afirmou não ser pertinente. N.ºs 28 e 29 do ac. em exame.

fixação do limite de idade. Além disso, a idade de 68 anos “pode ser considerada suficientemente avançada para servir de termo da autorização para o exercício como dentista convencionado”. Todavia, a medida apenas se aplica aos dentistas que exercem a sua actividade no quadro do regime convencionado. Os que estão fora dele podem exercer a sua profissão sem limite de idade, sendo os pacientes susceptíveis de ser tratados por dentistas com mais de 68 anos, o que, então, se revela incoerente. O teste de proporcionalidade implica, na verdade, verificar que a medida é coerente com o objectivo legítimo prosseguido.<sup>79</sup> Decorre da jurisprudência que “uma legislação nacional só é apta a garantir a realização do objectivo invocado, se responder verdadeiramente à intenção de o alcançar de maneira coerente e sistemática”,<sup>80</sup> o que deve ser examinado pelo juiz nacional.<sup>81</sup> “As excepções às disposições de uma lei podem, em certos casos, prejudicar a coerência desta, nomeadamente quando, pela sua amplitude, conduzam a um resultado contrário ao objectivo pretendido pela referida lei”.<sup>82</sup> Impõe-se, por consequência, uma análise do conteúdo preciso da legislação controvertida.<sup>83</sup> Posto isto, se a única finalidade for a protecção da saúde dos pacientes, a fixação de um limite de idade não é necessária. O mesmo já não é verdade se o objectivo consistir em preservar o equilíbrio financeiro do sistema de saúde público, já que este é independente do privado. Também no que se refere ao escopo de repartir as possibilidades de emprego entre gerações, a medida afigura-se apropriada e necessária à sua realização, agora nos termos do art. 6.º, n.º 1, da Directiva, desde que o número de dentistas convencionados seja ou possa vir a ser excedentário, o que compete ao juiz nacional averiguar.<sup>84</sup>

No ac. *Georgiev*<sup>85</sup>, o TJ julgou conforme à Directiva a legislação búlgara que impõe a passagem automática à reforma para os professores universitários que tenham completado 68 anos de idade e que determina que, após os 65, aqueles só podem prosseguir a sua actividade mediante a celebração de contratos a termo, efectuados pelo

---

<sup>79</sup> BAILLY, P. e LHERNOULD, J., cit., 233.

<sup>80</sup> N.ºs 55 do ac. *Hartlauer*, C-169/07, 10/03/09, 53 do ac. em exame e 56 do ac. *Georgiev*.

<sup>81</sup> N.º 56 do ac. *Georgiev*.

<sup>82</sup> N.º 86 do ac. *Fuchs*.

<sup>83</sup> “Vários acórdãos demonstram que este controle, que emergiu gradualmente, tem um papel decisivo.” Refira-se os ac. *Hütter*, *Andersen* e *Hennigs*, de que mais adiante falaremos. BAILLY, P. e LHERNOULD, J., cit., 233.

<sup>84</sup> N.ºs 38 a 42, 45, 49, 50, 58, 61 a 64, 68 e 77 do ac. em exame.

<sup>85</sup> C-250/09 e C-268/09, 18/11/10.

período de um ano, renováveis, no máximo, duas vezes. Foram alegadas finalidades como a implementação de um ensino de qualidade e a repartição optimizada entre as gerações dos lugares de professores. Seguindo a jurisprudência *Palacios de la Villa*,<sup>86</sup> o objectivo de fomentar a contratação, no ensino superior, com a oferta de lugares de professores a pessoas mais jovens é legítimo.<sup>87</sup> Quanto ao limite de idade de 68 anos, o TJ fez um paralelo com o caso *Petersen*, onde havia afirmado que, perante a evolução da situação de emprego no sector em causa, a aplicação de um limite de idade conducente à saída do mercado de trabalho dos mais idosos pode beneficiar o emprego dos mais jovens, sendo essa idade suficientemente avançada para servir de termo ao exercício da profissão.<sup>88</sup> Estas são apreciações igualmente correctas no contexto de uma actividade como a de professor universitário, em que os lugares são, regra geral, limitados e reservados às pessoas que atingiram as qualificações mais elevadas e em que para a contratação de um professor é necessária a existência de uma vaga. No caso *sub judice*, a legislação tem também em conta a compensação financeira sob a forma de reforma que vão receber os trabalhadores afectados. No que respeita à celebração de contratos a termo a partir dos 65 anos, trata-se de uma situação claramente distinta da presente no ac. *Mangold*: aqui, o factor determinante é a obtenção de um direito a uma pensão de reforma e não somente a circunstância de o trabalhador ter atingido certa idade, a qual é, aliás, bem mais avançada do que a que estava em causa naquele caso. Todavia, não há certeza de que o objectivo de promover a contratação dos jovens corresponda ao pretendido pelo legislador. Segundo uma das partes, a medida não se harmoniza com a realidade do mercado de trabalho em causa, pois a média de idade dos professores universitários é de 58 anos e o seu número não excede os 1000, dada a falta de interesse dos jovens nesta carreira. Isto confirmado, a legislação não serviria para encorajar a contratação dos jovens, cabendo ao juiz nacional verificar se aquelas finalidades correspondem à realidade dos factos. Cabe-lhe ainda examinar se o limite de idade responde verdadeiramente à preocupação de alcançar os

---

<sup>86</sup> N.ºs 65 do ac. referido e 68 do ac. *Petersen*.

<sup>87</sup> “Menos interessante e de mera rotina podem qualificar-se os ac. *Rosenblatt* e *Giorgiev* que se limitam a reafirmar a tranquila legitimidade da finalidade das medidas de política de emprego e de mercado de trabalho.” CALAFÀ, L., “Selezione per autisti di autobus di linea a Milano e discriminazione in base all’età”, *D&L – Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 2010, n.º 4, 1035.

<sup>88</sup> N.º 70 do ac. *Petersen*.

objectivos invocados de forma coerente e sistemática.<sup>89</sup>

Mais recentemente, no ac. *Fuchs*, o TJ também não considerou discriminatória a lei alemã que prevê a aposentação obrigatória dos procuradores aos 65 anos de idade, permitindo-lhes, simultaneamente, continuar a trabalhar até aos 68 anos, se o interesse do serviço o exigir. A disposição apresenta como finalidade principal estabelecer uma “boa estrutura de idades”, através da presença simultânea, na profissão, de jovens funcionários em início de carreira e de funcionários mais velhos, já numa fase avançada. Pretende ainda planificar eficazmente as saídas e os recrutamentos, favorecer a contratação e a promoção dos jovens e prevenir eventuais litígios sobre a capacidade do funcionário para exercer a sua actividade, depois dessa idade. Estes são objectivos de interesse geral que visam assegurar um serviço público de qualidade, *in casu*, o da justiça. Na Alemanha, o número de lugares disponíveis na profissão de procurador é especialmente reduzido e os seus membros são nomeados vitaliciamente, sendo raros os casos em que um se retira voluntária e prematuramente das suas funções. O único meio de repartir o emprego de forma equitativa entre as gerações é, por isso, a fixação de uma idade obrigatória para a aposentação.<sup>90</sup>

O TJ deixou claro, neste último caso, que a concomitância de várias finalidades não obsta à possibilidade de existir um objectivo legítimo. Podem estar ligados uns aos outros, como no ac. *Georgiev*, ou ser classificados por ordem de importância, como no ac. *Petersen*.<sup>91</sup>

Da análise desta jurisprudência, pode-se constatar que o TJ aplica o teste da coerência com maior flexibilidade quando está em causa uma cláusula que fixa um limite de idade, relevando tão-só as incoerências flagrantes ou manifestas. No ac. *Fuchs*, por exemplo, o facto de os interessados poderem, em certos casos, trabalhar até aos 68 anos de idade não levou o juiz a considerar a medida incoerente. Também no ac. *Rosenblatt*, o TJ não declarou a incoerência das cláusulas controvertidas, perante a contestação de que há muito que essas são utilizadas, independentemente da conjuntura social e demográfica e da

---

<sup>89</sup> N.ºs 41, 45, 47, 48, 52, 54, 56 e 68 do ac. em exame.

<sup>90</sup> N.ºs 47 a 50, 53, 57, 59 e 60 do ac. em exame.

<sup>91</sup> N.ºs 44, 46, 47 e 50 do ac. em exame.

situação de trabalho.<sup>92</sup>

Os casos em que se discutiu um limite de idade na prossecução da actividade profissional podem suscitar uma questão: se o direito ao trabalho é um direito fundamental, nomeadamente à luz do art. 15.º da CDFUE, que proclama a liberdade profissional e o direito de trabalhar, não deveria o juiz realizar com uma maior exigência o teste da proporcionalidade? O TJ respondeu negativamente em *Fuchs*. A proibição da discriminação em razão da idade carece, na verdade, de ser lida com base no direito reconhecido naquele preceito. Dele resulta que “deve ser concedida particular atenção à participação dos trabalhadores idosos na vida profissional e, por isso mesmo, na vida económica, cultural e social”, e que a sua manutenção na vida activa favorece a “diversidade no emprego”. Contudo, como observámos, este interesse deve ser ligado a outros interesses eventualmente divergentes, como por exemplo, a inserção profissional de jovens trabalhadores.<sup>93</sup>

Da jurisprudência analisada, resulta que o teste de proporcionalidade é facilmente superado quando a ruptura automática do contrato de trabalho é acompanhada do direito a uma pensão de reforma. Apenas a medida controvertida no ac. *Mangold* foi considerada discriminatória por se basear exclusivamente num “dado objectivo e imutável: a idade do trabalhador”<sup>94</sup>. Teresa Moreira constata que o teste da proporcionalidade “é mais *fraco* nos casos em que está em causa a reforma dos trabalhadores, e mais forte ou mais *apertado* nos restantes casos”<sup>95</sup>.

Este teste representa o principal motivo que leva à existência de uma discriminação. É aqui que ocorre a divisão entre uma medida discriminatória e uma diferença de idade justificada.<sup>96</sup> Como tem deixado bem claro o juiz da União, não basta existir um objectivo legítimo: “há que repor esta medida no contexto regulamentar em que se insere e tomar em consideração tanto o prejuízo que pode causar às pessoas por ela visadas como os benefícios que dela podem retirar a sociedade, em geral, e os indivíduos que a compõem,

---

<sup>92</sup> BAILY, P. e LHERNOULD, J., cit., 234 e 235.

<sup>93</sup> BAILY, P. e LHERNOULD, J., cit., 232 e 233.

<sup>94</sup> CIARONI, L., “Autonomia privata e principio di non discriminazione”, *Giurisprudenza Italiana*, 2006, n.º 10, 1816.

<sup>95</sup> MOREIRA, T. C., cit., 102.

<sup>96</sup> LECLERC. O., “Le contrat de travail des seniors à l’épreuve du droit communautaire”, *Recueil Dalloz*, 2006, n.º 8, 560.

em particular”.<sup>97</sup>

Vejamos outro tipo de casos analisados pelo TJ, pertinentes para o nosso trabalho.

No ac. *Hütter*<sup>98</sup>, o juiz declarou contrária à Directiva a legislação austríaca que previa que, para efeitos da determinação do escalão em que são colocados os seus agentes contratuais, um organismo público podia não considerar os períodos de emprego anteriores aos 18 anos de idade. O legislador procurou, por um lado, não desfavorecer as pessoas que tivessem seguido uma formação escolar secundária do ensino geral em relação às oriundas da formação profissional e, por outro lado, não encarecer, para o sector público, o custo da aprendizagem profissional, favorecendo, assim, a inserção dos jovens que tenham seguido este tipo de formação no mercado de trabalho. Em relação ao primeiro objectivo, o critério da idade não é apropriado à sua realização, já que ele é aplicável independentemente do tipo de ensino seguido, podendo conduzir a uma diferença de tratamento entre duas pessoas provenientes de uma ou outra formação. Seria, segundo o TJ, mais apropriado um critério baseado directamente no tipo de estudos seguidos sem atender à idade das pessoas. Quanto ao segundo objectivo, a medida também não se afigura adequada, já que a exclusão da experiência adquirida antes dos 18 anos é aplicável, sem distinção, a todos os agentes contratuais da função pública, independentemente da idade em que foram contratados.<sup>99</sup>

Semelhante a este caso é aquele que esteve na origem do ac. *Küçükdeveci*<sup>100</sup>, em que o TJ considerou discriminatória a legislação alemã segundo a qual o tempo de trabalho prestado por um trabalhador antes dos 25 anos de idade não é tido em conta no cálculo do prazo de aviso prévio, em caso de despedimento. A medida visava permitir ao empregador uma maior flexibilidade na gestão do pessoal, atenuando as suas obrigações no que obedece ao despedimento dos jovens trabalhadores, a quem é razoável exigir uma maior mobilidade pessoal e/ou profissional. Porém, sendo aplicável a todos que tenham sido recrutados antes dos 25 anos, independentemente da idade que tenham no momento do seu despedimento, ou seja, ainda que a sua antiguidade na empresa seja grande, ela não é

---

<sup>97</sup> N.º 73 do ac. *Rosenblatt*.

<sup>98</sup> C-88/08, 18/06/09.

<sup>99</sup> N.ºs 38, 40 e 47 a 49 do ac. em exame. A disposição é discriminatória porque, mesmo que não seja explicitamente dito pelo TJ, a medida não é coerente com os objetivos prosseguidos. BAILY, P. e LHERNOULD, J., cit., 234.

<sup>100</sup> C-555/07, 19/01/10.

adequada a realizar o objectivo.<sup>101</sup>

Também no ac. *Andersen*<sup>102</sup>, o TJ julgou incompatível com a Directiva a medida dinamarquesa que estabelecia que os trabalhadores com o direito de beneficiar de uma pensão de reforma paga pelas suas entidades patronais, a título de um regime de pensões a que aderiram antes de terem completado 50 anos de idade, não podiam beneficiar da indemnização especial por despedimento prevista para os empregados com uma antiguidade na mesma empresa superior a 12 anos.<sup>103</sup> Se a indemnização se destina a favorecer a reinserção profissional destes, a excepção pretendia legitimamente evitar o favorecimento dos que não andam à procura de um novo emprego e vão receber uma pensão de reforma. O legislador partiu do princípio que os trabalhadores despedidos com possibilidade de auferir dessa pensão geralmente abandonam o mercado de trabalho. Porém, os que a tal possibilidade desejem temporariamente declinar para seguir a sua carreira profissional não poderão receber a indemnização, destinada, no entanto, a protegê-los. Como aludiu Juliane Kokott, os trabalhadores que se encontrem nessa situação terão mais dificuldade na “continuação do direito de trabalhar, uma vez que não são apoiados financeiramente através de uma indemnização por despedimento – ao contrário do que sucede com outros trabalhadores com igual antiguidade”. Acresce que os interessados podem ver-se constringidos a aceitar uma pensão de reforma de montante reduzido quando comparado com aquele que poderiam auferir se permanecessem profissionalmente activos até uma idade mais avançada, o que leva a uma expressiva perda de rendimentos a longo prazo. Este regime “constitui, na realidade, um convite ao despedimento dos trabalhadores que atingiram a idade mínima de reforma”. Ora, existem medidas menos gravosas que garantam que só os trabalhadores que permanecem profissionalmente activos e procuram novo emprego beneficiariam da indemnização. O legislador podia, por exemplo, ter imposto a condição de o trabalhador se inscrever nos serviços de emprego por um certo período, durante o qual não podia pedir a reforma – lembrou a AG. Outra solução seria, na

---

<sup>101</sup> N.ºs 39 a 41 do ac. em exame.

<sup>102</sup> C-499/08, 12/10/10.

<sup>103</sup> Efectivamente, “[a]s garantias de estabilidade no emprego dos trabalhadores mais velhos são mais fracas do que a dos restantes trabalhadores.” RODRÍGUEZ CARDO, I. A., “Discriminación por razón de edad: incompatibilidad entre indemnización por despido y plan de pensiones de empresa”, *Actualidad Laboral*, 2011, n.º 2, 169.

sugestão da Comissão, criar para o trabalhador a obrigação de reembolsar o montante da indemnização que viesse a revelar-se indevida ou abusivamente recebida.<sup>104</sup>

No ac. *Hennigs*<sup>105</sup>, o TJ avaliou também como discriminatória a medida alemã inserida numa convenção colectiva que previa que a remuneração base do empregado, para cada categoria no sector público, era determinada consoante a sua idade, no momento do recrutamento. Ao pretender recompensar a experiência profissional daquele, a medida seguia um objectivo legítimo. Todavia, um trabalhador recrutado aos 30 anos de idade, sem qualquer experiência profissional, poderia vir a ter uma remuneração base equivalente à de um trabalhador com a mesma idade, no mesmo emprego, mas que tenha sido recrutado aos 21 anos. A medida não foi, por esta razão, considerada adequada e necessária à realização daquela finalidade.<sup>106</sup>

Num contexto diferente, são de realçar os casos *Wolf* e *Prigge*, que deram ao TJ a oportunidade de interpretar o art. 4.º, n.º 1, da Directiva.

No primeiro, foi analisada a regulamentação alemã que impõe o limite máximo de 30 anos de idade para o recrutamento de trabalhadores para o serviço técnico intermédio dos bombeiros profissionais, que inclui tarefas de combate aos incêndios e de socorro às pessoas. O TJ estimou a legislação apropriada à finalidade de assegurar o carácter operacional e o bom funcionamento do serviço, objectivo legítimo na acepção daquele preceito. Este serviço exige capacidades físicas especialmente elevadas, que apenas são preenchidas pelos funcionários com menos de 45 ou 50 anos. Os que ultrapassarem esta idade executam outras tarefas. O limite de 30 anos visa assegurar que os funcionários possam cumprir as missões durante um período relativamente longo da sua carreira.<sup>107</sup> Estando em causa um serviço de socorro, importa ainda referir o 18.º cons. da Directiva, nos termos do qual esta não poderá ter por efeito que esses serviços “sejam obrigados a recrutar ou a manter no seu posto de trabalho pessoas sem as capacidades necessárias para o exercício de todas as funções que possam ter de exercer, no âmbito do objectivo legítimo de manter a operacionalidade dos respectivos serviços”.

---

<sup>104</sup> N.º 65 das conc. relativas ao ac. em exame.

<sup>105</sup> C-297/10 e C-298/10, 08/09/11.

<sup>106</sup> N.ºs 72, 76 e 77 do ac. em exame.

<sup>107</sup> N.ºs 34 e 43 do ac. em exame.

Em *Prigge*, o TJ fez uma interpretação mais restritiva daquela disposição, a qual afirmou opor-se à cláusula da convenção colectiva, na Alemanha, que fixa em 60 anos o limite de idade a partir do qual se considera que os pilotos deixam de ter as capacidades físicas para exercerem a sua actividade profissional. Pretendia-se garantir a segurança do tráfego aéreo, o que constitui um objectivo legítimo na acepção do art. 4.º, n.º 1, da Directiva. No entanto, na medida em que as regulamentações nacional e internacional fixam essa idade em 65 anos, a cláusula cria uma “exigência desproporcionada” para os afectados.<sup>108</sup>

O TJ relembrou, neste último acórdão, que a própria convenção colectiva não está dispensada de respeitar a Directiva. O direito de negociação colectiva, embora proclamado no art. 28.º da CDFUE, carece de ser exercido em conformidade com o direito da UE. Por outras palavras, os parceiros sociais devem agir no respeito pela Directiva e pelo princípio da não discriminação em razão da idade.<sup>109</sup>

Em vários casos em que o TJ foi solicitado a pronunciar-se, a decisão de reenvio não continha qualquer informação sobre a finalidade da disposição nacional e dos autos não resultava que esta exprimisse o objectivo prosseguido. Em *Petersen*, por exemplo, não decorria da legislação, nem dos trabalhos preparatórios, nem do debate parlamentar, qualquer motivação. Esta situação não implica, porém, a inexistência de um objectivo legítimo. Como o TJ tem vindo reiteradamente a declarar, não se pode deduzir do art. 6.º, n.º 1, da Directiva que uma imprecisão da legislação quanto ao seu escopo rejeite, automaticamente, a possibilidade de essa legislação ser justificada. “[I]mporta (...) que outros elementos, extraídos do contexto geral da medida em causa, permitam a identificação do objectivo que lhe está subjacente”.<sup>110</sup> Leiam-se, nesta sede, as palavras de Paulo Ramos de Faria: “Devemos ir mais longe na exigência da presença objectiva de um fim legítimo justificante. Para além de não ser *necessário* que o legislador nacional sinalize expressamente esse objectivo, também não é *suficiente* que o faça. O recurso aos ‘outros

---

<sup>108</sup> N.ºs 68 e 69 e 73 a 76 do ac. em exame.

<sup>109</sup> N.ºs 45 a 48 do ac. referido.

<sup>110</sup> N.ºs 56 e 57 do ac. *Palacios de la Villa*, 45 do ac. *Age Concern England*, 40 do ac. *Petersen*, 58 do ac. *Rosenbladt*, 40 do ac. *Georgiev* e 39 do ac. *Fuchs*.

elementos' não se destina apenas a suprir a falta de uma justificação declarada, mas também a fiscalizar da sua *razoabilidade*.”<sup>111</sup>

Ainda neste contexto, o TJ salientou que “[s]imples afirmações gerais relativas à aptidão de uma medida determinada a participar na política de emprego, do mercado de trabalho ou da formação profissional não bastam para demonstrar que o objectivo dessa medida é susceptível de justificar uma excepção ao (...) princípio, nem constituem elementos que permitam razoavelmente considerar que os meios escolhidos são aptos à realização desse objectivo”.<sup>112</sup> No caso *Wolf*, o governo alemão mencionou que estudos realizados no âmbito da medicina do trabalho e do desporto revelaram que as capacidades respiratórias, a musculatura e a resistência diminuem com a idade.<sup>113</sup> Já no caso *Giorgiev*, apenas foi indicado que o escopo da medida nacional seguia o tipo de objectivo referido no art. 6.º, n.º 1, da Directiva. Importa examinar rigorosamente a finalidade prosseguida, tarefa que incumbe ao órgão jurisdicional nacional.<sup>114</sup> O papel do juiz nacional é, de facto, decisivo. A ele cumpre, nestes casos, efectuar o teste de proporcionalidade, podendo concluir pela existência de uma discriminação porque a disposição é apoiada por meras generalidades.<sup>115</sup>

O TJ teve, igualmente, oportunidade de referir que os Estados têm o “ónus de demonstrarem o carácter legítimo do objectivo invocado como justificação em função de um elevado limiar probatório”<sup>116</sup>, cabendo “ao juiz nacional apreciar, segundo as regras do direito nacional, o valor probatório dos elementos que lhe são submetidos, os quais podem, nomeadamente, compreender dados estatísticos”<sup>117</sup>.

Com efeito, a escolha da medida pode assentar em “considerações de ordem económica, social, demográfica e/ou orçamental, as quais compreendem dados existentes e verificáveis, mas também previsões que, por natureza, se podem revelar inexactas e comportam, portanto, um grau de incerteza. A referida medida pode, além disso, assentar em considerações de ordem política, que, frequentemente, implicam uma arbitragem entre

---

<sup>111</sup> FARIA, P. R., cit., 229.

<sup>112</sup> N.º 51 do ac. *Age Concern England*.

<sup>113</sup> N.º 41 do ac. referido.

<sup>114</sup> N.º 43 do ac. referido.

<sup>115</sup> BAILY, P. e LHERNOULD, J., cit., 230 e 235.

<sup>116</sup> N.º 67 do ac. *Age Concern England*.

<sup>117</sup> N.º 82 do ac. *Fuchs*.

várias soluções concebíveis e também não permitem conferir um carácter certo ao resultado esperado.”<sup>118</sup>

## 5.2. Princípio geral do direito da UE vs Directiva – o problema da eficácia directa horizontal

No ac. *Mangold*, o litígio opunha dois particulares e, à sua data, o prazo para a transposição da Directiva ainda não se havia vencido<sup>119</sup>, circunstância que, segundo o governo alemão, obstava o trabalhador a dela se prevalecer. Decorre, no entanto, da jurisprudência do TJ que, durante esse prazo, os Estados membros não podem adoptar disposições susceptíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito pela directiva em questão, impondo-se-lhes, ao invés, criar progressivamente medidas que dela se aproximem.<sup>120</sup>

De forma inédita, o TJ anunciou, porém, que o princípio da não discriminação em razão da idade não nasce da Directiva, sendo antes um princípio geral do direito da UE decorrente de vários instrumentos internacionais e tradições constitucionais comuns aos Estados membros,<sup>121</sup> cujo respeito não depende do termo daquele prazo. Entendeu, por isso, competir ao juiz nacional não aplicar qualquer disposição contrária, de modo a garantir o pleno efeito do princípio, mesmo no âmbito de um litígio entre particulares.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> N.º 81 do ac. *Fuchs*.

<sup>119</sup> O prazo para a Alemanha terminava a 06/12/06.

<sup>120</sup> Ac. *Wallonie*, C-129/96, 18/12/97 e n.ºs 66 e 67 do ac. em exame.

<sup>121</sup> Segundo GERHARD BINKERT (“Des tensions entre droit allemand et droit communautaire”, *RDT*, 2010, n.ºs 7/8, 466), esta é “uma interpretação um quanto ‘ousada’ destas fontes de direito, supondo, aliás, que são fontes de direito no sentido jurídico do termo.” Para o AG BOT, o raciocínio do TJ teria sido mais convincente se se tivesse baseado nos arts. 19.º do TFUE e 21.º da CDFUE e não apenas naqueles instrumentos e tradições que, na sua maioria, não identificam um princípio específico de proibição de discriminação em razão da idade. N.º 77 das conc. relativas ao ac. *Kücükdeveci*.

<sup>122</sup> N.ºs 67, 72 e 74 a 77 do ac. em exame. Para MARIA TERESA VELASCO PORTERO e ELENA GUTIÉRREZ GARCÍA (“Discriminación por razón de edad versus fomento del empleo”, *RMTAS*, n.º 67, 2007, 323), o ac. está bem fundamentado no que se refere à discriminação em causa, mas é vago quanto ao papel do juiz nacional durante o prazo para a transposição da Directiva. Seria ainda de esperar uma referência mais detalhada sobre o princípio geral, já que o direito da UE se centrara, sobretudo, na igualdade e não discriminação em razão do sexo. LISA WADDINGTON (“Recent developments and the non-discrimination directives: *Mangold* and more”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2006, n.º 1, 373) escreve que o ac. *Mangold* “parece ter aberto a porta para um princípio geral da igualdade amplo no direito

Segundo Valeria Picone e Silvana Sciarra, o TJ veio confirmar o seu papel de *law maker* na UE e enriqueceu “com novos padrões o tecido da força vinculante do direito supranacional, fruto do quadro resultante da combinação do primado, do efeito directo, da leal colaboração e da obrigação de interpretação conforme”.<sup>123</sup>

A “discriminação em razão da idade tem uma natureza ambivalente e esta talvez justifique a necessidade sentida pelo TJUE de tratar a proibição deste tipo de discriminação como uma parte de um princípio geral de igualdade”, escreve Teresa Moreira.<sup>124</sup>

Se a Directiva não podia ser aplicada num litígio entre particulares, o AG Tizzano defendeu impor-se, para o juiz nacional, a obrigação de uma interpretação conforme àquela, o que também vale em relação às directivas cujo prazo de transposição ainda não tenha expirado.<sup>125</sup>

O TJ já havia reconhecido, antes da adopção da Directiva, a existência de um princípio geral de igualdade que vincula os Estados membros quando implementam regulamentações da UE. O princípio proíbe que situações idênticas sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes sejam tratadas de modo igual, a menos que esse tratamento se justifique por razões objectivas, prosseguindo uma finalidade legítima, e seja adequado e necessário para alcançar essa finalidade. Segundo o AG, a norma específica da Directiva e a norma geral “coincidem, no essencial, pelo que a análise da compatibilidade de uma norma (...) poderia ser feita indistintamente à luz de uma ou outra, com idênticos resultados.” Julga, porém, preferível o recurso ao princípio geral, porquanto produz efeitos sobre todos os indivíduos e pode, ao contrário da Directiva, ser invocado directamente entre privados.<sup>126</sup>

Esta não foi a primeira decisão em que o TJ aplicou directamente o princípio geral da igualdade de tratamento para desaplicar uma legislação nacional. A novidade em *Mangold*

---

da UE”. Transcrevamos ainda as palavras de CATHERINE BARNARD (*The fundamentals of EU law revisited*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 138), para quem, “o mais surpreendente de tudo” foi o TJ ter indicado que os princípios gerais de direito podem ser directamente eficazes e exequíveis nos tribunais nacionais.

<sup>123</sup> PICONE, V. e SCIARRA, S., “Principi fondamentali dell’ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali”, *FI*, 2006, n.º 4, 342.

<sup>124</sup> MOREIRA, T. C., cit., 86 e 87.

<sup>125</sup> N.º 122 das conc. relativas ao ac. em exame.

<sup>126</sup> N.ºs 83 e 84 das conc. relativas ao ac. *Mangold*.

foi a classificação do princípio da não discriminação em razão da idade como um princípio geral da UE.<sup>127</sup>

A dúvida por muitos colocada é se o TJ não reconheceu efeito directo horizontal à Directiva.

Respondendo negativamente, o AG Mázak afirma que o TJ “procurou, antes, ultrapassar a falta deste efeito atribuindo efeito directo ao correspondente princípio geral de direito”.<sup>128</sup> Já nas palavras de Valeria Piccone, “a proibição de não discriminação é agora intolerante à eficácia apenas vertical das directivas.”<sup>129</sup>

O recurso ao princípio geral permite superar qualquer dificuldade quanto ao resultado das directivas antes do termo do prazo para a sua transposição e quanto à falta daquele efeito.<sup>130</sup> Como nos diz Alessandra Silveira, “o TJ converte os princípios gerais em válvulas de escape da tutela jurisdicional efectiva dos particulares.”<sup>131</sup>

Todavia, o princípio parece não poder operar sem a Directiva: esta define o âmbito daquele e assume-se como o parâmetro de conformidade para a norma interna. “Na verdade, é a ‘combinação’ entre as duas fontes (...) que consente à segunda de ser invocada num litígio entre privados.” Mas o TJ evitou a questão relativa aos efeitos das directivas nas relações horizontais, reconduzindo a desaplicação da norma interna ao princípio primado do direito da União.<sup>132</sup> Dita o princípio que em caso de conflito, o direito da UE – e leia-se este direito em sentido amplo, incluindo todas as normas e actos de direito da UE,

---

<sup>127</sup> Não se trata, contudo, de um conceito verdadeiramente novo, pois ele decorre daquele primeiro princípio. “Convidar os tribunais nacionais a desaplicar as disposições internas contrárias ao princípio da não discriminação com fundamento na idade foi, por isso, uma continuação da jurisprudência do TJ.” THÜSING, G. e HORLER, S., cit., 1166 a 1168.

<sup>128</sup> N.º 132 das conc. relativas ao ac. *Palacios de la Villa*.

<sup>129</sup> PICCONE, V., “Effetti diretti, interpretazione conforme e principi generali dell’ordinamento comunitario da *Van Gend en Loos* a *Velasco Navarro*”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2008, n.º 1, 181.

<sup>130</sup> CAVALLINI, J., “De la suppression des restrictions à la conclusion d’un contrat à durée déterminée lorsque le salarié est un senior”, *La Semaine Juridique – Social*, 2005, n.º 1414, 27 e LECLERC, O., cit., 560 e 561.

<sup>131</sup> SILVEIRA, A., “Implicações nos litígios entre particulares resultantes da horizontalidade dos princípios gerais/direitos fundamentais protegidos pela União Europeia”, *Cadernos de Direito Privado*, 2010, n.º 3, 7.

<sup>132</sup> FEDERICO, G., “La Sentenza Kucukdeveci e la *vexata quaestio* degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive”, *RIDL*, 2010, n.º 4, 1004 e 1005.

originário ou derivado, que produza efeitos externos – é aplicado com preferência sobre o direito nacional.<sup>133</sup>

Dois anos depois da jurisprudência *Mangold*, o TJ teria oportunidade de a esclarecer, com o litígio que deu origem ao ac. *Bartsch*<sup>134</sup>. Sucede que o termo do prazo para a transposição da Directiva não havia ainda expirado e, diferentemente daquele caso, a legislação controvertida não correspondia a medidas de transposição de disposições da UE. Em *Mangold*, a disposição era uma medida de actuação da Directiva 1999/70, do Conselho, relativa aos contratos a termo, de 28 de Junho de 1999, pelo que o Tribunal entendeu aquela entrar na esfera de aplicação do direito da UE.<sup>135</sup> No segundo caso, o TJ declarou que o direito da UE não contém uma proibição de toda e qualquer discriminação em razão da idade quando o comportamento eventualmente discriminatório não tenha com ele ligação, a qual não é criada pelo art. 19.º do TFUE, nem pela Directiva, antes do termo do referido prazo.<sup>136</sup>

Segundo Maria Vittoria Ballestero, o juiz não veio contradizer o ac. *Mangold*: não negou a existência de um princípio geral, ditando antes que os Estados não são obrigados a respeitá-lo fora do âmbito de aplicação do direito da UE. A autora desdobra, no entanto, uma importante diferença entre os dois casos. “Em *Mangold*, baseando-se na ocorrida transposição da Directiva sobre os contratos a termo, o Tribunal deu um passo em frente, conseguindo prevalecer-se do efeito directo horizontal do princípio geral de não discriminação com base na idade (...). Em *Bartsch*, o Tribunal deu um passo atrás, parando na falta da condição preliminar”.<sup>137</sup>

Com o ac. *Küçükdeveci*, que contrapôs dois privados e cujos factos ocorreram depois do termo do prazo para a transposição da Directiva, o TJ regressa à relevante e polémica questão dos efeitos directos horizontais. Esta era uma boa oportunidade para delimitar o

---

<sup>133</sup> MARTINS, P. F., “Princípio do primado do direito da União”, in PAIS, S. O. (coord.), *Princípios fundamentais de direito da União*, Almedina, Coimbra, 2011, 42, 48 e 49.

<sup>134</sup> C-427/06, 23/09/08.

<sup>135</sup> N.º 75 do ac. referido.

<sup>136</sup> N.ºs 24 e 25 do ac. em exame.

<sup>137</sup> BALLESTRERO, M. V., cit., 149.

regime jurídico e o âmbito de aplicação da proibição da discriminação em razão da idade no direito da UE e, sobretudo, para esclarecer o alcance do ac. *Mangold*.<sup>138</sup>

Como decorre do art. 288.º do TFUE e da jurisprudência assente do TJ, uma Directiva não pode por si só criar obrigações para um particular, tendo apenas como destinatários os Estados membros, o que a impede de ser invocada nos litígios entre privados. “O Tribunal de Justiça recusa assim dar um passo que se traduziria na equiparação das directivas aos regulamentos, ao reconhecer à Comissão o poder de impor, com efeito imediato, obrigações aos particulares quando ela só tem essa competência nas áreas em que lhe é atribuído o poder de adoptar regulamentos.”<sup>139</sup>

Numa posição minoritária, o AG Bot defende a possibilidade de tal invocação, de forma a excluir uma disposição nacional contrária ao direito da UE. Alega que se a Directiva se destina a facilitar a aplicação concreta do princípio da não discriminação em razão da idade e, em particular, a melhorar a tutela jurisdicional dos trabalhadores que possam ter sido vítimas, então o âmbito do princípio não pode ser afectado.<sup>140</sup> Entende, por isso, que a Directiva é a norma de referência para declarar a existência ou não de discriminação. Contrariamente à opinião do AG Tizzano, Bot não encontra qualquer razão para atribuir um alcance autónomo ao princípio geral, limitando-se a interpretá-lo, já que um entendimento contrário possui o grande inconveniente de retirar à Directiva qualquer efeito útil. Todavia, estando o princípio fortemente ligado a esta, que tem por maior objectivo facilitar a sua aplicação, segue aludindo que ele carece de ser tomado em consideração, no momento de precisar se e em que condições pode a Directiva ser invocada numa relação horizontal.<sup>141</sup>

O TJ compensa a falta de efeito directo horizontal das directivas com soluções alternativas. Apela, desde logo, ao princípio da interpretação conforme, que obriga o juiz nacional a analisar o direito interno na medida do possível à luz do texto e da finalidade da Directiva para obter o resultado por ela prosseguido.<sup>142</sup> Este é “um instrumento

---

<sup>138</sup> N.ºs 1 e 2 das conc. relativas ao ac. *Kücükdeveci*.

<sup>139</sup> N.º 57 das conc. relativas ao ac. *Kücükdeveci*.

<sup>140</sup> N.º 87 das conc. relativas ao ac. *Kücükdeveci*.

<sup>141</sup> N.ºs 29, 30, 34 das conc. relativas ao ac. *Kücükdeveci*.

<sup>142</sup> Julgamos oportuno mencionar, aqui, que o art. 348.º do nosso CT carece, segundo entendemos, de ser interpretado de modo conforme à Directiva. Cremos, mais especificamente, impor-se uma interpretação

particularmente apto não só a superar os inconvenientes produzidos pela negação” daquele efeito, “mas ainda a garantir a eficácia das directivas correcta ou incorrectamente transpostas, ou mesmo não transpostas”, já que “para a aplicação desse princípio não é necessário que as disposições da directiva tenham efeito directo”.<sup>143</sup> Contudo, esta obrigação é limitada por princípios gerais, como os da segurança jurídica e da não retroactividade, e não pode gerar uma interpretação *contra legem* do direito nacional, “isto é, não pode ser exigida uma reinterpretação da lei nacional que contradiz o seu sentido habitual”.<sup>144</sup> Resta, nestes casos, afirmar que o direito da UE impõe aos Estados membros a reparação dos danos causados a particulares pela não transposição de uma directiva, desde que esta tenha por objectivo a atribuição de direitos a particulares, o conteúdo desses direitos possa ser identificado com base nas disposições da directiva e exista um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o dano sofrido.<sup>145</sup>

Em *Kücükdeveci*, a legislação não era susceptível de interpretação conforme, “dada a claridade e contundência” daquela.<sup>146</sup> No entanto, Bot reputou insuficiente a mera responsabilização judicial do Estado, pois “uma luta eficaz contra as discriminações contrárias ao direito [da União] exige que o juiz nacional competente possa atribuir às pessoas que façam parte da categoria desfavorecida (...) as mesmas vantagens de que beneficiam as pessoas da categoria privilegiada.” Sugere a eleição de um critério mais ambicioso, uma terceira solução, no entanto, nunca validada de forma geral e explícita pelo TJ, que consiste em separar o efeito directo horizontal das directivas e a invocabilidade das mesmas. O AG cuida que “se as directivas não podem substituir o direito nacional inexistente ou mal transposto para imporem directamente obrigações a um particular,

---

restritiva do n.º 3 do preceito, abarcando tão-só os trabalhadores que, tendo atingido os 70 anos de idade, estejam em condições de auferir de uma pensão de reforma, no seguimento da jurisprudência *Palacios de la Villa*. Sobre este tema, v. FARIA, P. R., cit. e ALMEIDA, J., cit.

<sup>143</sup> PAIS, S. O., “Algumas reflexões sobre o princípio de interpretação conforme no contexto da ‘transposição judicial’ das directivas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2010, n.º 4, 507. O ac. *Mangold* veio confirmar o entendimento lato do princípio da interpretação conforme, o qual “não se esgota na interpretação da legislação nacional à luz das directivas, antes abrange *todo o Direito da União Europeia*”, *in casu*, os princípios gerais de direito da União. PAIS, S. O., “Princípio da interpretação conforme”, in PAIS, S. O., *Princípios...*, cit., 94.

<sup>144</sup> PAIS, S. O., “Algumas...”, cit., 511 e 512.

<sup>145</sup> N.ºs 58 a 65 das conc. relativas ao ac. *Kücükdeveci*.

<sup>146</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. e BRAVO-FERRER, “Efecto directo e invocabilidad *inter privatos* de las directivas laborales”, *RL*, 2010, n.º 6, 16.

podem, pelo menos, ser invocadas a fim de se excluir o direito nacional contrário” (critério da invocabilidade de exclusão), considerando esta, aliás, a única posição compatível com a jurisprudência *Mangold*.<sup>147</sup>

Mas o TJ veio confirmar esta última jurisprudência, tão famosa como criticada,<sup>148</sup> que, até aqui, havia sido cuidadosamente “posta de parte”.<sup>149</sup> Alguns autores chamaram mesmo ao caso em análise de “*Mangold II*”.<sup>150</sup> Ao ver na proibição da discriminação em razão da idade um princípio geral do direito da União, que a Directiva concretiza, mas não consagra, o TJ tornou a anunciar não poder o juiz nacional aplicar qualquer disposição contrária, de modo a garantir a eficácia completa do princípio e a protecção jurídica decorrente do direito da UE.<sup>151</sup> E pela primeira vez desde a entrada em vigor do TL, o Tribunal aludiu ao art. 21.º da CFDUE, salientando que esta proíbe expressamente a discriminação em razão da idade e que agora tem valor de fonte primária.<sup>152</sup> Com a

---

<sup>147</sup> N.ºs 70 e 71 das conc. relativas ao ac. *Kücükdeveci*.

<sup>148</sup> FAVILLI, C. e GIUBBONI, S., “Efficacia orizzontale delle direttive attuative di principi generali dell’ordinamento europeo”, *MGL*, 2010, n.º 6, 444. Cfr. n.ºs 20, 21 e 27 do ac. em exame. As críticas ao ac. *Mangold* prendiam-se, nomeadamente, com a insuficiência das fontes citadas a identificar o princípio; o recurso a esse princípio como forma de passar a barreira da aplicação de uma directiva antes de findo o prazo para a sua transposição; o efeito directo horizontal de um princípio constitucional; o alargamento do campo de aplicação da Directiva e do direito da União; e a ingerência na competência dos Estados membros. MURPHY, C., cit., 382. OLIVIER DUBOS (“La Cour de Justice, le renvoi préjudiciel, l’invocabilité des directives; de l’apostasie à l’hérésie?”, *La Semaine Juridique – Édition générale*, 2006, n.º 26, 1296) fala-nos de uma “manifesta interferência na competência dos Estados”, por lhe serem impostos os meios para alcançar a transposição correcta da Directiva.

<sup>149</sup> MARCHEGANI, M., cit., 606.

<sup>150</sup> RÉMY, P., “Les juges allemands, la loi fondamentale et le droit de l’Union européenne”, *RDT*, n.ºs 7/8, 463.

<sup>151</sup> N.ºs 50 e 51 do ac. em exame. Se o TJ assim decidiu antes de terminado o prazo de transposição para a Directiva, por maioria de razão, o mesmo vale quando terminado esse prazo. SCIARABBA, V., “La sentenza Kücükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea”, in *www.europeanrights.eu*, 2010, 5. O Tribunal teve também oportunidade de referir, neste processo (n.º 55), que o juiz nacional, chamado a pronunciar-se num litígio horizontal, não é obrigado mas tem a faculdade de submeter ao TJ um pedido de decisão prejudicial sobre a interpretação do princípio em causa, antes de afastar a disposição interna contrária a este.

<sup>152</sup> N.º 22 do ac. em exame. “Na relação entre princípio geral de igualdade e directivas antidiscriminatórias, reflecte-se claramente a imagem ainda turva da relação entre direito derivado e direitos consagrados na Carta”. MILITELLO, M., “Il principio di non discriminazione per età come principio generale di diritto dell’Unione europea: cosa insegna la sentenza ‘Kücükdeveci’”, *FI*, 2011, n.º 3, 165.

O TJ nada menciona quanto à *rationae temporis* da CFDUE, deixando em aberto a questão do seu preciso alcance. “Tendo os factos do litígio ocorrido antes de a Carta adquirir valor de fonte primária, podemos atribuir-lhe um efeito ‘retroactivo’? Ou (...) podemos considerar que se trata de um efeito ‘imediato’ da Carta e que um indivíduo tem de poder prevalecer-se da norma que lhe é favorável dado esse efeito imediato?” MURPHY, C., cit., 383. Defendendo não haver uma aplicação retroactiva da Carta, CORTÉS MARTÍN, J.

expiração do prazo para transposição de uma directiva, a legislação que contém uma matéria regulada por essa directiva (neste caso, as condições de despedimento) é incluída no âmbito de aplicação do direito da União. *In casu*, o princípio podia, então, ser aplicado.<sup>153</sup>

Como vimos, o TJ foi mais longe do que a responsabilização judicial do Estado, recorrendo antes ao princípio do primado do direito da UE.<sup>154</sup> Não adoptou expressamente o critério da invocabilidade de exclusão, sugerido por Bot, mas chegou ao mesmo resultado: o da inaplicabilidade do direito nacional.<sup>155</sup> Para Miguel Rodríguez-Piñero e Bravo-Ferrer, o ac. *Küçükdeveci* é especialmente importante na medida em que “supõe um passo significativo no reconhecimento do efeito de exclusão das directivas nas relações contratuais privadas”.<sup>156</sup>

Citando Cortéz Martín, a única solução para a parte afectada nas relações interprivadas é “optar por uma solução que lhe permita extrair as consequências da primazia da Directiva sobre o direito interno sem, contudo, lhe garantir uma aplicação plena do direito da União.”<sup>157</sup>

Ao excluir a aplicação da disposição discriminatória, o juiz terá de aplicar a norma interna sem a diferença de tratamento, assim alcançando, o resultado visado pela Directiva: ainda que esta “não crie, formalmente, direitos directos na esfera jurídica do trabalhador, a sua possível invocabilidade como parâmetro de aplicabilidade do Direito interno permitir-lhe-á conseguir o efeito proibitivo que a directiva prossegue”.<sup>158</sup>

A Directiva e, em concreto, a proibição de discriminação com base na idade que contem parecem, em suma, gozar de especial efectividade nas relações horizontais.<sup>159</sup>

O princípio que estudamos é uma aplicação específica do princípio geral de igualdade de tratamento. “Não é, por isso, para promover a proibição da discriminação

---

M., “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Enero-Abril 2010”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2010, 592.

<sup>153</sup> N.ºs 23 a 25 do ac. em exame.

<sup>154</sup> SCHMITT, M., “Nouvelles décisions de la Cour de Justice sur la discrimination liée à l’âge: un pas en avant, deux pas en arrière”, *RDT*, 2010, n.º 4, 239.

<sup>155</sup> SILVEIRA, A., cit., 7.

<sup>156</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. e BRAVO-FERRER, cit., 17.

<sup>157</sup> CORTÉS MARTÍN, J. M., cit., 590.

<sup>158</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. e BRAVO-FERRER, cit., 17.

<sup>159</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. e BRAVO-FERRER, cit., 17.

com base na idade que os juízes nacionais e da União procuram a referência ao princípio mas antes para paliar as suas fracas legitimidade normativa e aplicabilidade”.<sup>160</sup> Como afirma Bot, essa referência permite preencher “lacunas eventualmente existentes no direito primário ou derivado”.<sup>161</sup> Foi, na verdade, com o fim de “lutar de forma eficaz”<sup>162</sup> contra este tipo de discriminação que o princípio foi erigido a princípio geral.<sup>163</sup>

Permanece, contudo, a questão, já suscitada com *Mangold*, da relação entre o princípio geral e a Directiva, bem como a dúvida de que acabem por ser atribuídos efeitos directos horizontais a esta.<sup>164</sup>

A ideia da não aplicação da norma nacional com recurso à imediata vinculatividade do princípio parece ter sido querida pelo TJ<sup>165</sup> mas, como escreve Gerhard Binkert, a verdade é que acaba por ser concedido “mais ou menos um efeito directo horizontal à Directiva”.<sup>166</sup>

Vimos que o litígio deve ser resolvido mediante a aplicação directa do princípio geral, especificamente expresso na Directiva. Há, pois, uma forte ligação entre as duas fontes.<sup>167</sup> A norma nacional sujeita-se à sua conformidade tanto com o princípio como com a Directiva:<sup>168</sup> se a análise da compatibilidade da norma nacional com o direito da União se realiza à luz do princípio geral, já o exame concreto da conformidade entre os dois é essencialmente efectuado no contexto daquela.<sup>169</sup>

Embora o TJ exclua a mediação da Directiva, ela é completamente aplicável, na realidade, inevitável. Em *Küçükdeveci*, o juiz apenas referiu a transposição da Directiva

---

<sup>160</sup> MERCAT-BRUNS, M., cit., 589.

<sup>161</sup> N.º 80 das conc. relativas ao ac. *küçükdeveci*.

<sup>162</sup> N.º 77 das conc. relativas ao ac. *küçükdeveci*.

<sup>163</sup> MERCAT-BRUNS, M., cit., 589.

<sup>164</sup> PERUZZI, M., “Ritorno a *Mangold* nell’epoca del Trattato di Lisbona”, *RGL*, 2011, n.º 2, II, 144.

<sup>165</sup> CONTI, R., “La prima volta della Corte di Giustizia sulla Carta di Nizza ‘vincolante’”, *D&L, Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 19.

<sup>166</sup> BINKERT, G., cit., 467.

<sup>167</sup> MAURA MARCHEGIANI (cit., 607) afirma decorrer da argumentação do TJ uma “interdependência” entre o princípio geral e a Directiva.

<sup>168</sup> FAVILLI, C. e GIUBBONI, S., cit., 446.

<sup>169</sup> MARCHEGIANI, M., “Sul principio...”, cit., 607 e 608. O TJ já havia elevado uma norma dos Tratados a princípio geral do direito da União. Lembre-se o ac. *Defrenne*, a propósito do princípio da igualdade retributiva entre sexos. Porém, o caso em análise demonstra não ser o art. 19.º do TFUE por si só suficiente para a construção de um princípio geral, sendo ainda necessário o recurso à Directiva. RONCHETTI, L., “Del caso *Kükükdeveci* ovvero dell’efficacia travolgente del diritto comunitario. Solo si quello antidiscriminatorio?”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, n.º 3, 2739.

como condição preliminar para a medida nacional entrar no campo de aplicação do direito da UE. No entanto, teve de aplicar as suas disposições para decidir se o comportamento discriminatório era ou não justificável. De acordo com Maria Vittoria Ballestrero, isto “leva a pensar que a produzir efeitos seja a Directiva, que dá actuação ao princípio, e não o princípio em si” e, portanto, “embora admitindo que a proibição de discriminação em razão da idade seja um princípio geral, erroneamente o Tribunal nega que é a Directiva a tornar aplicável o princípio”. Para a autora, a maior fraqueza dos ac. *Mangold* e *Küçükdeveci* reside, precisamente, na “subvalorização do papel que o direito derivado desempenha”.<sup>170</sup>

A AG Verica Trstenjak apela à necessidade de “discutir se é viável uma construção jurídica, segundo a qual um princípio geral de direito ou um direito fundamental pode ser concretizado por um acto de direito derivado de modo que, em última análise, pode igualmente ser aplicado nas relações entre particulares, quando o próprio acto de direito derivado não é aplicável.”<sup>171</sup> Por sua vez, Mazák alerta para o risco de o princípio ser reclamado com “um tal grau de emancipação que possa ser invocado em substituição, ou independentemente,” da Directiva. Tal poria em causa a segurança jurídica, bem como a repartição de competências entre a UE e os Estados membros.<sup>172</sup> Em sentido diverso, Cortés Martín nega tal risco ao afirmar que “não parece que o TJ aplique o princípio geral de igualdade e não discriminação de forma autónoma, senão como instrumento de interpretação da Directiva”.<sup>173</sup>

Para Maura Marchegiani, “[a] questão problemática não é tanto a idoneidade dos princípios gerais de produzirem efeitos directos mas a incerteza sobre a real existência e o efectivo alcance de um específico princípio geral construído pelo Tribunal (...), cujo alcance e exacto conteúdo não podem ser estabelecidos com precisão pelo Tribunal senão através do recurso à Directiva”.<sup>174</sup>

Segundo o AG Villalón, a proibição da discriminação com base na idade, em especial no contexto das relações laborais, é, efectivamente, um princípio geral do direito da União, o que já é sabido desde *Mangold*, princípio a que, expressa ou tacitamente, a

---

<sup>170</sup> BALLESTRERO, M. V., cit., 153.

<sup>171</sup> Nota 27 das conc. relativas ao ac. *Rosenblatt*, 28/04/10.

<sup>172</sup> N.ºs 137 e 138 das conc. relativas ao ac. *Palacios de la Villa*.

<sup>173</sup> CORTÉS MARTÍN, J. M., cit., 589.

<sup>174</sup> MARCHEGANI, M., cit., 611.

jurisprudência tem vindo a dar existência. Defende, no entanto, que se o princípio foi objecto de positivação na CDFUE então “é nesta sede que (...) deve basear as possibilidades e os limites da sua eficácia”, e não nos diversos instrumentos internacionais e nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros,<sup>175</sup> o que também já havia sido dito por Bot.<sup>176</sup> Mas a referência à Carta em *Küçükdeveci* veio reforçar a legitimidade do princípio e, assim, moderar as críticas avançadas sobre a sua existência nos referidos instrumentos e tradições.<sup>177</sup> A Carta é a codificação dos princípios gerais do direito da UE.<sup>178</sup>

Com o ac. *Rosenbladt*, o TJ tinha oportunidade de se pronunciar, novamente, sobre a existência de um princípio geral de não discriminação em razão da idade e, porém, não lhe fez qualquer referência. A AG havia apelado ao princípio apenas com o fim de garantir a não aplicação da norma nacional incompatível numa relação horizontal.<sup>179</sup> Parafraseando Federica Minolfi, o TJ parece evitar entrar num assunto, até à data, bastante delicado, já que, no final, a norma foi considerada compatível com a Directiva,<sup>180</sup> o que também sucedeu no ac. *Palacios de la Villa*.

Mais recentemente, o ac. *Hennigs* veio confirmar a jurisprudência *Küçükdeveci*, reiterando a existência de um princípio geral, concretizado na Directiva, e a consagração da proibição de discriminação em razão da idade no art. 21.º da CDFUE.<sup>181</sup>

Com a aquisição de valor jurídico vinculante, as disposições da Carta “gozam dos atributos típicos do Direito da União originário, mormente o primado, o efeito directo e a

---

<sup>175</sup> N.ºs 25 e 26 das conc. relativas ao ac. *Prigge*, 19/95/11. “Ter atribuído eficácia directa ao princípio geral pode explicar a razão pela qual o Tribunal não concede especial relevo à circunstância de o direito a não ser discriminado em razão da idade estar consagrado na Carta”. BALLESTRERO, M. V., cit., 152.

<sup>176</sup> N.º 77 das conc. relativas ao ac. *Küçükdeveci*.

<sup>177</sup> MURPHY, C., cit., 383 e FAVILLI, C. e GIUBBONI, S., cit., 444. À data do ac. *Mangold*, não só a CDFUE não tinha vinculatividade jurídica mas também só a partir do ac. Parlamento/Conselho (C-540/03, 27/06/06) é que o TJ começou a mencioná-la nas suas argumentações. PERUZZI, M., cit., 145.

<sup>178</sup> ROSAS, A. e KAILA, H., “L’application de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne par la Cour de Justice: un premier bilan”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2011, n.º 1, 3.

<sup>179</sup> N.º 171 das conc. relativas ao ac. *Rosenbladt*.

<sup>180</sup> MINOLFI, F., cit., 575.

<sup>181</sup> N.ºs 47 e 78 do ac. referido. O reconhecimento do valor jurídico vinculante da CDFUE veio superar vários obstáculos, nomeadamente, a orientação expressa por MAZÁK e ELEANOR SHARPSTON de que os princípios gerais do direito da UE não podem ser invocados em substituição ou independentemente da norma da União que lhes dá expressão ou aplicação. BORELLI, S., “La Corte di Giustizia (ancora) alle presse con discriminazioni in ragione dell’età”, *D&L, Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 2009, n.º 2, 939 e n.ºs 134 a 138 das conc. relativas ao ac. *Palacios de la Villa* e 88 das conc. relativas ao ac. *Bartsch*, 22/05/08.

relativa rigidez”.<sup>182</sup> Os direitos por ela garantidos podem, agora, ser invocados num litígio entre particulares e levar o juiz a afastar uma legislação nacional contrária.<sup>183</sup> A CDFUE visa, na verdade, reforçar a protecção dos cidadãos da UE.<sup>184</sup>

Contudo, alguns daqueles direitos são concretizados sob a forma de directivas, como é o caso do princípio de que nos ocupamos, o que conduz à questão da sua invocabilidade nos litígios entre particulares.<sup>185</sup> Diz-nos o art. 51.º da CDFUE que esta “não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados”.

O TJ parece afirmar que “pelo menos quando estão em causa directivas que ‘especificam’ direitos consagrados na Carta (...), aqueles efeitos limitados são superados pelo efeito directo horizontal das disposições da Carta que atribuem direitos”. Há, todavia, quem questione se tal não vai contra aquele preceito, pois a razão pela qual uma directiva não produz tal efeito “encontra-se na competência reservada aos Estados de decidir discricionariamente sobre os modos de cumprimento da obrigação de transposição, o que apenas a eles é reservado”.<sup>186</sup>

O raciocínio do TJ parte do princípio geral e não propriamente da Directiva, sem, no entanto, lhe atribuir autonomia, já que necessita da concreta expressão que esta lhe dá. Àquele é reconhecida a aplicabilidade directa e a eficácia directa horizontal, mas não a

---

<sup>182</sup> DUARTE, M. L., cit., 96.

<sup>183</sup> BENOIT-ROHMER, F., “L’Union européenne et les droits fondamentaux depuis l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne”, *RTD Eur*, 2011, n.º 1, 168.

A Carta, em princípio, não obriga os países que solicitaram ser excluídos pelo seu *opt out* (Polónia, República Checa e Reino Unido). Porém, o reconhecimento dos direitos fundamentais no art. 6.º, n.º 1, do TFUE “oferece ao Tribunal a possibilidade de prosseguir a sua construção relativa aos direitos fundamentais e aos princípios gerais do direito da União. O Tribunal pode, assim, seguir o caminho aberto pelo ac. *Mangold*, desenvolvendo o âmbito dos princípios gerais do direito da União e exigindo que todos os Estados membros respeitem os direitos fundamentais”. MOREAU, M., “Autour de la justice sociale: perspectives internationales et communautaires”, *Droit Social*, 2010, n.º 3, 329.

<sup>184</sup> ROSAS, A. e KAILA, H., cit., 1.

<sup>185</sup> MARGHERITA RAVERAIRA (“La tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011, n.º 2, 350) diz-nos que esses direitos poderão encontrar, com o novo estatuto da CDFUE, uma actuação mais ampla da parte dos órgãos da UE.

<sup>186</sup> BALLESTRERO, M. V., cit., 152.

autonomia do seu funcionamento.<sup>187</sup> É precisamente neste contexto que Alessandra Silveira escreve ser muito difícil contradizer o argumento de Bot de que a Directiva é a norma de referência, pois “ainda que se argumente que se está apenas a aplicar o princípio geral da igualdade e da não discriminação que goza de primazia, o certo é que se atribui à Directiva 2000/78 uma invocabilidade reforçada nos litígios entre particulares – e em última análise será o conteúdo da directiva a determinar a inaplicabilidade do direito nacional incompatível com o princípio geral que ela concretiza.”<sup>188</sup>

A posição do TJ não significa uma revisão da sua jurisprudência quanto à ausência do efeito directo horizontal das directivas. Não se trata de aplicar directamente a Directiva a um comportamento privado autónomo que não respeite uma norma estadual particular, mas apenas de excluir uma disposição nacional incompatível.<sup>189</sup>

Tizzano afirma, porém, que esta posição “não tem em conta que (...) a não aplicação da norma nacional controvertida constitui, na realidade, um efeito directo do acto [da União] e é, portanto, este último acto que impede o sujeito interessado de invocar os direitos que lhe são concedidos pelo seu ordenamento”.<sup>190</sup> Defende, por conseguinte, a aplicação do princípio da interpretação conforme nos litígios entre privados. Mas, como já referimos, nem sempre isso é possível. E então o afectado? Continua a ser objecto de uma discriminação injustificável à luz do direito da União? Entendemos impor-se uma resposta negativa, defendendo que, efectivamente, a Directiva goza de um efeito de exclusão, se o princípio da interpretação conforme não encontrar o seu lugar.

---

<sup>187</sup> PERUZZI, M., cit., 144. Para MARIA VELASCO BALLESTRERO (cit., 157), “o que parece dificilmente sustentável é que, existindo uma directiva (...), os efeitos não sejam produzidos por esta mas, autonomamente, pela disposição”.

<sup>188</sup> SILVEIRA, A., cit., 3 a 7.

<sup>189</sup> VESCOVO, D., “La Corte di Giustizia sembra considerare che una direttiva volta a combattere le discriminazioni possa essere invocata nell’ambito di una controversia tra singoli”, *Europa e Diritto Privato*, 2010, n.º 3, 935 e 936. Para VALENTINA COLCELLI (“Rapporti di diritto privato ed effetti diretti delle direttive comunitarie inattuato: il caso Seda Küçükdeveci e il controllo sulla discrezionalità dello Stato”, *Giustizia Civile*, 2011, n.º 5, 243 e 244), esta jurisprudência é o reflexo do controle sobre a discricionariedade do Estado. A autora explica que uma situação jurídica subjectiva inserida numa directiva gera um direito subjectivo imediatamente eficaz nas relações interpessoais se essa situação jurídica for expressão de princípios gerais da UE que, enquanto tais, não deixariam qualquer discricionariedade ao Estado na transposição daquela para o direito interno.

<sup>190</sup> N.º 106 das conc. relativas ao ac. *Mangold*.

## 6. Conclusão

“A proibição da discriminação com fundamento na idade, chegado ao mundo em surdina, e para alguns quase sem alguma *chance* de ser considerada, devido às amplas excepções previstas pela directiva, assumiu pouco a pouco uma importância crescente, acabando por se encontrar, para além de algumas previsões, no pódio da classificação europeia dos motivos de discriminação proibidos.”<sup>191</sup>

Os múltiplos problemas a solucionar nesta sede prendem-se, especialmente, com o complexo confronto entre a proibição de discriminação e a prossecução de finalidades de política social e de emprego.<sup>192</sup> Os Estados membros gozam de um largo poder de apreciação na escolha das medidas capazes de cumprir esses objectivos.<sup>193</sup> A eles cumpre analisar a situação concreta. Todavia, tal não pode comprometer o princípio da não discriminação em razão da idade, ficando o TJ limitado a assegurar que as medidas não sejam manifestamente inapropriadas ao cumprimento do escopo desejado.

O juiz da União não se concentra tanto na legitimidade da finalidade prosseguida, mas nos meios utilizados para a sua realização. É aqui que se dá a “verdadeira censura”.<sup>194</sup> Na maioria dos casos, o TJ tem entendido estar preenchido o objectivo legítimo, o qual frequentemente se traduz na ideia de partilha de emprego entre gerações.

Com o ac. *Mangold*, a proibição de discriminação em razão da idade foi elevada a princípio geral do direito da União. Dada a sua eficácia directa horizontal, o princípio tem sido invocado nas relações interprivadas. Esta posição vai ao encontro da vontade expressa pelos Estados membros e pelas instituições da UE de combater eficazmente a discriminação. A nível jurídico, coloca-se, todavia, uma série de questões que parecem não encontrar resposta definitiva. Na verdade, é o conteúdo da Directiva que acaba por ser aplicado, de forma a concluir pela existência ou não de uma discriminação.

Pelo menos no campo da luta contra esta discriminação, a Directiva, enquanto expressão específica do princípio geral da igualdade e da não discriminação e enquanto

---

<sup>191</sup> MILITELLO, M., cit., 163.

<sup>192</sup> MILITELLO, M., cit., 163.

<sup>193</sup> N.ºs 63 do ac. *Mangold*, 68 do ac. *Palacios de la Villa*, 51 do ac. *Age Concern England*, 45 do ac. *Hütter* e 38 do ac. *Küçükdeveci*.

<sup>194</sup> MILITELLO, M., cit., 163 e 164.

direito fundamental, parece gozar do efeito directo de exclusão. Este permite desaplicar a norma discriminatória, nas relações entre privados, aproximando-o do denominado “efeito directo horizontal”.<sup>195</sup>

Diversos autores italianos chamam à discriminação em razão da idade a *Cinderela* da discriminação. Ter-se-á já encontrado e calçado o sapato de cristal? Cremos, juntamente com Teresa Moreira, poder dar uma resposta afirmativa, “embora seja um sapatinho um pouco apertado e não muito confortável”.<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> RONCHETTI, L., cit., 2747.

<sup>196</sup> MOREIRA, T. C., cit., 76 e 77.

## BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Joana, “Do artigo 348.º do Código do Trabalho à luz do direito comunitário”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2009-2012, n.ºs 3/4, 117 a 155.
- BAILY, Pierre e LHERNOULD, Jean-Philippe, “Discrimination en raison de l’âge: sources européennes et mise en œuvre en droit interne”, *Droit Social*, 2012, 223 a 237.
- BALLESTRERO, Maria Vittoria, “Pensionati recalcitrante e discriminazione fondata sull’età”, *Lavoro e Diritto*, 2011, 141 a 171.
- BARNARD, Catherine, *The fundamentals of EU law revisited*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- BENOIT-ROHMER, Florence, “L’Union européenne et les droits fondamentaux depuis l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2011, n.º 1, 145 a 168.
- BINKERT, Gerhard, “Des tensions entre droit allemand et droit communautaire”, *Revue du Droit du Travail*, 2010, n.ºs 7/8, 464 a 469.
- BLANPAIN, Roger, *European labour law*, 2.ª edição revista, Wolters Kluwer, Alphen and den Rijn, 2010.
- BONARDI, Olivia, “Le Clausule di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di Giustizia”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2006, n.º 2, 266 a 279.
- “Le discriminazioni basate sull’età”, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milão, 2007.
- BORELLI, Silvia, “La Corte di Giustizia (ancora) alle presse con discriminazioni in ragione dell’età”, *D&L, Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 2009, n.º 2, 932 a 940.
- CALAFÀ, Laura, “Selezione per autisti di autobus di linea a Milano e discriminazione in base all’età”, *D&L – Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 2010, n.º 4, 1029 a 1035.

- CAVALLINI, Joël, “De la suppression des restrictions à la conclusion d’un contrat à durée déterminée lorsque le salarié est un senior”, *La Semaine Juridique – Social*, 2005, n.º 1414, 25 a 28.
- CHIECO, Pasquale, “Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2002, n.º 1, 75 a 117.
- CIARONI, Lorenzo, “Autonomia privata e principio di non discriminazione”, *Giurisprudenza Italiana*, 2006, n.º 10, 1816 a 1822.
- COLCELLI, Valentina, “Rapporti di diritto privato ed effetti diretti delle direttive comunitarie inattuata: il caso Seda Küçükdeveci e il controllo sulla discrezionalità dello Stato”, *Giustizia Civile*, 2011, n.º 5, 243 e 244.
- CONTI, Roberto, “La prima volta della Corte di Giustizia sulla Carta di Nizza ‘vincolante’”, *D&L, Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 11 a 22.
- CORTÉS MARTÍN, José Manuel, “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Enero-Abril 2010”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2010, 579 a 640.
- DUARTE, Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010.
- DUBOS, Olivier, “La Cour de Justice, le renvoi préjudiciel, l’invocabilité des directives; de l’apostasie à l’hérésie?”, *La Semaine Juridique – Édition générale*, 2006, n.º 26, 1295 a 1297.
- FALSONE, Maurizio, “Le deroghe al divieto di discriminazione per età: Un pericoloso *passe-partout*?”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2011, 913 a 937.
- FARIA, Paulo Ramos, “Velhos são os trapos: discorrendo por analogia sobre o acórdão *Palacios de la Villa*”, *Questões Laborais*, 2009, n.º 34, 225 a 236.
- FAVILLI, Chiara e GIUBBONI, Stefano, “Efficacia orizzontale delle direttive attuative di principi generali dell’ordinamento europeo”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2010, 435 a 449.
- FEDERICO, Giacomo di, “La Sentenza Kucukdeveci e la *vexata quaestio* degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2010, n.º 4, 1002 a 1010.

- GAJA, Giorgio, “Identifying the status of general principles in European Community law”, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini, Vol. II, Diritto dell’Unione Europea*, Giuffrè, Milão, 1998, 445 a 457.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho, Volume I – Relações individuais de trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- GOMÉZ GORDILLO, “TJCE – Sentencia de 16.10.2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05 – Jubilación forzosa prevista en convenio colectivo y discriminación por motivos de edad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008, n.º 30, 565 a 579.
- GUARRIELO, Fausta, “Il nuovo diritto antidiscriminatorio”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2003, n.ºs 3/4, 341 a 349.
- IMBERTI, Lucio, “Il criterio dell’età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2008, n.º 2, 301 a 307.
- LECLERC, Olivier, “Le contrat de travail des seniors à l’épreuve du droit communautaire”, *Recueil Dalloz*, 2006, n.º 8, 558 a 561.
- LOPES, Dulce, “Principais contributos da União Europeia e do Conselho da Europa em matéria de não discriminação”, *Debater a Europa*, 2011, n.º 4, 32 a 60, disponível em [www.europe-direct-aveiro.aeva.eu](http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu).
- MARCHEGANI, Maura, “Sul principio generale di non discriminazione in base all’età nell’ordinamento comunitario”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2010, n.º 3, 603 a 615.
- MARTINS, Ana Maria Guerra, “O Tratado de Lisboa reforça o princípio da igualdade e da não discriminação?”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- MARTINS, Patrícia Fragoso, “Princípio do primado do direito da União”, in *Princípios fundamentais de direito da União*, PAIS, S. O. (coord.), Almedina, Coimbra, 2011, 37 a 87.
- MEENAN, Helen, “Age discrimination in the EU and the framework directive”, in *The law on age discrimination in the EU*, SARGEANT, M. (coord.), Kluwer Law, Alphen aan den Rijn, 2008, 9 a 27.

- MERCAT-BRUNS, Marie, “Retour sur la discrimination fondée sur l’âge”, *Revue du Droit du Travail*, 2010, n.º 10, 587 a 590.
- MILITELLO, Mariagrazia, “Il principio di non discriminazione per età come principio generale di diritto dell’Unione europea: cosa insegna la sentenza ‘Kücükdeveci’”, *Il Foro Italiano*, 2011, n.º 3, 162 a 165.
- MINOLFI, Federica, “Ancora una pronuncia sulle discriminazioni per età: retromarcia della Corte di Giustizia?”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011, n.º 2, 557 a 575.
- MOREAU, Marie-Ange., “Autour de la justice sociale: perspectives internationales et communautaires”, *Droit Social*, 2010, n.º 3, 324 a 333.
- MOREIRA, Teresa Coelho, “A discriminação em razão da idade no contexto de uma população envelhecida na UE”, *Minerva – Revista de Estudos Laborais*, 2012, n.ºs 1 e 2, 65 a 124.
- MUIR, E., “Droit social, principes généraux”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2006, n.º 2, 466 a 472.
- MURPHY, C., “Politique Sociale – Arrêt ‘Kücükdeveci’”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 2010, n.º 2, 379 a 387.
- O’CINNEIDE, Colm, “La discrimination fondée sur l’âge et le droit européen”, *Droits Fondamentaux & Antidiscrimination, Emploi & Affaires Sociales*, Commission Européenne, 2005.
- PAIS, Sofia Oliveira, “Algumas reflexões sobre o princípio de interpretação conforme no contexto da ‘transposição judicial’ das directivas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2010, n.º 4, 489 a 517.
- “Princípio da interpretação conforme”, in *Princípios fundamentais de direito da União*, Almedina, Coimbra, 2011, 89 a 103.
- PERUZZI, Marco, “Ritorno a *Mangold* nell’epoca dell Trattato di Lisbona”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2011, n.º 2, II, 139 a 149.
- PICCONE, Valeria, “Effetti diretti, interpretazione conforme e principi generali dell’ordinamento comunitario da *Van Gend en Loos* a *Velasco Navarro*”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2008, n.º 1, 157 a 185.

- PICONNE, Valeria e SCIARRA, Silvana, “Principi fondamentali dell’ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali”, *Il Foro Italiano*, 2006, n.º 4, 342 a 345.
- RAVERAIRA, M., “La tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2011, n.º 2, 325 a 354.
- RÉMY, Patrick, “Les juges allemands, la loi fondamentale et le droit de l’Union européenne”, *Revue du Droit du Travail*, n.ºs 7/8, 462 e 463.
- ROBIN-OLIVIER, Sophie, “Politique sociale de l’Union européenne”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2010, n.º 3, 673 a 694.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, “Discriminación por razón de edad: incompatibilidad entre indemnización por despido y plan de pensiones de empresa”, *Actualidad Laboral*, 2011, n.º 2, 169 a 174.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel e BRAVO-FERRER, “Efecto directo e invocabilidad *inter privatos* de las directivas laborales”, *Relaciones Laborales*, 2010, n.º 6, 1 a 18.
- RONCHETTI, Laura, “Del caso Kükükdeveci ovvero dell’efficacia travolgente del diritto comunitario. Solo si quello antidiscriminatorio?”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, n.º 3, 2737 a 2748.
- ROSAS, Allan e KAILA, Heidi, “L’application de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne par la Cour de Justice: un premier bilan”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2011, n.º 1, 1 a 28.
- SARGEANT, Malcolm, “Age discrimination”, in *The law on age discrimination in the EU*, Kluwer Law, Alphen aan den Rijn, 2008, 1 a 8.
- SCHMITT, Mélanie, “Nouvelles décisions de la Cour de Justice sur la discrimination liée à l’âge: un pas en avant, deux pas en arrière”, *Revue du Droit du Travail*, 2010, n.º 4, 237 a 239.
- SCIARABBA, Vincenzo, “La sentenza Kükükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea”, in *www.europeanrights.eu*, 2010.

- SCHIEK, Dagmar, “The ECJ decision in Mangold: A further twist on effects of directives and constitutional relevance of community equality legislation”, *Industrial Law Journal*, 2006, 329 a 341.
- SIMONE, Gisella de, “Egualianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno”, *Lavoro e Diritto*, 2004, n.ºs 3/4, 527 a 555.
- SILVEIRA, Alessandra, “Implicações nos litígios entre particulares resultantes da horizontalidade dos princípios gerais/direitos fundamentais protegidos pela União Europeia”, *Cadernos de Direito Privado*, 2010, n.º 3, 3 a 21.
- THÜSING, Gregor e HORLER, Sally, “Case C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Swedex*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010, not yet reported”, *Common Market Law Review*, 2010, n.º 4, 1161 a 1172.
- VELASCO PORTERO, María Teresa e GUTIÉRREZ GARCÍA, Elena, “Discriminación por razón de edad *versus* fomento del empleo. Comentario a la STJCE de 22 de noviembre de 2005”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 67, 2007, 317 a 325.
- VESCOVO, Donatella Dell, “La Corte di Giustizia sembra considerare che una direttiva volta a combattere le discriminazioni possa essere invocata nell’ambito di una controversia tra singoli”, *Europa e Diritto Privato*, 2010, n.º 3, 919 a 936.
- WADDINGTON, Lisa, “Case C-411/05, *Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of the 16 October 2007”, *Common Market Law Review*, 2008, n.º 3, 895 a 905.
- “Recent developments and the non-discrimination directives: *Mangold* and more”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2006, n.º 1, 365 a 373.