

PEDRO CABRAL *

*Administrador, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias,
Luxemburgo*

**O DIREITO COMUNITÁRIO DA IGUALDADE
EM PERSPECTIVA: ALGUMAS REFLEXÕES
A PROPÓSITO DO ACÓRDÃO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CASO *GRANT***

* Administrador, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, Luxemburgo. As opiniões expressas neste estudo vinculam exclusivamente o seu autor.

O presente artigo baseia-se na comunicação que tivemos a ocasião de apresentar em Varsóvia, em Setembro de 1999, no âmbito de um seminário realizado no quadro do Programa PHARE e subordinado ao tema "Sex Discrimination and European Community Law". Procedemos agora à publicação do texto dessa comunicação na sua forma original, nela introduzindo apenas as notas de actualização absolutamente fundamentais. Uma palavra de agradecimento é devida aos Professores Francis Snyder (Colégio da Europa, Bruges, e Instituto Universitário Europeu, Florença) e David O'Keeffe (Colégio da Europa, Bruges, e University College, London) e à Dr.^a Patrícia Cunha (Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa), pelas suas preciosas sugestões quanto à melhor forma de abordar um tema delicado e complexo.

I. Introdução

Pedra angular do Direito Comunitário, o princípio da igualdade de tratamento tem constituído ao longo dos últimos anos um terreno de intervenção privilegiada do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias¹. Importa realçar, porém, que se a política daquela jurisdição relativamente à aplicação do referido princípio às situações de discriminação clássica em razão do sexo² se tem pautado, de uma maneira geral, por uma progressiva afirmação na ordem jurídica comunitária de um princípio de igualdade substancial³ e pela criação e desenvolvimento de uma jurisprudência marcada pela proibição de todas as

¹ A seguir, “Tribunal” ou “TJCE”.

² Situações em que uma determinada medida é aplicada de forma diferenciada aos indivíduos de sexo masculino por um lado e aos indivíduos do sexo feminino por outro lado.

³ A este propósito ver Patrícia Cunha e Pedro Cabral, “O princípio da igualdade em direito comunitário e o seu âmbito e limites face à recente jurisprudência do Tribunal de Justiça”, *Revista Jurídica, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, n.º 23, Novembro, 1999, págs. 307-328; Sandra Fredman, “European Community Discrimination Law: A Critique” (1992) *Industrial Law Journal*, pág. 119; Ian Ward, “Beyond Sex Equality: The Limits of Sex Equality in the New Europe”, in Hervey & O’Keeffe (eds.), *Sex Equality Law in the European Union*, 1996, London, Wiley; H. Fenwick e T. Hervey, “Sex Equality in the Single Market: New Directions for the European Court of Justice” (1995), *Common Market Law Review*, pág. 443. Para uma detalhada análise da jurisprudência comunitária dos anos 1994-1998 em matéria de igualdade de tratamento, ver Evelyn Ellis, “Recent Developments in European Community Sex Equality Law” (1998), *Common Market Law Review*, pág. 379. Mais recentemente, ver o excelente estudo de G. F. Mancini e S. O’Leary, “The new frontiers of sex equality in the European Union” (1999), *European Law Review*, pág. 331, e ainda Benoît Guiget, “Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe”, *Cahiers de Droit Européen*, n.º 5-6, 1999, pág. 537.

formas de discriminação directa ou indirecta ⁴, já no que respeita a outra categoria de situações, que designaremos de “discriminações atípicas” ⁵, a mesma tem apresentado contornos bem menos claros, que evidenciam bem as hesitações do Tribunal em “invadir” um domínio da mais elevada sensibilidade política, social e moral.

Neste contexto, o contraste entre duas recentes decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia relativas a situações de discriminações atípicas merece particular destaque. Assim, o Tribunal teve por um lado a ocasião, no seu acórdão *P. c. S. e Cornwall County Council* ⁶, em que se estava perante um caso de discriminação contra um transexual, de adoptar, seguindo as eloquentes conclusões do seu Advogado-Geral Tesouro, uma interpretação ampla do princípio da igualdade, considerando que o mesmo é aplicável em todo e qualquer caso em que se verifique uma situação de discriminação fundada em *conotações relacionadas com o sexo e/ou com a identidade sexual da pessoa em causa* ⁷. De acordo com esta concepção, o sexo deve

⁴ De acordo com a Comissão, “indirect discrimination arises where an apparently neutral provision, criterion or practice disproportionately disadvantages the members of one sex and is not objectively justified by any necessary condition or reason unrelated to the sex of the person concerned” (Commission proposal for a Council Directive concerning the burden of proof in the area of equal pay and equal treatment for men and women, COM (88) 269 final, O. J. 1988 C176/5, art. 5, n.º 1). Constituem exemplos típicos de discriminação indirecta as situações em que uma determinada norma, aparentemente neutra, prevê um tratamento mais favorável para os trabalhadores a tempo inteiro do que para os trabalhadores a tempo parcial, quando estes últimos são na verdade, na quase totalidade dos Estados membros, maioritariamente do sexo feminino. A este propósito ver os acórdãos do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1991, no proc. 96/80, *Jenkins c. Kingsgate*, Col. 1981, pág. 911 e de 13 de Maio de 1986, no proc. 170/84, *Bilka Kaufhaus*, Col. 1986, pág. 1607. Só muito excepcionalmente o TJCE admitiu excepções a este princípio. A este respeito, ver Anne Peters, “The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law – A Conceptual Analysis” (1996), *European Law Journal*, pág. 177, nota 84; Patrícia Cunha e Pedro Cabral, “O princípio da igualdade ...”, cit. supra nota 3, págs. 308 e 324-325.

⁵ Referimo-nos a situações de discriminação que não se fundam directamente na pertença de uma pessoa a um sexo determinado, mas antes na mudança deste ou baseadas na orientação sexual. Sobre as várias formas de discriminação atípica, ver, em geral, K. Waaldijk e A. Clapham (Eds.), *Homosexuality: A European Community Issue*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993; A. C. Loux, “Is He Our Sister? Sex, Gender, and Transsexuals Under European Law” (1997), 3 *Web Journal of Current Legal Issues*; P. Skidmore, “Sex, Gender and Comparators in Employment Discrimination” (1997), *Industrial Law Journal*, pág. 51; R. Wintermute, “Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual orientation and Dress codes” (1997), *Modern Law Review*, pág. 334.

⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 1996, no proc. C-13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council*, Col. 1996, pág. I-2143. Sobre este julgamento ver, entre outros, Leo Flynn (1997), *Common Market Law Review*, pág. 367; Angus Campbell e Heather Lardy (1996), *European Law Review*, pág. 412.

⁷ Conclusões do Advogado-Geral Tesouro apresentadas em 14 de Dezembro de 1995, no proc. C-13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council*, Col. 1996, pág. I-2143, parágrafo 19, sublinhado nosso.

ser visto como irrelevante no tratamento que cada indivíduo recebe e todas as discriminações que se fiquem a dever a este factor deverão pois ser interditas.

Por outro lado, já no que toca à discriminação em razão da orientação sexual, o Tribunal veio a sustentar recentemente, no seu acórdão *Grant*⁸, um entendimento consideravelmente mais restritivo do princípio da igualdade demonstrando, dessa forma, estar a afastar-se claramente do activismo e das interpretações marcadamente teleológicas que caracterizaram a sua jurisprudência dos anos 80 e princípios da década de 90⁹ e operar actualmente em moldes muito mais contidos, não ousando em momento algum contrariar ou colocar em causa as prioridades definidas pelo todo-poderoso legislador comunitário¹⁰. Chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se a recusa de uma entidade patronal de conceder reduções no preço dos transportes a favor do concubino, do mesmo sexo, com o qual um trabalhador mantinha uma relação estável, constituía ou não uma discriminação proibida pelo direito comunitário, quando essa redução era, nas mesmas circunstâncias, concedida ao cônjuge do trabalhador ou ao seu concubino, de sexo diferente, com o qual este mantinha uma relação estável sem casamento, o Tribunal veio a decidir que, não se encontrando à época em que ocorreram os factos que deram origem ao processo, a discriminação em razão da orientação sexual abrangida pelo Tratado ou prevista em qualquer acto de direito derivado, tal recusa não poderia constituir uma discriminação incompatível com o direito comunitário. Procuraremos, neste estudo, examinar de forma rigorosa e sistemática esta

⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 1998, no proc. C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd.*, Col. 1998, pág. I-621.

⁹ Para uma definição de activismo judicial, ver Patrícia Cunha e Pedro Cabral, “O princípio da igualdade ...”, cit. supra na nota 3, pág. 325, nota 71. Ver também nesta matéria, H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986, págs. 25-29; “Between Self-Restraint and Activism” (1988), *European Law Review*, pág. 28; J. Weiler, “Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration” (1993), *Journal of Common Market Studies*, pág. 417.

¹⁰ Ver H. Fenwick e T. Hervey, “Sex Equality in the Single Market ...”, cit. supra, nota 3, pág. 443. Exemplo paradigmático da referida tendência é o acórdão *Keck* (julgamento de 21 de Novembro de 1993, nos processos apensos C-267/91 e C-268/91, Col. 1993, pág. I-6097), em matéria de liberdade de circulação de mercadorias, através do qual as medidas nacionais respeitantes a modalidades de venda dos produtos deixaram, em princípio, de estar abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 28.º (ex-artigo 30.º) do Tratado. Neste contexto, M. Póiares Maduro, “The saga of Article 30 EC Treaty: to be continued” (1998), *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, pág. 298, sugere que a política judicial do Tribunal é dominada por mecanismos que permitem aos Estados membros exercer uma influência decisiva nas suas decisões, numa manifestação de um fenómeno que designa de activismo maioritário (majoritarian activism). Para mais desenvolvimentos quanto ao pensamento deste autor, ver *We the Court: the European Court of Justice and the European Economic Constitution: a critical reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart publishing, Oxford, 1998.

decisão de impacto profundo nos meios políticos, jurisdicionais e académicos da União Europeia ¹¹, assim como proceder a uma apreciação crítica dos argumentos de ordem política, social e moral que a terão motivado.

II. O acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 1998, no caso *Grant*

1. Matéria de facto

O presente acórdão teve origem num pedido de decisão prejudicial dirigido pelo *Industrial Tribunal*, Southampton (Reino Unido), ao Tribunal de Justiça, destinado a obter, da parte deste último, uma interpretação do artigo 141.º (ex-artigo 119.º) do Tratado CE, da Directiva n.º 75/117 do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos ¹², e da Directiva n.º 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho ¹³.

Lisa Grant interpôs, no referido tribunal inglês, acção judicial contra a sua entidade empregadora, *South West Trains Ltd.* (SWT), invocando a violação, por parte desta última, do artigo 141.º do Tratado CE, ao ter visto ser-lhe recusada a atribuição de reduções no preço dos transportes ao seu parceiro de sexo feminino. Em causa, estava o regulamento adoptado por SWT para aplicação

¹¹ O acórdão Grant deu origem a inúmeras anotações e comentários. Ver, entre outros, Catherine Barnard (1998), *The Cambridge Law Journal*, pág. 352; Tim Connor (1998), *European Law Review*, pág. 378; Kenneth Armstrong (1998), *The Journal of Social Welfare and Family Law*, pág. 455; Pedro Cabral, *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, n.º 2, pág. 254; Laurence Helfer (1999), *American Journal of International Law*, pág. 200; Tracey Reeves (1999), *New Law Journal*, pág. 558; Mark Bell (1999), *European Law Journal*, pág. 63; Eva Brems (1999), *The Columbia Journal of European Law*, pág. 141; John McInnes (1999), *Common Market Law Review*, pág. 1043.

¹² JOCE 1975, L 45, pág. 19.

¹³ JOCE 1976, L 39, pág. 40.

das cláusulas de regalias concedidas nos transportes contidas nos seus contratos de trabalho. Este regulamento previa no seu artigo 8.º:

“As reduções no preço dos transportes são concedidas a todos os trabalhadores casados (...) em relação ao seu cônjuge legítimo, salvo se este último estiver legalmente separado do trabalhador assalariado (...). As reduções no preço dos transportes são concedidas ao ‘*common law opposite sex spouse*’ do agente (...) desde que seja apresentada uma declaração solene de que existe uma relação significativa há dois anos ou mais (...)”

Foi com base na referida disposição que Lisa Grant pediu que lhe fossem concedidas reduções no preço de transportes em benefício da parceira de sexo feminino com a qual havia declarado ter uma relação significativa há mais de dois anos. Deparou-se então com a recusa da entidade patronal que sustentou que, no caso de pessoas não casadas, tais reduções apenas poderiam ser concedidas a um parceiro de sexo diferente.

O tribunal de Southampton, confrontando-se com dúvidas quanto à compatibilidade da regulamentação em causa com o direito comunitário, submeteu ao Tribunal de Justiça seis questões prejudiciais. Estas podem, no essencial, resumir-se a três pontos fundamentais: 1) Na aceção do artigo 141.º do Tratado, o conceito de ‘discriminação em razão do sexo’ inclui uma situação em que esta última se funda no sexo do parceiro de um trabalhador?; 2) Situações de discriminação em razão da orientação sexual de um trabalhador encontram-se ou não compreendidas no âmbito da referida disposição?; 3) Pode a entidade empregadora justificar a recusa de concessão do direito a viagens a um parceiro do mesmo sexo do trabalhador com o fundamento de que as relações entre pessoas do mesmo sexo não têm sido e ainda não são geralmente consideradas pela sociedade como equivalentes ao casamento ou a relações de longa data entre parceiros de sexos opostos?

2. Argumentos das partes

2.1. Os argumentos de Lisa Grant

L. Grant considera, em primeiro lugar, que a recusa de concessão de reduções no preço dos transportes que lhe é oposta por SWT constitui uma discriminação directamente baseada no sexo. Funda esta conclusão no argumento que a sua entidade patronal teria, com toda a certeza, tomado uma

decisão diferente, se os benefícios em causa no litígio no processo principal tivessem sido reclamados por um homem que coabitasse com uma mulher. L. Grant aduz ainda, neste contexto, que o facto de o trabalhador masculino que ocupou o seu lugar anteriormente ter podido beneficiar de tais reduções para a sua parceira de sexo feminino, sem ser com esta casado, é suficiente para marcar a diferença entre ambas as situações e indicia claramente a existência no processo *sub judice* de uma discriminação directa baseada no sexo ¹⁴.

L. Grant considera ainda que esta recusa, ainda que constituindo uma discriminação baseada na orientação sexual, cabe na noção de “discriminação em razão do sexo” referida pelo artigo 141.º do Tratado. Segundo ela, as diferenças de tratamento baseadas na orientação sexual têm a sua origem em preconceitos relativos ao comportamento sexual ou afectivo das pessoas de um determinado sexo e baseiam-se, na realidade, também elas, no sexo dessas pessoas. Esta interpretação resulta do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo *P. c. S. e Cornwall County Council* ¹⁵, e corresponde tanto às resoluções e regulamentações adoptadas pelas instituições comunitárias, como à evolução das normas internacionais em matéria de direitos do homem ¹⁶ e das normas nacionais em matéria de igualdade de tratamento. Finalmente, sustenta que a recusa em causa não é objectivamente justificada.

2.2. Os argumentos de South-West Trains e dos Governos francês e britânico

SWT, bem como os Governos francês e do Reino Unido, consideram que a recusa de um benefício como o que está em causa no litígio no processo principal, não é contrária ao artigo 141.º do Tratado.

Alegam, em primeiro lugar, que o acórdão *P. c. S. e Cornwall County Council* deve ser enquadrado no contexto específico das discriminações baseadas na mudança de sexo de uma pessoa em que foi proferido. Argumentam, em seguida, que a diferença de tratamento de que L. Grant se queixa não tem

¹⁴ No fundo, se um trabalhador do sexo feminino não tem os mesmos benefícios que um trabalhador do sexo masculino, sendo todas as outras coisas iguais, é vítima de uma discriminação baseada no sexo (perspectiva dita do «critério do elemento distintivo único» — «but for test»).

¹⁵ Cit. supra na nota 6.

¹⁶ L. Grant refere-se em particular, neste contexto, à Comunicação n.º 488/1992 (*Toonen c. Australia*, de 31 de Março de 1994, 50.ª sessão, ponto 8.7) do Comité de Direitos Humanos, instituído pelo artigo 28.º do Pacto Internacional das Nações Unidas Relativo aos Direitos Cívicos e Políticos de 19 de Novembro de 1966, de acordo com a qual, a referência no Pacto às discriminações em razão do sexo abrange também as discriminações motivadas pelas preferências sexuais. Ver o parágrafo 43 do julgamento.

por fundamento a sua orientação ou tendência sexual, mas o simples facto de a mesma não preencher as condições fixadas pelo regulamento da empresa. Finalmente, alegam que as discriminações baseadas na orientação sexual não constituem “discriminações em razão do sexo”, na acepção do artigo 141.º do Tratado ou da Directiva 75/117¹⁷.

2.3. Os argumentos da Comissão

A Comissão, por seu turno, toma uma posição, no essencial, em sintonia com a assumida pela entidade patronal de L. Grant e os Governos supra-referidos. Assim, considera também que a recusa oposta a L. Grant não é contrária nem ao artigo 141.º do Tratado nem à Directiva 75/117. A diferença reside, todavia, na circunstância de, no seu entender, as discriminações baseadas na orientação sexual dos trabalhadores poderem ser consideradas como “discriminações em razão do sexo”, no sentido do artigo 141.º do Tratado. No entanto, do ponto de vista da Comissão, a discriminação de que se queixa L. Grant não seria baseada na sua orientação sexual, mas no facto de ela não viver “em casal” ou com um “cônjuge”, na acepção que o direito da maior parte dos Estados membros, o direito comunitário e o direito resultante da Convenção Europeia dos Direitos do Homem dão a estas noções. Assim, conclui que a diferença de tratamento resultante da regulamentação em vigor na empresa onde trabalha L. Grant não é incompatível com o artigo 141.º do Tratado.

3. Conclusões do Advogado-Geral Elmer¹⁸

No entender do Advogado-Geral, as questões referidas pelo tribunal inglês devem ser respondidas exclusivamente com base no artigo 141.º do Tratado. O presente processo, pode, segundo ele, considerar-se como mais um passo em diante na evolução do direito comunitário em matéria de igualdade de tratamento, na linha da de continuação lógica da decisão progressista proferida pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia no processo *P. c. S. e Cornwall County Council*, ilustrativa da adesão por parte do Tribunal a uma concepção ampla da igualdade de tratamento.

¹⁷ Invocam nomeadamente, a este respeito, a redacção e os objectivos deste artigo, a falta de consenso entre os Estados membros quanto à equiparação das relações estáveis entre as pessoas do mesmo sexo às relações estáveis entre pessoas de sexo diferente, a falta de protecção destas relações ao abrigo dos artigos 8.º ou 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a consequente ausência de discriminação na acepção do artigo 14.º da referida Convenção.

¹⁸ Conclusões apresentadas no dia 30 de Setembro de 1997.

De acordo com o Advogado-Geral, dado o carácter geral e a visão abrangente que fornece sobre o conjunto da ordem jurídica comunitária em matéria de igualdade o acórdão *P. c. S.*, possui um significado que transcende o contexto específico da discriminação em razão da mudança de sexo de um trabalhador, com implicações importantes no que toca à interpretação do artigo 141.º do Tratado. Sustentando uma interpretação ampla daquela disposição, no sentido de que a mesma se opõe a todas as formas de discriminação sofridas por um trabalhador, desde que fundadas, principal ou exclusivamente, no sexo deste, o Advogado-Geral vai pois concentrar-se na questão de determinar se, objectivamente, no caso *sub judice*, se estava perante tal tipo de discriminação.

Nesta análise, o Advogado-Geral começa por assinalar que o regulamento sobre regalias no preço dos transportes de SWT não contém qualquer referência à orientação sexual do trabalhador ou do seu parceiro. No entanto, esse mesmo regulamento condiciona a concessão das reduções em causa à circunstância de o trabalhador e o respectivo concubino possuírem sexos diferentes. Assim sendo, verifica-se um tratamento diferenciado de L. Grant, face aos outros trabalhadores da empresa os quais possuam um concubino de sexo oposto. Esta circunstância constitui, do ponto de vista do Advogado-Geral, uma discriminação em razão do sexo, visto que, na prática, a concessão do benefício litigioso depende em absoluto do sexo do trabalhador, na medida em que este deve forçosamente ser diferente do seu concubino.

O Advogado-Geral considera ainda que a concepção de moralidade de SWT não tem qualquer relevância neste caso. Com efeito, de acordo com o artigo 220.º (ex-artigo 164.º) do Tratado, é a observância do direito comunitário que o Tribunal tem o dever de salvaguardar e não questões de moralidade, digam as mesmas respeito aos Estados membros ou à própria Comunidade. Por outro lado, acrescenta que nada no Tratado CE ou no Tratado da União Europeia parece indicar que os direitos (e obrigações) que deles fluem e, designadamente o direito de cada indivíduo de não sofrer qualquer discriminação em razão do sexo, não devam aplicar-se também aos homossexuais¹⁹. Efectivamente, a igualdade perante a lei é um princípio fundamental em qualquer Comunidade respeitadora do direito, pelo que conferir um tratamento desfavorável a 35 milhões de cidadãos comunitários, simplesmente em função

¹⁹ Neste contexto, o Advogado-Geral refere-se também a outras categorias desfavorecidas, às quais o direito comunitário também não pode, em bom rigor, deixar de se aplicar, designadamente, os deficientes e as pessoas pertencentes a determinados grupos étnicos ou possuidoras de determinadas convicções religiosas.

do facto que os mesmos são homossexuais, resultaria numa suprema injustiça e num completo desvirtuamento do referido princípio da igualdade.

4. Julgamento

O Tribunal começa por reiterar a sua jurisprudência tradicional, segundo a qual, as reduções no preço dos transportes concedidas por uma entidade patronal aos seus empregados, aos cônjuges destes ou às pessoas a seu cargo, são elementos integrantes do conceito de remuneração, na acepção do artigo 141.º do Tratado ²⁰.

De seguida, o Tribunal traça os caracteres fundamentais do litígio em apreço, considerando que, se é pacífico que uma redução no preço dos transportes concedida por uma entidade patronal ao cônjuge ou à pessoa de sexo diferente com quem o trabalhador mantém uma relação estável se encontra abrangida pelo artigo 141.º do Tratado, o mesmo não se verifica na circunstância de a redução dizer respeito, como no caso *sub judice*, a um parceiro do mesmo sexo do trabalhador com quem este mantém uma relação duradoura. O Tribunal concentra-se particularmente na questão de saber se esta diversidade de circunstâncias constitui uma justificação suficiente para o comportamento da empresa em questão ou se, pelo contrário, a condição do sexo do parceiro do trabalhador, fixada no regulamento desta empresa, configura uma discriminação baseada directamente no sexo do trabalhador.

O Tribunal considera que a recusa oposta a Lisa Grant é legítima, e isto porque, no seu entender, ela não preenche os requisitos constantes da regulamentação da empresa para ter direito aos benefícios em questão, ficando tal a dever-se ao facto de não viver nem com um cônjuge, nem com uma pessoa de sexo diferente, com a qual mantenha uma relação significativa há mais de dois anos. A conclusão de que a recusa é válida baseia-se justamente nesta última condição. Na verdade, o Tribunal entende que esta exigência de que o trabalhador tenha uma relação estável com uma pessoa de sexo diferente, se aplica independentemente do sexo do trabalhador em causa, concluindo, pois que, “[a]ssim, as reduções no preço dos transportes são recusadas a um trabalhador masculino que vive com uma pessoa do mesmo sexo, do mesmo modo que são recusadas a um trabalhador feminino se viver com uma pessoa do mesmo sexo” ²¹. Esta linha de raciocínio conduz o Tribunal à conclusão inelutável que,

²⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Fevereiro de 1982, no proc. 12/81, *Garland*, Col. 1982, pág. 359, parágrafo 9.

²¹ Parágrafo 27, *in fine*.

uma vez que a disposição do regulamento da empresa se aplica indistintamente aos trabalhadores do sexo masculino e aos trabalhadores do sexo feminino, não pode considerar-se estar no caso em apreço perante uma discriminação directamente baseada no sexo.

De seguida, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia concentra-se na questão de saber se, para efeitos da aplicação de uma condição como a que está em causa no presente litígio, se pode considerar que as pessoas que mantêm uma relação estável com um parceiro do mesmo sexo se encontram na mesma situação ou numa situação comparável com pessoas casadas ou com pessoas que, não sendo casadas, têm uma relação estável com um parceiro de sexo diferente.

Se é verdade, neste contexto, que como o alega L. Grant, o direito dos Estados membros, da Comunidade Europeia e de outras organizações internacionais equiparam cada vez mais frequentemente as duas situações, “não deixa de ser verdade que a Comunidade não adoptou, até ao presente, normas que consubstanciem essa equiparação”²². Quanto à situação nos Estados membros, o Tribunal assinala que, embora nalguns deles exista algum grau de equiparação entre a comunidade de vida entre pessoas do mesmo sexo e o casamento, essa situação ou não é de todo reconhecida ou é-o relativamente a um número muito limitado de direitos.

No que respeita às normas de organizações internacionais sobre esta matéria, o Tribunal coloca em especial evidência o direito emanado das instituições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Neste contexto, salienta que a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo e da Comissão Europeia dos Direitos do Homem não conferem qualquer protecção particular aos direitos dos homossexuais²³.

²² Parágrafo 31.

²³ O Tribunal de Justiça relembra que, de acordo com a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, relações homossexuais duráveis não conferem direito ao respeito da vida privada, nos termos do artigo 8.º da Convenção (ver, a este respeito, nomeadamente, as decisões de 3 de Maio de 1983, *X. e Y. c. Reino Unido*, n.º 9369/81, DR 32, pág. 220; de 14 de Maio de 1986, *S. c. Reino Unido*, n.º 11 716/85, DR 47, pág. 274, § 2, e de 19 de Maio de 1992, *Kerkhoven e Hinke c. Países Baixos*, n.º 15 666/89, não publicada, n.º 1). Por outro lado, de acordo com a mesma instituição, não são contrárias ao artigo 14.º da Convenção (que proíbe nomeadamente as discriminações em razão do sexo) regulamentações nacionais que assegurem, para efeitos de protecção da família, um tratamento mais favorável às pessoas casadas e às pessoas de sexo diferente que coabitem como marido e mulher, do que às pessoas do mesmo sexo que demonstrem ter uma relação durável (ver decisões *S. c. Reino Unido*, acima referida, n.º 7; de 9 de Outubro de 1989, *C. e L. M. c. Reino Unido*, n.º 14 753/89, não publicada, n.º 2, e de 10 de Fevereiro de 1990, *B. c. Reino Unido*, n.º 16 106/90, DR 64, pág. 278, n.º 2). O TJCE acrescenta ainda que resulta com clareza da jurisprudência do

Todos estes factores, considerados em conjunto, levam o Tribunal à seguinte conclusão:

“[N]o estado actual do direito no seio da Comunidade²⁴, as relações estáveis entre as pessoas do mesmo sexo não são equiparadas a relações entre pessoas casadas nem a relações estáveis entre pessoas de sexo diferente não casadas entre si. Por conseguinte, uma entidade patronal não é obrigada pelo direito comunitário a equiparar a situação de uma pessoa que tenha uma relação estável com um parceiro do mesmo sexo à de uma pessoa que é casada ou que tem uma relação estável sem casamento com um parceiro de sexo diferente”²⁵.

Dito isto, o Tribunal acrescenta que compete ao legislador comunitário adoptar, caso o venha a julgar necessário, medidas susceptíveis de se aplicarem à situação específica dos casais homossexuais.

Por último, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia examina se uma situação de discriminação em razão da orientação sexual cabe no âmbito de aplicação do artigo 141.º do Tratado. De acordo com as observações de L. Grant tal conclusão impõe-se face à decisão do Tribunal no processo *P. c. S. e Cornwall County Council*, no qual a referida disposição foi objecto de uma interpretação consentânea com a afirmação de um princípio de igualdade substancial. O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, porém, perfilha um entendimento diverso quanto a esta questão, considerando que o referido julgamento se refere apenas à situação muito particular das pessoas que mudaram de sexo, não se aplicando, portanto, às diferenças de tratamento baseadas na orientação sexual de uma pessoa.

Relativamente ao argumento de L. Grant baseado na interpretação que da noção de discriminação em razão do sexo contida no Pacto Internacional

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que o artigo 12.º da Convenção se refere unicamente ao casamento tradicional entre duas pessoas de sexo biológico diferente, e não, por exemplo, a uma relação durável entre concubinos de sexo oposto (ver acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 17 de Outubro de 1986, *Rees*, Série A, n.º 106, pág. 19, n.º 49, e de 27 de Setembro de 1990, *Cossey*, Série A, n.º 184, pág. 17, n.º 43).

²⁴ Esta expressão deve ser interpretada em sentido amplo como compreendendo não apenas o direito emanado directamente das instituições da Comunidade Europeia, mas também, como decorre do artigo 6.º, n.º 2 (ex-artigo F, n.º 2) do TUE, os direitos fundamentais, tais como são garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pelas tradições constitucionais comuns aos Estados membros.

²⁵ Parágrafo 35.

das Nações Unidas Relativo aos Direitos Civis e Políticos de 19 de Novembro de 1966 faz o Comité dos Direitos Humanos, instituído pelo artigo 28.º daquele Pacto, o Tribunal sublinha que, embora o respeito dos direitos fundamentais constitua uma condição de legalidade dos actos comunitários, tal situação não pode ter por efeito alargar o âmbito das disposições do Tratado para além das competências da Comunidade ²⁶. Além do mais, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia considera que a uma simples comunicação do Comité dos Direitos Humanos não pode ser atribuído um valor decisivo, uma vez que este órgão não é uma instância jurisdicional e que as suas declarações são desprovidas de valor jurídico obrigatório.

Face a todos estes elementos, o Tribunal conclui que a recusa de uma entidade patronal de conceder uma redução no preço dos transportes a uma pessoa, do mesmo sexo, com a qual um trabalhador mantém uma relação estável, quando essa redução é concedida aos cônjuges dos trabalhadores ou às pessoas, de sexo diferente, com as quais estes mantêm uma relação estável sem casamento, não é proibida pelo artigo 141.º do Tratado nem pela Directiva n.º 75/117.

O Tribunal não deixa de salientar, porém, que o Tratado de Amesterdão, prevê a inclusão no Tratado CE de um artigo 13.º que, permitirá ao Conselho, mediante voto unânime, sob proposta da Comissão e após consulta do Parlamento Europeu, adoptar as medidas necessárias à eliminação de diferentes formas de discriminação existentes na Comunidade e nos Estados membros, nomeadamente as baseadas na orientação sexual.

III. Apreciação crítica

Até há bem pouco tempo, o direito comunitário em matéria de igualdade detinha-se dentro de fronteiras relativamente bem determinadas. Nos processos *P. c. S. e Cornwall County Council* e *Grant*, os limites tradicionais do princípio da igualdade de tratamento e a sua aplicação circunscrita a situações em que se estava perante a existência de uma discriminação contra uma pessoa em virtude da pertença desta a um sexo determinado, viriam porém a ser postos à prova.

²⁶ Ver parecer n.º 2/94 do Tribunal de Justiça, de 28 de Março de 1996, Col. 1996, pág. I-1759, parágrafos 34 e 35.

1. O alargamento do âmbito do princípio da igualdade – O tratamento conferido aos transexuais: *P. c. S. e Cornwall County Council*

No caso *P. c. S.* estava em causa uma medida de despedimento baseada na mudança de sexo do trabalhador ²⁷. A questão prejudicial submetida ao Tribunal tinha por objecto saber se tal situação poderia ser considerada como uma “discriminação em razão do sexo” na acepção da Directiva n.º 76/207 ²⁸.

Nas suas observações neste processo, o Governo do Reino Unido e a Comissão sustentaram que uma interpretação restritiva da Directiva, de acordo com a qual a mesma só proibia as discriminações com origem na pertença do assalariado em causa a um ou a outro sexo mas não as baseadas na mudança de sexo do assalariado.

O Advogado-Geral Tesouro exprimiu nas suas conclusões uma opinião bem diferente. Desde logo, empenhou-se numa análise sociológica e jurídica do transexualismo cujo rigor deve ser aplaudido. Concluiu que o mesmo constitui um fenómeno psicológico em que se verifica a falta de coincidência entre identidade biológica e identidade sexual do indivíduo, que o direito não pode pura e simplesmente ignorar ²⁹. Partindo desta ideia, o Advogado-Geral observou que, o conceito de “sexo” deveria ser interpretado como compreendendo todo um conjunto de características, comportamentos e papéis na vida social, não se reduzindo à simples dicotomia, em termos de sexo biológico, homem/mulher. No seu entender, aqueles que são vítimas de um tratamento discriminatório em razão dos supra-referidos factores, devem considerar-se vítimas de um tratamento discriminatório em razão do sexo, na acepção da Directiva ³⁰.

O Tribunal, por seu turno, salientou que as disposições da Directiva que proíbem as discriminações entre homens e mulheres mais não são do que a expressão, no domínio limitado que lhe é próprio, do princípio da igualdade,

²⁷ P., demandante no processo principal, trabalhava como gestor de um estabelecimento de ensino sob a tutela de Cornwall County Council. Foi despedida depois de ter notificado o director de estudos, S., da sua intenção de se submeter a uma operação, através da qual mudaria o seu sexo de masculino para feminino.

²⁸ O juiz de reenvio inquiria, designadamente se não deveria considerar-se que a directiva teria um âmbito de aplicação mais amplo do que o *Sex Discrimination Act* de 1975 (lei relativa às discriminações em razão do sexo), o qual abrangia apenas as discriminações baseadas na pertença do assalariado em causa a um ou a outro sexo.

²⁹ Ver parágrafos 16-19.

³⁰ Ver parágrafos 20-25.

que é um dos princípios fundamentais do direito comunitário. Concluiu, pois, seguindo o seu Advogado-Geral:

“... Tais discriminações assentam essencialmente, senão exclusivamente, no sexo da [pessoa] interessada. Assim, quando uma pessoa é despedida porque tem a intenção de sofrer ou porque sofreu uma mudança de sexo, é objecto de um tratamento desfavorável relativamente à do sexo de que era considerada fazer parte antes dessa operação ³¹”.

“Tolerar essa discriminação equivaleria a ignorar, em relação a essa pessoa, o respeito da dignidade e da liberdade a que tem direito e que o Tribunal deve proteger ³²”.

Quanto a nós, o julgamento do Tribunal neste processo traduz uma adesão da parte deste à noção de sexo enquanto realidade social e não meramente enquanto identidade biológica ³³. Uma tal concepção, que poderia parecer dever aplicar-se também, por maioria de razão, a situações de discriminação em razão da orientação sexual ³⁴, parece porém ter sido claramente rejeitada pelo Tribunal no acórdão *Grant*.

2. A recusa de um novo alargamento do âmbito do princípio da igualdade às situações de discriminação em razão da orientação sexual: *Grant c. South West Trains Ltd*.

a) As dificuldades de transposição da jurisprudência *P. c. S.* para o plano da discriminação em razão da orientação sexual – a dimensão social do processo *Grant*,

No acórdão *P. c. S.* o critério determinante para estabelecer a existência de discriminação foi o da identidade sexual do trabalhador em questão. O Advogado-Geral e o Tribunal chegaram a essa conclusão uma vez feita a com-

³¹ Parágrafo 21

³² Parágrafo 22.

³³ Reflexo deste aspecto é o facto de na versão inglesa das conclusões do Advogado-Geral a expressão escolhida ter sido “gender discrimination” e não “sex discrimination”.

³⁴ Como o sublinham, Angus Campbell e Heather Lardy, *op. cit.*, na nota 6, nas págs. 417-418, “if tolerating discrimination against a transsexual person would be a ‘failure to respect the dignity and freedom to which he or she is entitled’, then to permit discrimination against someone on the grounds that he or she is gay or lesbian must surely also represent such a failure to respect.”

paração entre o tratamento conferido pelo empregador a uma pessoa relativamente à qual se verificava uma situação de equivalência de sexo biológico e identidade sexual e aquele que era conferido a uma pessoa relativamente à qual não se verificava uma tal equivalência. A transposição de uma tal concepção de discriminação em razão do sexo, consentânea com uma ideia de sexo enquanto identidade sexual, às situações de discriminação em razão da orientação sexual encerra, no entanto, desde logo em virtude de factores de ordem social, sérias e evidentes dificuldades, que não terão deixado de condicionar o Tribunal no caso *Grant*. Neste contexto, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia terá efectivamente tido em conta o potencial impacto social que uma protecção acrescida dos direitos dos cidadãos homossexuais, categoria infinitamente mais numerosa e ao mesmo tempo de menor visibilidade que a dos cidadãos transexuais, poderia ter nos diversos Estados membros³⁵. Com efeito, enquanto estes últimos constituem um grupo bem definido e relativamente reduzido no conjunto dos países membros da União³⁶, já os homossexuais formam um grupo vasto e de identificação nem sempre evidente³⁷, o que obviamente teria por efeito potenciar exponencialmente as “ondas de choque” que um julgamento diferente poderia ter nas estruturas sociais e laborais dos Estados membros. Este argumento de ordem sociológica, que permite, em certa medida, fornecer uma primeira possível explicação para a inconsistência entre os acórdãos *P. c. S.* e *Grant*, parece, contudo, ao menos num plano de princípio, algo criticável, na medida em que a simples constatação da existência de um número considerável de cidadãos homossexuais no espaço comunitário não deveria sobrepor-se ao imperativo constitucional de protecção dos direitos fundamentais desses mesmos cidadãos³⁸.

³⁵ Mark Bell, *ob. cit.* supra na nota 11, nas págs. 74-75.

³⁶ De acordo com as conclusões do Advogado-Geral Tesouro no acórdão *P. c. S.* (nota 6), estima-se que um em cada 30 000 homens e uma em cada 100 000 mulheres europeias sejam transexuais.

³⁷ Conforme indica o Advogado-Geral Elmer, nas suas conclusões no caso *Grant* (parágrafo 42), estima-se que a população homossexual da União Europeia ascenda pelo menos aos 35 milhões de pessoas.

³⁸ Por outro lado, parece-nos algo preocupante que o Tribunal não tenha tido em conta os efeitos perversos que o acórdão *Grant* gera no que respeita ao grau de protecção relativo que o direito comunitário oferece a homossexuais e a transexuais respectivamente. Efectivamente, raciocinando *ad absurdum*, se Lisa Grant se tivesse sujeitado (ou se manifestasse a intenção de se sujeitar) a uma operação de mudança de sexo, teria visto, em virtude do acórdão *P. c. S.*, ser-lhe reconhecido o direito às concessões que reclamava. O acórdão agora proferido resulta, pois, na situação perfeitamente caricata e altamente iníqua, em que um trabalhador tem, na realidade, mais hipóteses de receber protecção adequada, em termos de direito comunitário da igualdade, se se encontrar numa situação de discriminação fundada na circunstância de ser transexual do que se se encontrar numa situação de discriminação em razão da sua orientação sexual. Trata-se obviamente de um ponto a rever na jurisprudência do Tribunal.

Procuremos, porém, atentar um pouco mais em detalhe sobre os diversos passos do raciocínio do Tribunal.

- b) O termo de comparação utilizado para estabelecer a existência de uma discriminação em razão da orientação sexual,

Desde logo, no que respeita à primeira questão em análise – a de saber se a exigência feita pelo regulamento da empresa South-West Trains, de que o parceiro do trabalhador seja de sexo diferente deste para que a redução no preço dos transportes possa ser concedida, constitui uma discriminação baseada directamente no sexo do trabalhador – nos parece que a abordagem do Tribunal peca por um formalismo excessivo. Tal formalismo conduz aliás o Tribunal a uma conclusão juridicamente incorrecta baseada num termo de comparação também ele incorrecto³⁹. Com efeito, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia conclui que o regulamento da empresa se aplica indistintamente a trabalhadores heterossexuais e homossexuais, na medida em que a única exigência que é feita é que o trabalhador em questão seja de sexo diferente do seu parceiro. Com o devido respeito, consideramos que este raciocínio assenta num pressuposto errado. O termo de comparação deveria, efectivamente, ter sido entre um trabalhador que tenha um parceiro de sexo diferente e um trabalhador que tenha um parceiro do mesmo sexo. Parece-nos que o factor decisivo, reside, como o assinalou o Advogado-Geral Elmer nas suas conclusões, na simples circunstância que, para efeitos da aplicação do artigo 8.º do regulamento da SWT, o que marca a diferença entre a situação de L. Grant e a situação dos outros trabalhadores da empresa é justamente a concepção de sexo adoptada por aquela entidade. Com efeito, a disposição em causa condiciona de maneira absoluta a concessão de reduções no preço das viagens ao sexo do trabalhador, na medida em que o mesmo tem de ser diferente do seu concubino. Nas circunstâncias específicas do caso *sub judice*, tais concessões apenas poderiam ter sido obtidas se o trabalhador em questão fosse de sexo masculino, ou, alternativamente, se o concubino fosse do sexo masculino.

- c) As dimensões política e moral do processo Grant – o estágio incipiente da evolução do direito comunitário, do direito interna-

³⁹ O Tribunal usa como termo de comparação, por um lado, a situação de um trabalhador do sexo masculino que tenha um parceiro do mesmo sexo e, por outro lado, a situação de uma trabalhadora do sexo feminino que tenha igualmente uma parceira do mesmo sexo. A este propósito, ver G. F. Mancini e S. O'Leary, "The new frontiers ...", cit. supra na nota 3, pág. 349.

cional e do direito nacional dos Estados membros em matéria de discriminação em razão da orientação sexual.

Na etapa seguinte do seu raciocínio o Tribunal concentra-se no problema de saber se as pessoas que mantêm uma relação estável com um parceiro do mesmo sexo se encontram na mesma situação ou numa situação comparável com a de pessoas casadas ou com a de pessoas que, não sendo casadas, têm uma relação estável com um parceiro de sexo diferente, afirmando que, na hipótese de, na realidade, elas serem julgadas comparáveis, haveria, de facto, discriminação em razão do sexo. A análise que o Tribunal faz do direito dos Estados membros, das normas emanadas das instituições comunitárias e dos instrumentos de direito internacional existentes em matéria de protecção dos homossexuais, leva-o à conclusão que, no presente estágio de evolução do direito no seio da Comunidade, relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo não são ainda equiparáveis a relações entre pessoas casadas nem a relações estáveis entre pessoas de sexo diferente não casadas entre si. Cremos que este aspecto é fundamental e terá constituído mesmo um dos factores decisivos no julgamento do Tribunal. Duas ordens de argumentos terão sido importantes neste contexto. Assim, por um lado, como o Tribunal o indica, a jurisprudência das instituições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem tem vindo, de uma maneira geral, a recusar, no contexto do direito ao respeito pela vida privada e do direito ao casamento, uma protecção idêntica a casais homossexuais relativamente aquela que é conferida a casais heterossexuais ⁴⁰.

Se a homossexualidade não merece ainda praticamente qualquer reconhecimento jurídico no plano do direito internacional público, também as próprias ordens jurídicas nacionais dos vários Estados membros ou não o reconhecem de todo, ou o fazem apenas relativamente a um conjunto limitado de direitos ⁴¹. Este último aspecto permite explicar a sensibilidade política dos problemas em discussão no caso *Grant* bem como a pouca receptividade por parte dos Estados membros que submeteram observações ao Tribunal relativamente a uma decisão favorável à requerente. Uma tal decisão teria aliás im-

⁴⁰ Nesse sentido, ver a jurisprudência da Comissão e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cit. supra na nota 23. Num sentido diferente ver, porém, recentemente o acórdão de 21 de Dezembro de 1999 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no processo *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*.

⁴¹ Para um panorama geral do estatuto dos casais homossexuais nas legislações nacionais, ver Benoît Guiget, "Le droit communautaire et la reconnaissance ...", cit. supra na nota 3, pág. 565 e segs.; G. F. Mancini e S. O'Leary, "The new frontiers ...", cit. supra na nota 3, pág. 349, nota 90.

plicado a necessidade para muitos Estados membros, se não a totalidade, de introduzirem modificações, mais ou menos profundas, nas suas legislações em matéria de emprego e de igualdade de tratamento, modificações que a maior parte desses Estados não estaria efectivamente preparada para fazer ⁴². A isto acresce o facto de que o caso *Grant* poderia gerar um surto de processos de carácter similar, eles próprios altamente nefastos para as estruturas regulamentares dos Estados membros nesta área. De toda a evidência, a realidade política e o panorama legislativo nos diversos Estados forneciam um contexto francamente desfavorável a uma decisão diferente da parte do Tribunal.

O mesmo se diga, aliás, no que diz respeito à dimensão moral do processo em questão. Como o sublinhou o Governo do Reino Unido nas suas observações, “*rules relating to persons’ sexual orientation raise ethical, religious, cultural and social questions, in relation to which the Court has accorded the Member States a wide discretion*”. Uma decisão favorável a Lisa Grant teria certamente provocado a ira generalizada de determinados sectores da sociedade dos Estados membros, nomeadamente ao nível das organizações e empregadores animados por um espírito mais conservador ⁴³. Por outro lado, “*Community case law indicates that the Court will avoid making far-reaching decisions which challenge important institutions such as marriage and the family*” ⁴⁴. Os acórdãos *Quietlynn* ⁴⁵ e principalmente *SPUC c. Grogan* ⁴⁶, em que estavam em causa, respectivamente, a regulamentação da pornografia e do aborto num dos Estados membros comprovam inequivocamente o desejo de não envolvimento do Tribunal em questões em que a aplicação do direito comunitário suscita a necessidade de resolução de problemas éticos complexos e relativamente aos quais as legislações e as opiniões públicas dos diversos Estados membros divergem de maneira significativa.

⁴² Neste contexto, por exemplo, o Reino Unido apontava nas suas observações, que uma decisão favorável à pretensão de Lisa Grant poderia acarretar “*acute difficulties in relation to employment, pensions and social security*”, evidenciando uma clara oposição ao reconhecimento dos direitos invocados pela requerente.

⁴³ Mark Bell, ob. cit. supra, nota 11, págs. 76-77.

⁴⁴ Harrison, “Using EC law to challenge sexual orientation discrimination at work”, in Hervey & O’Keefe (eds.), *Sex Equality in the European Union*, 1996, London, Wiley, pág. 280.

⁴⁵ Acórdão de 11 de Julho de 1990, no proc. C-23/89, *Quietlynn Limited e. o. c. Southend Borough Council*, Col. 1990, pág. I-3059. Ver as anotações de E. Vallejo Lobete, *Gaceta Jurídica de la CEE – Boletín*, 1990, n.º 84, pág. 10; Claude J. Berr, *Journal du Droit International*, 1991, pág. 466.

⁴⁶ Acórdão de 4 de Outubro de 1991, no proc. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. Stephen Grogan e. o.*, Col. 1991, pág. I-4685. Entre os muitos comentários a este julgamento, ver H. Gaudemet Tallon, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1992, pág. 167; S. O’Leary, (1992) *European Law Review*, 1992, pág. 138; Deirdre Curtin, (1992) *Common Market Law Review*, pág. 585.

Finalmente, parece-nos importante chamar a atenção para o próprio contexto político no plano da União Europeia vista no seu conjunto, o qual na época da decisão no caso *Grant* se encontrava profundamente marcado pela negociação e subsequente aprovação do Tratado de Amesterdão. Neste contexto, a inclusão que o mesmo veio operar no Tratado CE de um novo artigo 13.º que permitirá ao Conselho tomar, em certas condições (voto por unanimidade sob proposta da Comissão e após consulta do Parlamento Europeu), as medidas necessárias à eliminação de diferentes formas de discriminação, nomeadamente as baseadas na orientação sexual ⁴⁷, terá desempenhado também um papel importante no raciocínio do Tribunal. Nesse raciocínio não terá deixado de estar subjacente a ideia de que uma nova cláusula permitindo a adopção de medidas no sentido da eliminação de formas de discriminação baseadas na orientação sexual só se poderia justificar na medida em que se partisse do pressuposto que a adopção de tais medidas não seria possível com base nos instrumentos normativos já existentes, designadamente o artigo 141.º do Tratado ⁴⁸. Demonstrando, pois, uma vez mais, a sua deferência para com o legislador comunitário e simultaneamente procurando não interferir com a vontade política dos Estados membros, o Tribunal optou por considerar que, face ao direito comunitário vigente, a discriminação em razão da orientação sexual não se encontrava coberta pelo direito comunitário, competindo às instituições políticas da Comunidade, nos termos do referido artigo 13.º do Tratado, aprovar no futuro os instrumentos normativos necessários a esse fim.

IV. Conclusões

Com base em considerações de ordem social e moral e tendo em especial linha de conta, o sentimento dominante nos Estados membros ⁴⁹, bem como a política legislativa destes últimos e da própria União Europeia relativamente à discriminação em razão da orientação sexual, o Tribunal entendeu por bem rejeitar a pretensão de Lisa Grant no caso em apreço. A sua conclusão de que

⁴⁷ Sobre o novo artigo 13.º do Tratado CE, ver Patrícia Cunha e Pedro Cabral, “O princípio da igualdade ...”, cit. supra na nota 3, em especial nas págs. 322-323; Leo Flynn, “The implications of Article 13: after Amsterdam will some forms of discrimination be more equal than others?”, (1999) *Common Market Law Review*, pág. 1127. Refira-se que a Comissão avançou recentemente, ao abrigo daquela disposição, com uma proposta de directiva visando a estabelecer um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional (COM(99)0565 final).

⁴⁸ John McInnes, cit. supra na nota 11, pág. 1055.

⁴⁹ Na linha do activismo maioritário que tem caracterizado determinadas decisões do Tribunal. A este propósito, ver M. Poiares Maduro, *We the Court ...*, cit. supra na nota 10.

a mesma não pode considerar-se compreendida no âmbito do artigo 141.º do Tratado não deixa contudo de se revelar algo decepcionante e francamente ao arrepio dos objectivos daquela disposição e da legislação secundária existente em matéria de igualdade de tratamento, máxime a Directiva n.º 76/207⁵⁰. Não esqueçamos o que esta última dispõe no terceiro considerando da sua fundamentação:

“A igualdade de tratamento entre os trabalhadores masculinos e os trabalhadores femininos constitui um dos objectivos da Comunidade, na medida em que se trata, nomeadamente, de promover a igualização no progresso das condições de vida e de trabalho da mão-de-obra.”

Julgamos que tal objectivo tem uma vocação universal, implicando pois que todos aqueles que, num momento ou outro, sejam vítimas de um tratamento discriminatório em razão do sexo, tenham direito à protecção conferida pelo direito comunitário. Por outro lado, é evidente que as discriminações em razão da orientação sexual de um trabalhador são tão nocivas para a construção e o aperfeiçoamento do mercado interno e para a concretização plena da liberdade de circulação de pessoas como as tradicionais discriminações em razão do sexo⁵¹. A decisão do Tribunal apresenta-se, pois, como excessivamente formalista sobretudo se confrontada com a jurisprudência progressista pela qual aquela jurisdição tem sido responsável recentemente no domínio da igualdade de tratamento, designadamente em matéria de protecção da gravidez e discriminação positiva. Não podemos deixar de destacar neste contexto, duas importantes decisões do Tribunal. Assim, no que toca à protecção na gravidez, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia teve a ocasião, no seu acórdão *Brown*⁵², de julgar que o despedimento de uma trabalhadora em virtude de faltas ao emprego motivadas por doença devida ou provocada pela gravidez,

⁵⁰ A mesma linha restritiva parece ter sido seguida no acórdão de 28 de Janeiro de 1999, no processo T-264/97, *D. c. Conselheiro*, Col. 1999, pág. FP-II-0001, em que o Tribunal de Primeira Instância considerou que determinados benefícios previstos pelo Estatuto dos Funcionários e Agentes das Comunidades Europeias não eram aplicáveis ao parceiro do sexo masculino de um funcionário do Conselho da União Europeia. Refira-se que tanto o requerente como o Governo sueco introduziram recurso deste julgamento perante o TJCE. Sobre este acórdão, ver Christine Denys (1999), *European Law Review*, pág. 419; Bruce Carolan (1999), *Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland*, pág. 44.

⁵¹ Ver A. Clapham e J. Weiler, “Human Dignity Shall Be Inviolable – The Human Rights of Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order”, *Collected Courses of the Academy of European Law 1992 – The Protection of Human Rights in Europe*, Nijhoff-Kluwer, Florence, 1994, pág. 237.

⁵² Acórdão de 30 de Junho de 1998, no proc. C-394/96, *Brown c. Rentokil*, Col. 1998, pág. I-4185.

constituía uma discriminação directa em razão do sexo, visto tratar-se de uma medida fundada na própria ocorrência da gravidez e dela indissociável, assim como, sobretudo, uma condição de verificação impossível num trabalhador do sexo masculino, relativamente ao qual um despedimento nos mesmos termos nunca poderia, portanto, ter lugar⁵³. Em matéria de discriminação positiva, o Tribunal confrontou-se, no caso *Marschall*⁵⁴, com um litígio entre um cidadão alemão do sexo masculino, Helmut Marschall e o *Land Nordrhein-Westfalen* (Alemanha), relativo à interpretação de uma disposição do estatuto dos funcionários deste *Land* alemão, a qual permitia que, em determinadas circunstâncias, em caso de igualdade de qualificações entre homens e mulheres, a estas últimas fosse conferida prioridade na promoção. Perante uma oportunidade ideal para precisar os contornos da sua decisão *Kalanke* de 1995⁵⁵, o Tribunal considerou que a regulamentação em causa era conforme ao direito comunitário desde que, em cada concreto, se encontrasse garantida uma apreciação objectiva de cada candidato individual, masculino ou feminino, não se excluindo, portanto, *a priori*, a promoção de um candidato masculino⁵⁶. Em ambos os domínios, o Tribunal veio assegurar, através da consagração de um princípio de igualdade substancial, a necessária tutela judicial de direitos fundamentais dos cidadãos comunitários.

No mesmo plano pode situar-se a sua recente jurisprudência em matéria de livre circulação de cuidados médicos na União Europeia. A este respeito, o Tribunal teve a ocasião, nos seus acórdãos de 28 de Abril de 1998, *Decker*⁵⁷ e *Kohll*⁵⁸, de dar um passo significativo no sentido da construção de um verdadeiro espaço integrado nesta área. Através das suas decisões, as quais vêm permitir aos cidadãos comunitários deslocarem-se a um Estado membro dife-

⁵³ A propósito deste julgamento, ver Christine Boch (1998), *European Law Review*, pág. 498; Pedro Cabral, *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, n.º 4, pág. 156; *EU Focus – Essential Developments in EU Law and Policy*, 1998, n.º 18, pág. 2; Evelyn Ellis (1999), *Common Market Law Review*, pág. 625. Em matéria de protecção de gravidez, ver também os acórdãos de 19 de Novembro de 1998, no proc. C-66/96, *Høj Pedersen*, Col. 1998, pág. I-7327 e de 14 de Setembro de 1999, no proc. C-249/97, *Gruber*, ainda não publicado na Colectânea.

⁵⁴ Acórdão de 11 de Novembro de 1997, no proc. C-409/95, *Helmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, Col. 1997, pág. I-6363.

⁵⁵ Acórdão de 17 de Outubro de 1995, no proc. C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Col. 1995, pág. I-3051.

⁵⁶ Sobre o julgamento no caso *Marschall*, ver Patrícia Cunha e Pedro Cabral, “O princípio da igualdade ...”, cit. supra na nota 3; Pedro Cabral, “A step closer to substantive equality” (1998), *European Law Review*, pág. 481. Novos desenvolvimentos jurisprudenciais nesta matéria são de esperar no contexto de dois reenvios prejudiciais actualmente pendentes no TJCE, nos processos C-158/97, *Badeck* e C-407/98, *Abrahamsson*.

⁵⁷ Proc. C-120/95, Col. 1998, pág. I-1831.

⁵⁸ Proc. C-158/96, Col. 1998, pág. I-1931.

rente daquele em que residem para aí obterem produtos médicos ou receberem cuidados dessa natureza tendo o direito de serem reembolsados de acordo com as tarifas em vigor no Estado membro em cujo sistema de segurança social estão inscritos, o Tribunal vem, com efeito, derrubar uma primeira mas importante barreira na estrutura complexa e profundamente compartimentada do sector da saúde na União Europeia, dando um decisivo passo no sentido da concretização de um mercado interno neste sector ⁵⁹.

Paralelamente, o Tribunal tem evidenciado também uma crescente preocupação em proceder à densificação normativa das disposições do Tratado em matéria de cidadania europeia. Duas decisões recentes do Tribunal merecem, a nosso ver, particular destaque, neste contexto. Assim, em primeiro lugar, no seu acórdão de 12 de Maio de 1998, *Martínez Sala* ⁶⁰, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia deu um primeiro passo no sentido do reforço da protecção do cidadão europeu, independentemente do exercício por parte deste de uma actividade económica, ao reconhecer o direito de um nacional de um

⁵⁹ Muitas são as questões que ficam ainda assim por responder nesta matéria. Para uma análise exaustiva destes dois julgamentos, ver Pedro Cabral, “Cross-border Medical Care in the European Union – Bringing Down a First Wall” (1999), *European Law Review*, pág. 387; A. P. Van der Mei, “Cross-Border Access to Medical Care within the European Union – Some Reflections on the Judgements in *Decker and Kohll*” (1998), *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, pág. 277; Prodromos Mavridis, “La libéralisation des soins de santé en Europe: un premier diagnostic”, *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, n.º 3, pág. 145; Sean van Raepenbusch, “Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestations de soins, conséquence sociale du marché intérieur”, *Cahiers de Droit Européen*, 1998, pág. 683. Neste contexto, os processos pendentes C-368/98, *Vanbraekel* e C-157/99, *Smits e Peerbooms* darão certamente ao Tribunal a oportunidade de clarificar a sua jurisprudência *Decker* e *Kohll*, designadamente no que concerne à sua aplicação a cuidados médicos prestados no âmbito de infra-estruturas hospitalares.

Outras decisões recentemente proferidas pelo Tribunal no tocante à livre circulação de pessoas merecem também uma referência especial. Assim, destacam-se, em matéria de integração na área do sector público, o acórdão de 15 de Janeiro de 1998, no proc. C-15/96, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou*, Col. 1998, pág. I-47 e o acórdão de 24 de Setembro de 1998, no proc. C-35/97, *Comissão c. França*, Col. 1998, pág. I-5325; em matéria de integração na área da segurança social, ver em particular o acórdão de 5 de Março de 1998, no proc. C-160/96, *Molenaar*, Col. 1998, pág. I-843; no que toca à articulação entre liberdade de circulação de pessoas e fiscalidade, ver principalmente os acórdãos de 28 de Abril de 1998, proc. C-118/96, *Safir*, Col. 1998, pág. I-1897, de 16 de Julho de 1998, no proc. C-264/98, *Imperial Chemical Industries*, Col. 1998, pág. I-465, de 29 de Abril de 1999, no proc. C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, Col. 1999, pág. I-2655, de 8 de Julho de 1999, no proc. C-254/97, *Baxter*, ainda não publicado na Colectânea e de 14 de Setembro de 1999, no proc. C-391/97, *Gschwind*, ainda não publicado na Colectânea. Para uma visão de conjunto dos recentes desenvolvimentos no direito comunitário em matéria de liberdade de circulação de pessoas e de serviços, ver S. O’Leary, “Free Movement of Persons and Services”, *The Evolution of EU Law, Craig and De Búrca* (eds.), Oxford University Press, pág. 384.

⁶⁰ Proc. C-85/96, Col. 1999, pág. I-2691.

Estado membro de se basear nas normas do Tratado em matéria de cidadania europeia para se proteger de uma discriminação em razão da nacionalidade imposta por outro Estado membro ⁶¹. Na mesma lógica de reforço do estatuto constitucional do cidadão europeu insere-se também o acórdão de 24 de Novembro de 1998, *Bickel* ⁶², no qual o Tribunal veio considerar que uma regulamentação de um Estado membro que confere o direito a uma minoria linguística estabelecida no seu território de utilizar a sua própria língua em procedimentos judiciais de carácter penal e que não reconhece esse mesmo direito aos nacionais de outros Estados membros que tenham essa mesma língua por língua materna, é incompatível com o Tratado CE ⁶³.

Face aos avanços registados nas áreas acima apontadas, a decisão do Tribunal no caso *Grant* não pode deixar de constituir uma decepção. Já o dissemos anteriormente em outra sede ⁶⁴, mas não podemos deixar de o repetir. Num contexto tão importante como o da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais do cidadão da União Europeia, a deferência devida aos Estados membros pelo Tribunal não pode ser incondicional ⁶⁵. Efectivamente, se aquela jurisdição pretende, continuar o seu esforço de edificação de uma ordem jurídica autónoma fundada no respeito do direito e na sua própria Carta Constitucional – o Tratado – ⁶⁶, mantendo-se assim fiel ao tão eloquentemente proclamado objectivo de tutela dos direitos à dignidade e à liberdade da pessoa

⁶¹ Sobre este julgamento, ver S. O’Leary (1999), *European Law Review*, pág. 69; M. Luby, *Journal du Droit International*, 1999, pág. 557.

⁶² Proc. C-274/96, Col., pág. I-7637.

⁶³ A propósito do acórdão *Bickel*, ver por todos, Mielle Bulterman (1999), *Common Market Law Review*, pág. 1325. Em matéria de cidadania europeia, ver ainda o recente acórdão de 21 de Setembro de 1999, no proc. C-378/97, *Wijsenbeek*, ainda não publicado na Colectânea, bem como as brilhantes conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral Cosmas nesse mesmo processo.

⁶⁴ Patrícia Cunha e Pedro Cabral, “O princípio da igualdade ...”, cit. supra na nota 3, nas págs. 326-327.

⁶⁵ Conforme já tivemos a ocasião de salientar anteriormente [Patrícia Cunha e Pedro Cabral, “O princípio da igualdade ...”, cit. supra na nota 3, nas págs. 325-326], o Tribunal parece recentemente ter-se afastado do activismo que de certa forma marcou a sua jurisprudência dos anos oitenta e inícios dos anos noventa. De certa forma, a própria consagração do princípio da subsidiariedade no Tratado de Maastricht e a nova lógica de repartição de competências entre a Comunidade e os Estados membros a ele subjacente vieram de algum modo condicionar os moldes de actuação do Tribunal, a partir de então especialmente prudente nos domínios em que a sua política judicial poderia de algum modo ir ao encontro das prioridades definidas pelo legislador comunitário e pelos próprios Estados membros. No mesmo sentido, ver John McInnes, ob. cit., supra na nota 11, págs. 1054-1055.

⁶⁶ Parecer 1/91, de 14 de Dezembro de 1991, Col. 1991, pág. I-6079. Ver a este propósito os interessantes comentários de J. L. Cruz Vilaça e Nuno Piçarra, *Cahiers de Droit Européen*, 1993, pág. 3 e de Henry Schermers (1992), *Common Market Law Review*, pág. 991.

humana ⁶⁷, não pode, em processos como o presente, eximir-se da responsabilidade que lhe assiste de actuar como um verdadeiro Tribunal Constitucional da União Europeia, chamando a si a garantia de uma protecção judicial efectiva do cidadão ⁶⁸.

Luxemburgo, 24 de Janeiro de 2000.

⁶⁷ Ac. P. c. S., cit. supra na nota 6, para. 22. No mesmo sentido, mas num contexto algo diferente, ver também as Conclusões do Advogado-Geral Jacobs, apresentadas em 9 de Dezembro de 1992, no processo C-168/91, *Konstantinidis* (Col. 1993, pág. I-1191), parágrafo 46.

⁶⁸ Ver John McInnes, ob. cit., supra nota 11, pág. 1055; J. Weiler e N. Lockhart, "Taking rights seriously' seriously: The European Court of Justice and its fundamental rights jurisprudence" (1995), *Common Market Law Review*, págs. 51 e 579, pág. 627.