CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO SAGGIO

apresentadas em 10 de Junho de 1999 *

1. Por recurso prejudicial do Staatsgerichtshof des Landes Hessen (Alemanha), o Tribunal de Justiça é chamado, pela terceira vez, a interpretar o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da Directiva 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 [1] (a seguir «directiva»), para precisar se essas disposições do direito comunitário se opõem a uma legislação nacional relativa a um programa de acesso e de promoção das mulheres na função pública. Na sua questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pede, na realidade, ao Tribunal de Justiça para definir, à luz do direito comunitário em vigor, a noção e os limites das acções positivas nacionais destinadas a facilitar a plena inserção das mulheres no mundo do trabalho.

Disposições comunitárias

2. Recordemos que a directiva se propõe concretizar nos Estados-Membros o «princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, incluindo a promoção, e à formação profissional, assim como no que se refere às condições de trabalho e... à segurança social» (artigo 1.°).

O artigo 2.° desta directiva estabelece, no n.° 1, que esse princípio «implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar».

Este artigo precisa, no n.° 4, que a directiva permite que os Estados-Membros adoptem ou mantenham eventuais «medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular às que corrijam as desigualdades de facto que afectam as oportunidades das mulheres nos domínios referidos no n.° 1 do artigo 1.°».

3. Após o reenvio da questão prejudicial, entrou em vigor o Tratado de Amsterdão, que alterou o Tratado CE no que se refere — naquilo que nos interessa para os fins da presente análise — à concretiza-

* Língua original: italiano.

1 — JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70.

ção do princípio da igualdade entre homens e mulheres. Em especial, os artigos 2.° e 3.° do Tratado CE prevêem, na sua nova versão, que «a Comunidade tem como missão... promover... a igualdade entre homens e mulheres» e que «a Comunidade terá por objectivo eliminar as desigualdades, e promover a igualdade entre homens e mulheres». Além disso, o artigo 6.°-A, também inserido pelo novo Tratado, dispõe que: «o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater qualquer discriminação em razão do sexo...».

4. O artigo 119.° do Tratado CE (os artigos 117.° a 120.° do Tratado CE foram substituídos pelos artigos 136.° CE a 143.° CE) prevê na sua versão alterada que «os Estados-Membros assegurarão a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de valor igual» (n.° 1), que «o Conselho, deliberando nos termos do artigo 251.° [ex-artigo 189.°-B] e após consulta ao Comité Económico e Social, adoptará medidas destinadas a garantir a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego e de trabalho, incluindo o princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual» (n.° 3), e finalmente que, «a fim de assegurar, na prática, a plena igualdade entre homens e mulheres na vida profissional, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adoptem medidas que prevejam regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma actividade profissional pelas pessoas do sexo sub-representado, ou a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional» (n.° 4) [2]. Na *Declaração relativa ao n.° 4 do artigo 119.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia*, anexa ao Tratado de Amesterdão, lê-se que, «ao adoptarem as medidas a que se refere o n.° 4 do artigo 119.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia, os Estados-Membros deverão ter antes de mais como objectivo melhorar a situação das mulheres na vida profissional».

5. Antes da alteração do Tratado, as instituições comunitárias adoptaram diversos actos relativos à igualdade de tratamento entre homens e mulheres. Salientaremos a especial importância da Recomendação 84/635/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1984, relativa à promoção de acções positivas a favor das mulheres [3], onde se lê que: «as normas jurídicas existentes sobre a igualdade de tratamento, que têm por objectivo conceder direitos aos indivíduos, são insuficientes para eliminar todas as formas de desigualdade de facto se, simultaneamente, não forem empreendidas, por parte dos governos, dos parceiros sociais e de outros organismos competentes, acções com vista a compensar os efeitos prejudiciais que, para as mulheres na vida activa, resultam de atitudes, de comportamentos e de estruturas da sociedade» e que, referindo-se explicitamente ao artigo 2.°, n.° 4,

2 — Na sua versão anterior às alterações introduzidas pelo Tratado de Amesterdão, o artigo 119.° não fazia referência a acções positivas em favor do sexo sub-representado e enunciava unicamente a proibição de discriminações em matéria de remunerações. No seu primeiro parágrafo, este artigo dispõe que «cada Estado-Membro garantirá, durante a primeira fase, e manterá em seguida a aplicação do princípio da igualdade de remunerações entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos, por trabalho igual».

3 — JO L 331, p. 34; EE 05 F4 p. 124.

da directiva, convida os Estados-Membros a adoptarem uma política de acções positivas destinadas, nomeadamente, ao «encorajamento das candidaturas, do recrutamento e da promoção da mulheres nos sectores, profissões e níveis em que se encontram sub-representadas, nomeadamente nos postos de responsabilidade».

Disposições nacionais

6. A Hessisches Gleichberechtigungsgesetz (lei de Hesse relativa à igualdade entre homens e mulheres e à eliminação das discriminações contra as mulheres na função pública, a seguir «HGlG»), adoptada em 21 de Dezembro de 1993 e promulgada em 30 de Dezembro de 1993, tem como objectivo garantir a igualdade de acesso das mulheres e dos homens aos lugares da função pública, pela adopção de planos de promoção relativos às condições de acesso, de trabalho e de carreira das mulheres, que implicam objectivos vinculativos (§ 1).

7. O § 3 da HGlG prevê, no seu n.º 1, que «os serviços têm o dever de, através do plano de promoção das mulheres e outras medidas de promoção, implementar a igualdade entre mulheres e homens nos serviços públicos bem como eliminar a sub-representação das mulheres e a discriminação em razão do sexo e do estado civil», e, no seu n.º 2, que «as mulheres estão sub-representadas quando, no âmbito de aplicação de um plano de promoção das mulheres num grupo salarial, num grupo de remuneração ou num grupo de vencimento de uma carreira, estão empregadas menos mulheres do que homens. Nos empregos de ingresso na carreira as mulheres estão sub-representadas quando, no conjunto da carreira, estão empregadas menos mulheres do que homens. O segundo período aplica-se por analogia ao acesso à carreira judicial e do Ministério Público. No âmbito de aplicação de um plano de promoção das mulheres, constituem cada grupo de vencimento uma carreira, cada grupo salarial e cada grupo de remuneração um sector. Os lugares incluídos no plano de promoção das mulheres podem ser submetidos a outras subdivisões».

8. O § 5, n.º 3, dispõe: «O plano de promoção das mulheres contém, para cada dois anos, objectivos vinculativos visando o aumento da quota de mulheres na admissão e na promoção nas áreas em que as mulheres estão sub-representadas». O § 5, n.º 4, dispõe, além disso, que, «em cada plano de promoção das mulheres, quando haja lugares de pessoal a preencher numa área em que as mulheres estão sub-representadas, mais de metade desses lugares deverão ser ocupados por mulheres». Esta regra não se aplica quando «é necessário para uma função um pressuposto indispensável de determinado sexo», ou «quando se provar devidamente que não se conseguirão suficientes mulheres com as qualificações necessárias» ou «para promoções sem ocupação de lugar em áreas em que as mulheres estão sub-representadas, prevê-se uma quota de mulheres correspondente pelo menos à quota das mulheres no grupo de vencimentos mais baixos mais próximo.

Aplica-se, no que for necessário, o terceiro período». Finalmente, «quando forem previstas medidas de economia de pessoal de que resultem o congelamento de lugares ou a sua diminuição, é garantido através do plano de promoção das mulheres que a quota das mulheres nas áreas afectadas permaneça pelo menos igual».

9. O § 5, n.º 7, refere-se aos «lugares do serviço científico» que, em virtude da Hochschulrahmengesetz (lei-quadro do ensino superior), devem ser limitados no tempo. Estes lugares devem ser ocupados pelo menos com a quota de mulheres que corresponde à quota que existe em cada especialidade entre as licenciadas e os licenciados e entre as doutoradas e os doutorados (consoante os casos). Os lugares para emprego de assistentes sem estudos concluídos devem ser preenchidos pelo menos com a quota para mulheres que existe entre os estudantes de cada uma das especialidades.

10. O § 7 estabelece que, sempre em caso de sub-representação, pelo menos metade dos lugares previstos nos programas de formação devem ser reservados às mulheres. As mulheres devem ser informadas sobre os lugares de formação disponíveis e incentivadas a apresentar a sua candidatura. Se apesar destes incentivos não existirem suficientes candidaturas de mulheres, mais de metade dos lugares disponíveis podem ser atribuídos a homens.

11. O § 9, n.º 1, dispõe que, em áreas em que as mulheres estejam sub-representadas, pelo menos tantas mulheres como homens, ou todas as candidatas, serão convidadas para a entrevista de admissão, quando reúnam as condições legais e outras previstas para o preenchimento de lugares novos.

12. O § 10 precisa que «devem ter-se em consideração a capacidade, a competência e as prestações especializadas (qualificação) de cada um dos pretendentes ao lugar a preencher ou do serviço em causa. No julgamento das qualificações, devem ter-se em conta as capacidades e a experiência que se obtêm através do cuidado com as crianças ou com as pessoas que necessitam de cuidados no âmbito do lar (trabalho em família), na medida em que estas forem relevantes para a capacidade de prestação e competência das candidatas e dos candidatos. Isto aplica-se mesmo quando o trabalho na família é prestado além do trabalho profissional. O estado civil ou o rendimento do companheiro ou da companheira não devem ser tidos em consideração. Ocupações a tempo parcial, períodos de

férias ou suspensões em caso de termo da formação em razão de crianças ou de parentes que necessitam de cuidados por recomendação médica não devem influenciar negativamente a apreciação da prestação de serviço e não devem impedir a promoção profissional. A antiguidade no serviço, a idade e a data da última promoção só devem ser tidas em consideração na medida em que forem relevantes para a capacidade de prestação e competência das candidatas e dos candidatos».

13. Finalmente, o § 14 dispõe que, «no preenchimento de comissões, conselhos consultivos, conselhos de administração e conselhos gerais, bem como em outros órgãos colectivos, devem pelo menos metade dos seus membros ser mulheres».

14. No que respeita à duração do plano de promoção, o § 5, n.º 3, prevê que os objectivos vinculativos de cada plano devem ser fixados para dois anos, tendo em conta as especialidades existentes em cada sector e serviço. Todavia, segundo o § 10, n.º 4, se os objectivos do plano de promoção das mulheres para cada dois anos não forem preenchidos, é necessária, até à sua realização, para cada admissão ou promoção de um homem num sector em que as mulheres estejam sub-representadas a aprovação do serviço que estabeleceu o plano de promoção de mulheres. Enquanto não forem estabelecidos planos de promoção das mulheres, não são permitidas admissões e promoções nas áreas em que as mulheres estão sub-representadas (§ 10, n.º 5).

O processo nacional e o processo comunitário

15. O reenvio prejudicial foi efectuado pelo Staatsgerichtshof des Landes Hessen no quadro de um processo de fiscalização da constitucionalidade intentado por 46 deputados do Landtag de Hesse que visa verificar a incompatibilidade da HGlG, em especial dos seus §§ 3, 5, 7 a 11, 14, 16 e 18, com a Constituição do *Land* de Hesse.

16. Os demandantes sustentam que a HGlG é contrária, por um lado, ao princípio constitucional da «selecção dos melhores», na medida em que implica a preferência dos candidatos em função do sexo e não do mérito, e, por outro lado, ao princípio da igualdade de tratamento que não apenas proíbe a atribuição de privilégios a um grupo específico mas consagra um direito fundamental para todos os indivíduos, direito que garante aos cidadãos oportunidades iguais à partida e não a concretização de situações definitivas vantajosas para uma categoria específica de pessoas. Neste sentido, a legislação em

causa é também contrária à directiva, tal como foi interpretada pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão Kalanke [4].

17. O Staatsgerichtshof des Landes Hessen, antes de analisar a constitucionalidade da lei em causa, suspendeu a instância e apresentou ao Tribunal de Justiça, ao abrigo do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 2.°, n.os 1 e 4, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70), opõe-se às disposições nacionais, segundo as quais:

1. no caso de sub-representação, nos termos do § 3, n.os 1 e 2, da HGlG, em situação de igualdade de qualificação entre uma candidata e um candidato, segundo o § 10 da HGlG, as decisões de nomeação, dado o carácter vinculativo dos objectivos do plano de promoção das mulheres, nos termos do § 5, n.os 3 e 4, da HGlG, devem ser sempre em benefício da candidata, quando isto é necessário para se atingirem esses objectivos e a tal não se oponham fundamentos de importância jurídica prioritária;

2. os objectivos vinculativos do plano de promoção das mulheres para provimento de lugares temporários nos serviços científicos e de assistentes destes serviços, nos termos do § 5, n.° 7, da HGlG, devem estabelecer a quota mínima de mulheres em correspondência com a existente em cada especialidade para licenciadas e licenciados (n.° 7, primeiro período), doutorados (n.° 7, segundo período) e estudantes (n.° 7, terceiro período);

4 — Acórdão de 17 de Outubro de 1995 (C-450/93, Colect., p. I-3051). Segundo os demandantes, as disposições já referidas violam, antes de mais, os artigos 1.° e 134.° da Constituição do *Land* de Hesse, na medida em que constituem formas de discriminação em razão do sexo. Trata-se, portanto, de regras discriminatórias que também não são justificadas pela exigência, visada no artigo 1.° da Constituição, da realização efectiva da igualdade de tratamento entre homens e mulheres na realidade social. Os § 9, n.° 1, e 10, n.° 3, terceira frase, da HGlG violam, além disso, o princípio geral da «selecção dos melhores», consagrado no artigo 33.° da Constituição federal (lei fundamental alemã) e retomado no artigo 134.° da própria Constituição do *Land* de Hesse. A HGlG é, assim, incompatível com o princípio, visado nos artigos 135.° e 29.° da Constituição, em virtude do qual as relações jurídicas do trabalhador da função pública devem ser conformes às exigências da administração, e ultrapassa mesmo os limites fixados para a competência legislativa dos *Länder* pelos artigos 70.°, 72.°, 74.°, n.° 12, e 75.°, n.° 1, da Constituição federal, retomados, nomeadamente, pelo artigo 153.° da Constituição do *Land*.

3. as mulheres em profissões qualificadas, em que estejam sub-representadas, nos termos do § 7, n.º 1, da HGlG, no caso de atribuição de lugares de formação, pelo menos metade serão reservados a mulheres, excepto se se tratar de cursos de formação que apenas o Estado oferece;

4. em áreas em que as mulheres estejam sub-representadas, nos termos do § 9, n.º 1, da HGlG, devem ser convocadas para uma entrevista pelo menos tantas mulheres como homens ou todas as candidatas, quando reúnam as condições legais e outras previstas para o preenchimento do lugar ou para a função a prover;

5. no preenchimento de comissões, conselhos consultivos, conselhos de administração e conselhos gerais, bem como em outros órgãos colectivos, devem, nos termos do § 14 da HGlG, pelo menos metade dos seus membros ser mulheres?»

18. O Hessisches Ministerpräsident, o Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, o Reino dos Países Baixos, a República da Finlândia e a Comissão apresentaram observações escritas. Todas as partes intervenientes participaram na fase oral.

Quanto ao mérito

I — *Quanto às acções positivas destinadas a garantir a igualdade de oportunidades às mulheres no mundo do trabalho*

19. O problema suscitado no presente processo consiste em definir o regime das acções positivas destinadas a concretizar a igualdade homens-mulheres no quadro da ordem jurídica comunitária.

20. São consideradas como acções positivas [5] todos os actos, previstos tanto a nível legislativo como administrativo, que criam

5 — Como recordou o advogado-geral G. Tesauro nas suas conclusões apresentadas em 6 de Abril de 1995 no processo Kalanke, já referido na nota 4, a expressão «acções positivas» foi utilizada pela primeira vez no direito dos Estados Unidos onde, de início, as «affirmative actions» constituíram medidas em benefício da população de cor e, em seguida, medidas a favor de etnias minoritárias ou de grupos desfavorecidos, tais como as mulheres. O advogado-geral precisou a seguir: «A acção positiva pode assumir diversas formas. Um primeiro modelo é o que visa obviar não a discriminações em sentido jurídico, mas a uma situação de desvantagem que caracteriza a presença feminina no mercado de trabalho», intervindo, em especial, na orientação e formação profissionais; «um segundo modelo... encontra-se nas acções destinadas a favorecer o equilíbrio entre as responsabilidades familiares e profissionais e uma melhor repartição dessas responsabilidades entre os dois sexos»; essas medidas compreendem as «relacionadas com o ajustamento do horário de trabalho, o desenvolvimento de estruturas para a infância, a reinserção profissional das mulheres que se dedicaram à educação dos filhos, e ainda políticas de previdência social e de compensações fiscais que tenham em conta os encargos familiares»; enfim, «um terceiro modelo é o da acção como remédio para os efeitos, que perduram, de discriminações históricas juridicamente relevantes»; esse modelo inclui os «tratamentos preferenciais a favor das categorias desfavorecidas, em especial mediante regimes de quotas e de *goals*». O sistema de quotas consiste em reservar um certo número de postos para as categorias mais desfavorecidas. Com o sistema de *goals*, pelo contrário, «atribui-se uma pontuação mais elevada aos membros das categorias em causa, mas sem comprometer o direito de cada candidato a concorrer a todos os lugares disponíveis» (n.º 8 e 9). A noção de acção positiva é retomada, actualmente, tanto nos direitos nacionais como em direito comunitário, na Recomendação 84/635.

instrumentos a favor de um grupo específico desfavorecido (por razões naturais ou históricas) a fim de lhe assegurar uma igualdade de oportunidades a nível social. Na matéria que nos ocupa, a saber, a da igualdade de oportunidades das mulheres em relação aos homens no mundo do trabalho, as acções positivas consistem geralmente em programas destinados a facilitar o acesso e a promoção das mulheres. Estas medidas, que têm precisamente um carácter positivo, revestem-se, pelo seu próprio conteúdo, que visa privilegiar uma categoria especial de pessoas, de um carácter discriminatório e são, portanto, manifestamente contrárias ao princípio geral da igualdade. Ninguém ignora que o princípio da proibição das discriminações em razão do sexo, que tem como objectivo a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, atribui a todos os indivíduos um direito fundamental e constitui uma regra fundamental não apenas na ordem jurídica comunitária mas também nos direitos nacionais. A legalidade das acções positivas mede-se, portanto, em princípio, à luz da possibilidade de a conciliar com esse princípio geral.

Ora, enquanto o n.º 1 do artigo 141.º do Tratado e o n.º 1 do artigo 2.º da directiva que é objecto do presente pedido de decisão prejudicial proíbem qualquer discriminação em razão do sexo, o n.º 4 do artigo 141.º CE e o n.º 4 do artigo 2.º da directiva conferem aos Estados-Membros a faculdade de preverem acções positivas com vista a assegurar a igualdade de oportunidades das mulheres no mundo do trabalho. Os Estados-Membros podem, portanto, adoptar medidas que tenham esse objectivo, mesmo que sejam contrárias ao princípio geral da não discriminação e, portanto, mesmo que comportem efeitos desvantajosos para os trabalhadores de sexo masculino. O ponto central da nossa análise consiste, portanto, em determinar dentro de que limites e em que condições as acções positivas nacionais, tais como a do caso em apreço, podem ser julgadas compatíveis com a ordem jurídica comunitária.

21. Recordámos anteriormente que o Tribunal de Justiça já foi chamado a interpretar o n.º 4 do artigo 2.º da directiva [6], precisamente no contexto do princípio geral da não discriminação e, em dois casos, a precisar o seu alcance em relação às acções positivas nacionais. As questões apresentadas ao Tribunal de Justiça no passado, como a que estamos a analisar, referem-se ao conteúdo da faculdade reconhecida aos Estados-Membros de adoptarem essas acções a favor das mulheres. Observamos agora que o Tribunal de Justiça se pronunciou no sentido de que a disposição da directiva, que constitui uma excepção ao princípio geral da não discriminação, deve ser interpretada de modo restritivo: em especial, excluiu a possibilidade de assegurar às mulheres a prioridade absoluta e incondicional nas admissões e nas promoções.

6 — No primeiro acórdão consagrado ao artigo 2.º, n.º 4, da directiva (acórdão de 25 de Outubro de 1988, Comissão/França, 312/86, Colect., p. 6315), o Tribunal de Justiça afirmou que esta disposição contém uma excepção que «[se destina] apenas e precisamente a autorizar medidas que, embora discriminatórias na aparência, têm de facto em vista eliminar ou reduzir as desigualdades de facto que possam existir na realidade da vida social» (n.º 15). Nesse processo, tratava-se de apurar o eventual incumprimento da República Francesa na sequência da falta de transposição da Directiva 76/207. Em sua defesa, o Estado demandado sustentou que, com a alteração do Código do Trabalho, o legislador francês tinha explicitamente previsto a faculdade de atribuir «direitos especiais às mulheres» no quadro dos contratos individuais ou das convenções colectivas de trabalho. O Tribunal de Justiça julgou que estes argumentos eram infundados e afirmou, nomeadamente, que o reconhecimento genérico de direitos especiais não constitui uma acção positiva em virtude do n.º 4 do artigo 2.º da directiva e, portanto, excluiu que esta disposição pudesse constituir a sua base jurídica.

22. Queremos debruçarmo-nos sobre dois pontos essenciais da jurisprudência: a) a possibilidade de as acções positivas em relação às mulheres e, em especial, das que fixam uma percentagem de presença — quota — em cada grau da carreira comportarem a obrigação de recrutar ou de promover candidatos de sexo feminino, isto é, de chegar ao resultado para o qual o instrumento foi adoptado, e b) as condições que um sistema que assegura uma percentagem de presença de mulheres deve respeitar para ser considerado lícito na ordem jurídica comunitária.

23. a) No acórdão Kalanke de 1995 [7], invocado pelos requerentes no processo principal em apoio das suas conclusões e recordado pelo órgão jurisdicional de reenvio na sua questão prejudicial, a acção positiva estava prevista por uma lei do *Land* de Bremen que precisava que, «no recrutamento efectuado para fins que não sejam os de um estágio de formação, incluindo a titularização de um funcionário ou de um juiz, as mulheres com qualificações iguais às dos seus concorrentes masculinos devem ser prioritariamente consideradas nos sectores em que estejam em minoria» e que «as qualificações devem ser apreciadas tendo em vista exclusivamente as exigências da profissão, do lugar a prover ou da carreira». O Tribunal de Justiça julgou que esta regulamentação, ao conceder automaticamente prioridade às mulheres, em caso de qualificações iguais entre candidatos de sexo diferente, nos sectores em que as mulheres não estão suficientemente representadas, não só é contrária ao n.º 1 do artigo 2.º da directiva, na medida em que «implica uma discriminação em razão do sexo» (n.º 16), como não entra no âmbito das acções positivas visadas no n.º 4 do mesmo artigo, na medida em que «uma regulamentação nacional que garante prioridade absoluta e incondicional às mulheres numa nomeação ou promoção vai para além de uma promoção da igualdade de oportunidades e exorbita dos limites da excepção contida no artigo 2.º, n.º 4, da directiva» (n.º 22). O Tribunal de Justiça, além disso, acrescentou que «tal sistema, ao pretender estabelecer uma igualdade de representação das mulheres relativamente aos homens em todos os graus e níveis de um serviço, substitui a promoção da igualdade de oportunidades, prevista no artigo 2.º, n.º 4, pelo resultado a que só a concretização dessa igualdade de oportunidades permitiria chegar» (n.º 23).

O Tribunal de Justiça admitiu, deste modo, as conclusões a que chegara o advogado-geral, segundo o qual «dar igualdade de oportunidades só pode significar... colocar em situação de obter um resultado igual, logo de restabelecer as condições de igualdade à partida entre as pessoas dos dois sexos... Ora», continua o advogado-geral, «que a legislação nacional em discussão não se destina a garantir a igualdade à partida parece-me demasiado evidente. A própria circunstância de dois candidatos de sexo diferente possuírem qualificações equivalentes implica, de facto, e por definição, que ambos tiveram e têm iguais oportunidades: encontram-se, portanto, em condições de igualdade no ponto de partida. A legislação nacional em causa, ao dar preferência às mulheres, visa, portanto, alcançar uma igualdade de resultado, ou melhor, uma igualdade na repartição dos

7 — Já referido na nota 4.

postos de trabalho, em termos apenas numéricos, entre homens e mulheres. Não creio ser esta a finalidade nem a *ratio* do artigo 2.°, n.° 4, da directiva» (n.° 13)[8].

24. Em 1997, no seu acórdão Marschall[9] — proferido após o reenvio da presente questão prejudicial —, o Tribunal de Justiça parece ter permitido que o direito comunitário se abra mais largamente às acções positivas que dão preferência às mulheres. Embora neste acórdão, inspirando-se na jurisprudência anterior, o Tribunal de Justiça tenha partido do princípio de que a falta de carácter radical do instrumento de promoção da igualdade de tratamento — por outras palavras, a flexibilidade das quotas de presença das mulheres — pode permitir conciliar a acção positiva com o princípio da não discriminação e tornar, assim, legítima a medida que tem formalmente um carácter discriminatório, afirmou, contudo, que esta medida podia efectivamente «contribuir para contrabalançar os efeitos prejudiciais que resultam para os candidatos femininos das atitudes e comportamentos já descritos e para reduzir, assim, as desigualdades de facto que possam existir na realidade da vida social» (n.° 31).

Que nos seja permitido recordar brevemente este processo. A lei alemã cuja compatibilidade com os n.os 1 e 4 do artigo 2.° da directiva era contestada era o estatuto do pessoal do *Land* da Renânia do Norte-Vestefália, que prevê que os candidatos de sexo feminino devem ser promovidos prioritariamente, em caso de igualdade de capacidade, de competência e de prestações profissionais, quando forem em número inferior ao homens ao nível do posto em causa na carreira. A lei prevê, aliás, uma derrogação à aplicação da acção de promoção no sentido de o empregador poder deixar de respeitar esta disposição «por razões inerentes à pessoa de um candidato». Relativamente à presença desta disposição derrogatória, o Tribunal de Justiça decidiu que o sistema era suficientemente flexível, isto é, que não tinha o automatismo que caracterizava a lei de Bremen analisada no acórdão Kalanke e, portanto, decidiu que a Directiva 76/207 relativa à igualdade de oportunidades não se opunha às medidas adoptadas pelo *Land* da Renânia do Norte-Vestefália. Lê-se no dispositivo: «O artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva... não se opõe a uma norma nacional que obriga, em situação de igualdade de qualificações dos candidatos de sexo diferente quanto à sua aptidão, à sua competência e às suas prestações profissionais, a promover prioritariamente os candidatos femininos nos sectores de actividade do serviço público onde as mulheres são menos numerosas que os homens ao nível do posto considerado, excepto se predominarem razões inerentes à pessoa do candidato masculino que justifiquem a

8 — Em apoio desta reflexão, o advogado-geral recorda que, no acórdão Comissão/França, já referido, o Tribunal de Justiça decidiu que o artigo 2.°, n.° 4, autoriza os tratamentos que são só *aparentemente discriminatórios*, e que isto confirma que o objectivo é o da igualdade substancial, mas confirma também que «esse objectivo só pode ser alcançado com medidas que visam atingir um estatuto efectivo de igualdade de oportunidades, com a consequência de apenas serem permitidas as desigualdades necessárias para eliminar os obstáculos ou disparidades que impedem as mulheres de alcançarem, em condições de igualdade, os mesmos resultados que os homens. É pois unicamente nesta óptica, com efeito, que as medidas específicas destinadas às mulheres são só aparentemente discriminatórias; e é o único meio de se chegar a uma real e efectiva igualdade substancial» (n.° 15). Portanto, «o artigo 2.°, n.° 4, da directiva permite unicamente eliminar as disparidades de facto que atingem as mulheres, mas de modo algum através da pura e simples discriminação inversa, isto é, com medidas que não se destinem à eliminação dos obstáculos que impedem as mulheres de alcançar em condições de igualdade os mesmos resultados, mas que visam atribuir-lhes directamente os próprios resultados, ou pelo menos conceder-lhes prioridade para os atingirem, *unicamente porque são mulheres*» (n.° 22).

9 — Acórdão de 11 de Novembro de 1997 (C-409/95, Colect., p. I-6363).

sua preferência, desde que: — a norma garanta, em cada caso individual, aos candidatos masculinos com qualificação igual à dos candidatos femininos que as candidaturas são objecto de uma apreciação objectiva que tenha em conta todos os critérios relativos à pessoa dos candidatos e afaste a prioridade absoluta concedida aos candidatos femininos, quando um ou vários desses critérios derem preferência ao candidato masculino, e — estes critérios não sejam discriminatórios relativamente aos candidatos femininos» [10].

25. Ora, embora se baseie, como salientam as demandantes no processo principal, na fundamentação do primeiro acórdão, o Tribunal de Justiça afirma que o n.º 4 do artigo 2.º da directiva, que, recordêmo-lo mais uma vez, permite aos Estados-Membros adoptar acções positivas a favor das mulheres, engloba as regulamentações nacionais que dão essa preferência na admissão e na promoção, salvo se essa preferência for «absoluta e incondicional», na medida em que estas regulamentações assegurariam de modo automático a realização do objectivo da acção — que consiste precisamente na admissão ou na promoção —, objectivo que, assim, perderia a sua natureza de objectivo e acabaria por substituir o objecto da própria acção positiva.

26. Esta jurisprudência suscita da nossa parte uma reflexão geral sobre o conteúdo de que se reveste, actualmente, a noção de igualdade de oportunidades e, em especial, de acção positiva em direito comunitário. Como se sabe, esta noção pode ser diferente de uma ordem jurídica para outra e presta-se a uma adaptação constante às exigências da realidade social, revestindo-se assim, ao longo do tempo, de acepções diferentes, mesmo no seio da mesma ordem jurídica.

Ora, se analisarmos a recente alteração do texto do Tratado CE na parte relativa à igualdade de oportunidades e, em especial, às acções positivas (o n.º 4 do artigo 141.º refere-se agora explicitamente às acções positivas adoptadas a nível nacional «que prevejam regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma actividade profissional pelas pessoas do sexo sub-representado, ou a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional») e se considerarmos a vontade expressa

10 — O acórdão não segue, portanto, a interpretação da directiva proposta pelo advogado-geral. Com efeito, este entende que «resulta claramente da redacção do artigo 2.º, n.º 4, e da interpretação feita pelo Tribunal de Justiça» (no acórdão Kalanke) «que esta disposição se refere à promoção da igualdade de oportunidades, e não à imposição da igualdade de representação, e que os Estados-Membros conservam o poder de adoptar medidas que, sendo aparentemente discriminatórias, visam de facto eliminar os obstáculos específicos ou as desvantagens com que se confrontam as mulheres no mercado de emprego para promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres e, deste modo, melhorar a representação das mulheres no local de trabalho. O princípio da proporcionalidade exige, no entanto, que essas medidas sejam sempre adequadas e necessárias para atingir os seus objectivos». No entender do advogado-geral, «uma medida expressamente dirigida a um único sexo não é proporcionada, face ao objectivo de eliminar as desigualdades específicas que afectam as mulheres na prática e de promover a igualdade de oportunidades, se uma medida neutra, aberta aos dois sexos, permite atingir o mesmo resultado» (n.ºs 42 e 43).

recorrentemente pelas instituições comunitárias a propósito da realização desse objectivo [11], podemos questionar se convém concluir no sentido de que uma interpretação restritiva do n.º 4 do artigo 2.º da directiva, que limitaria de modo excessivo a adopção de sistemas que prevêem quotas-parte de presença feminina entre as acções positivas previstas por esta disposição, não seria incoerente na evolução do direito comunitário na matéria. Em nossa opinião, à luz do teor literal das disposições já referidas relativas às medidas nacionais destinadas a garantir a igualdade de oportunidades às pessoas que são desfavorecidas em razão da sua pertença a um sexo e dado o objectivo e o objecto que, actualmente, são atribuídos às acções positivas a favor das mulheres nas diferentes ordens jurídicas nacionais, não se pode, em princípio, considerar que medidas nacionais que impliquem a admissão ou a promoção efectivas dos candidatos de sexo feminino estejam excluídas do direito comunitário.

Acrescentaremos a estas considerações que, no caso de se verificar, como já indicámos anteriormente, que a licitude deste tipo de medidas se funda na possibilidade de conciliar a acção positiva com o princípio geral da não discriminação, também é verdade que, como uma parte da doutrina tem iterativamente afirmado, o princípio da não discriminação, destinado a assegurar — no que diz respeito ao caso em apreço — a igualdade de tratamento dos trabalhadores e o princípio da igualdade de oportunidades, fundamento da acção positiva, que visa assegurar a igualdade efectiva, substancial e formal, não são completamente antagónicos: com efeito, se a igualdade substancial se realiza através de medidas que, pelo seu objecto, se revestem de um carácter discriminatório, ela prossegue, na realidade, o mesmo objectivo que o primeiro princípio, mas com uma dimensão suplementar, no sentido de que o legislador se encarrega de corrigir uma situação de dificuldade real de certas camadas da população, dificuldade a que estas não poderiam fazer face respeitando o princípio geral da não discriminação. Se seguirmos esta linha de raciocínio, podemos assim chegar a duvidar de que a igualdade substancial constitui a excepção em relação à igualdade formal e, por outras palavras, que a norma sobre a qual se funda a acção positiva — neste caso, o n.º 4 do artigo 141.º CE e o n.º 4 do artigo 2.º da directiva — se revista de um carácter excepcional e seja, portanto, de interpretação estrita.

11 — Além da recomendação do Conselho de 1984, referida na primeira parte das presentes conclusões, recordamos que, na sequência do acórdão Kalanke, a Comissão apresentou uma comunicação relativa à interpretação desse acórdão, em que concluí: «A Comissão considera que o Tribunal de Justiça apenas condenou a característica particular da legislação de Bremen que consiste na automaticidade da medida, dando às mulheres um direito absoluto e incondicional em matéria de nomeação ou de promoção. Por conseguinte, do ponto de vista da Comissão, o único tipo de regime de quotas ilegal é o regime totalmente rígido e que não deixa a mínima possibilidade de tomar em consideração circunstâncias individuais. Os Estados-Membros e os empregadores são, portanto, livres de recorrer a todas as demais formas de acção positiva, incluindo as quotas flexíveis» [documento COM(96) 88]. A Comissão, além disso, propôs a substituição do n.º 4 do artigo 2.º da directiva pelo seguinte texto: «A presente directiva não prejudica medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular as que corrijam as desigualdades existentes que afectam as oportunidades do sexo que se encontra em minoria nos domínios referidos no n.º 1 do artigo 1.º Entre as medidas possíveis incluem-se a concessão de preferência, no tocante ao emprego ou à promoção, a indivíduos que se encontram em minoria, na condição de que tais medidas não excluam a tomada em consideração das circunstâncias particulares de cada caso» (JO 1996, C 179, p. 8). Finalmente, no quadro da sua resolução sobre o primeiro relatório trienal da Comissão sobre a coesão económica e social, o Parlamento Europeu declarou que a «igualdade efectiva entre os sexos constitui um elemento essencial da coesão económica e social, e exorta portanto a Comissão a equacionar a possibilidade de elaborar um programa de iniciativa comunitário que refira, promova e teste modalidades operacionais no âmbito da programação e da gestão dos Fundos, a fim de superar a referida discrepância» (acta da sessão de 19 de Novembro de.1997, JO C 371 de 8 de Dezembro de 1997, p. 89).

27. Por conseguinte, entendemos que nada obsta, a nível comunitário, a que o legislador nacional, na hipótese de o grupo que beneficia da acção, constituído por mulheres, ser confrontado com situações especialmente difíceis e de a simples garantia do respeito da igualdade de oportunidades pelos órgãos do Estado e, portanto, do princípio (negativo) da não discriminação não proteger adequadamente a situação do grupo, possa adoptar medidas positivas que impliquem, de facto, uma vantagem para o referido grupo, do ponto de vista social. Essas medidas não visam apenas assegurar uma igualdade de oportunidades à partida, criando as condições que lhes permitam concorrer devidamente a qualquer emprego: visam permitir também a sua inserção social, assegurando-lhes uma preferência efectiva nas admissões e nas promoções.

28. Salientaremos enfim que, se a necessidade de conciliar o princípio geral da não discriminação e as acções positivas a favor das mulheres devesse implicar pura e simplesmente a ilicitude de qualquer acção positiva que previsse a realização de um resultado efectivo, tal como o recrutamento, isso reduziria muito o alcance das acções, esvaziando-as do seu conteúdo e equparando-as às de natureza auxiliar, que nem sempre constituem correctivos eficazes para as desigualdades sociais.

29. b) Passamos assim ao segundo ponto da nossa reflexão e, portanto, às condições em que uma medida que prevê uma obrigação de preferência a favor dos candidatos de sexo feminino e que fixa, além disso, uma quota-parte de presença de mulheres — uma quota — em sectores especiais ou graus de carreira pode ser considerada lícita na ordem comunitária. Observaremos, a título liminar, que, se, como acabámos de salientar, os dois princípios, da igualdade formal e da igualdade substancial, não são antagónicos, mas sim complementares, existem, no entanto, situações de fricção que devem ser apreciadas pelas autoridades judiciais e que, em princípio, acarretam a ilicitude da medida positiva — a favor de um grupo específico — que seja contrária ao princípio geral da não discriminação. Do nosso ponto de vista, as situações de conflitos reais apresentam-se essencialmente em dois casos: quando a medida de correcção, no caso em apreço, a acção positiva a favor das mulheres, é uma medida arbitrária no seu conteúdo, no sentido de afectar de modo excessivo o direito das pessoas que não pertencem ao grupo a que é destinada, ou quando é desproporcionada em relação às exigências reais do grupo desfavorecido, isto é, quando a realidade social não justifica a adopção do instrumento correctivo. Daí resulta que a apreciação da sua licitude deverá ter em conta não apenas o resultado efectivo da acção, isto é, as posições subjectivas adquiridas pelo grupo destinatário da medida, mas também o conteúdo específico da medida adoptada, em função da necessidade real desta mesma medida: esta apreciação implica, como sugeriu a justo título o Governo neerlandês, a análise da proporcionalidade entre a situação efectiva do grupo, destinatário da acção, e os efeitos desta.

30. Recordamos, portanto, a este respeito, os critérios de apreciação em que o Tribu-

nal de Justiça se baseou na jurisprudência já referida relativa às acções positivas. No acórdão Kalanke, o Tribunal de Justiça decidiu que a acção positiva do *Land* de Bremen era ilegal, por ter considerado que o sistema de quotas que ela instituía era automático. A lei previa que, para «qualificação igual», era o candidato de sexo feminino que devia ser promovido, isto é, previa a promoção das mulheres de *qualificação igual entre candidatos de sexo diferente*. Neste sistema, segundo pensamos, o sexo do candidato só era tido em conta na fase final da escolha, desde que a classificação das pessoas susceptíveis de serem promovidas fosse estabelecido abstraindo do sexo destas. Não se podia, sem dúvida, descrever o sistema como completamente automático porque, como já vimos, a classificação era estabelecida sem ter em conta o sexo do candidato [12]. Assim sendo, não se pode excluir que esta medida pudesse favorecer de modo excessivo os candidatos de sexo feminino, na medida em que a obrigação de conceder prioridade às mulheres, redigida em termos rígidos, poderia tornar a escolha de um candidato de sexo masculino extremamente difícil para o empregador.

31. No acórdão Marschall, em contrapartida, o Tribunal de Justiça considerou que o sistema instituído pela lei do *Land* da Renânia do Norte-Vestália não era automático e que, portanto, era lícito, na medida em que previa que o empregador podia não respeitar a obrigação de conceder prioridade às mulheres em presença de «razões inerentes à pessoa de um candidato masculino». O Tribunal de Justiça concluiu, assim, no sentido de que o direito comunitário «não se opõe a uma norma nacional que obriga, em situação de igualdade de qualificações dos candidatos de sexo diferente quanto à sua aptidão, à sua competência e às suas prestações profissionais, a promover prioritariamente os candidatos femininos... excepto se predominarem razões específicas de um candidato masculino que justifiquem a sua preferência». Esta cláusula de exclusão está sujeita a duas condições, a saber: a) que «garanta, em cada caso individual, aos candidatos masculinos com qualificação igual à dos candidatos femininos que as candidaturas são objecto de uma apreciação objectiva que tenha em conta todos os critérios relativos à pessoa dos candidatos e afaste a prioridade absoluta concedida aos candidatos femininos, quando um ou vários desses critérios derem preferência ao candidato masculino» e b) que «estes critérios não sejam discriminatórios relativamente aos candidatos femininos». O Tribunal de Justiça decidiu, portanto, que a existência desta cláusula obrigava o empregador a efectuar *uma análise objectiva das candidaturas*, a saber, uma análise que tenha em conta todos os elementos relativos ao perfil pessoal e profissional dos candidatos. Daí resulta que esta cláusula permite ao empregador seleccionar os candidatos de modo autónomo, em função das situações concretas ou, melhor, que esta cláusula, não obstante a obrigação de dar prioridade às mulheres, permite ter em conta, tanto para os candidatos de sexo feminino como para os de sexo masculino, interesses ou situa-

12 — Aderimos, assim, ao ponto de vista formulado pelo advogado-geral nas suas conclusões no acórdão Marschall, segundo o qual «a regulamentação nacional em causa no acórdão Kalanke não era, de facto, nem absoluta nem incondicional: o Tribunal de Justiça salientou a nota do órgão jurisdicional nacional de que esta regulamentação devia ser interpretada 'no sentido de que embora, em princípio, deva dar-se prioridade à mulher em caso de promoções, a equidade deve, contudo, levar a introduzir excepções a este privilégio, caso seja necessário'. Esta interpretação assentava na ideia de que, caso contrário, existiria uma incompatibilidade entre a legislação nacional e os n.os 2 e 3 do artigo 3.° da lei fundamental alemã, que estipulavam, respectivamente, na época dos factos, que os homens e as mulheres devem ter os mesmos direitos sendo proibida qualquer discriminação em razão do sexo. Tendo o Tribunal de Justiça reconhecido, no acórdão Kalanke, que a regulamentação em causa continha certas excepções, é nesta perspectiva que se deve ler a fórmula relativa à prioridade 'automática' que consta desse acórdão» (n.° 28 das conclusões).

ções especiais, que continuam a ser pertinentes mesmo na preferência concedida às mulheres. O Tribunal de Justiça também precisou que esta cláusula não deve ser aplicada de modo discriminatório, em detrimento dos candidatos de sexo feminino.

O Governo da Renânia do Norte-Vestefália, convidado a precisar no decurso do processo, concretamente, as «razões inerentes à pessoa de um candidato masculino», em função das quais um candidato de sexo masculino era eventualmente preferido, declarou que estes motivos compreendiam critérios secundários de selecção, tais como a «antiguidade de serviço e motivos sociais», como a circunstância de o candidato ter encargos familiares [13]. Decorre desta resposta que os elementos a que a lei se refere tanto podem dizer respeito às «qualificações», isto é, ao perfil profissional dos candidatos, como a situações alheias às aptidões do candidato para realizar as suas tarefas no quadro da relação de emprego. Pode tratar-se de situações desvantajosas que, como as que estão na base da acção correctiva a favor das mulheres, precisem de uma protecção especial.

Em nossa opinião, o que o Tribunal de Justiça qualificou como «cláusula de abertura» reveste-se, no quadro do acórdão, de um alcance central: graças a esta cláusula, evita-se que a obrigação de dar prioridade, garantida aos candidatos de sexo feminino, comprometa a avaliação dos outros candidatos, atenuando o seu efeito discriminatório a respeito destes. Segundo o Tribunal de Justiça, com efeito, um sistema de quotas é suficientemente flexível e pode, portanto, inserir-se dentro dos limites do n.º 4 do artigo 2.º da directiva, se a acção positiva não excluir que o empregador, em face de circunstâncias subjectivas e/ou objectivas relativas ao perfil dos candidatos, em especial dos candidatos de sexo masculino, possa subtrair-se à obrigação de contratar uma mulher igualmente qualificada. O recurso a estas circunstâncias, no entanto, não pode ter efeitos discriminatórios na selecção das mulheres [14]. Assim, o «critério da antiguidade de serviço» que, de qualquer modo, diz respeito à avaliação da aptidão dos candidatos, não deve ser aplicado de maneira a criar uma discriminação em detrimento dos candidatos de sexo feminino.

32. Esta jurisprudência permite, segundo pensamos, concluir que uma acção de promoção das mulheres no mundo do trabalho, que prevê uma obrigação de dar prioridade ao candidatos de sexo feminino e institui, portanto, quotas de presença feminina na função pública e no sector privado, é considerada lícita do ponto de vista da ordem jurídica comunitária quando permita ao empregador escolher o candidato com o perfil profissional mais adequado. Além disso, a acção positiva a

13 — V., sobre este ponto, as conclusões do advogado-geral no processo Marschall, já referido na nota 9, em especial, o n.º 8.

14 — Também quanto a este ponto, o advogado-geral chega a uma conclusão que se afasta do ponto de vista do Tribunal de Justiça: baseia-se não tanto numa interpretação diferente da regulamentação comunitária como numa interpretação diferente da cláusula de abertura. Com efeito, o advogado-geral sublinha que, como resulta das observações apresentadas pelo *Land*, a cláusula de abertura permite seguir, nos processos de selecção, certos «critérios secundários tradicionais», ou seja, os critérios que, segundo esse mesmo governo, favoreceram os candidatos de sexo masculino. O advogado-geral conclui então que, «se uma norma absoluta de prioridade das mulheres em razão do sexo é ilegal, *a fortiori* deve considerar-se ilegal uma norma condicional que confere prioridade, seja às mulheres pelo facto de pertencerem ao sexo feminino, seja aos homens com base em critérios cujo carácter discriminatório se admite» (n.º 36).

favor das mulheres não deve alterar em caso algum o juízo feito sobre o mérito e as qualificações dos candidatos de sexo masculino. Para este fim, por um lado, o sexo deve constituir um critério complementar para definir o perfil dos candidatos, critério esse que deve concorrer com os critérios em que se baseia, regra geral, a apreciação global destes, e, por outro lado, a obrigação de dar prioridade às mulheres não deve implicar que se deixem de ter em conta, na avaliação dos candidatos que não beneficiam da acção positiva, as situações especiais de ordem pessoal que, embora estranhas à avaliação do perfil profissional dos candidatos, podem ser um indicador de situações sociais com a mesma importância das que as mulheres devem normalmente enfrentar.

A isto acresce que, como já demos a entender, o juízo sobre a legalidade da medida implica também necessariamente que se tenha em conta a situação global que tornou necessária a medida de reequilíbrio. A eventual desproporção entre a medida de reequilíbrio e o contexto social em que opera (pensamos, por exemplo, numa diferença não significativa nas quotas-parte de presença das mulheres e dos homens numa empresa ou num sector público) pode fazer desaparecer as condições que legitimam a acção positiva, condições necessariamente ligadas a elementos de facto. Compete ao órgão jurisdicional nacional decidir se estas condições estão preenchidas quando lhe é submetido um litígio em que apenas é atacado o recrutamento ou a promoção e em que, portanto, é contestada a existência da obrigação de preferência. Se o próprio fundamento tiver por objecto a legalidade da medida de reequilíbrio no seu conjunto, independentemente da sua aplicação a um ou outro caso — pensamos, por exemplo, no presente reenvio prejudicial —, compete ao Tribunal Constitucional determinar, em termos abstractos ou gerais, as condições que devem ser preenchidas para legitimar as medidas de reequilíbrio.

II — *Quanto à legislação do* Land *de Hesse*

Depois de ter desenvolvido estas considerações gerais sobre a admissibilidade, em direito comunitário, das acções positivas destinadas a assegurar a igualdade entre homens e mulheres no mundo do trabalho, analisemos a legislação do *Land* de Hesse cuja compatibilidade com o direito comunitário e, em especial, com os n.os 1 e 2 do artigo 2.º da directiva é contestada.

Quanto ao ponto 1 da questão prejudicial: a obrigação de dar prioridade às mulheres e os critérios de apreciação dos candidatos

33. O ponto 1 da questão prejudicial, que se reveste de um carácter central no caso em apreço, diz respeito a dois aspectos complementares e, mais precisamente, por um lado, às condições em que a administração tem obrigação de aplicar um plano de promoção para as mulheres (§ 3, n.os 1 e 2, da HGlG) bem como às finalidades e ao conteúdo desse plano (§ 5, n.os 3 e 4, da HGlG) e, por outro lado, às modalidades segundo as quais se deve efectuar a avaliação dos candidatos (§ 10 da HGlG).

34. Quanto primeiro aspecto e, em especial, às condições que impõem a adopção e a aplicação de acções positivas, observamos, a título preliminar, que a lei em causa retoma as linhas gerais das outras regulamentações alemãs que foram objecto de questões prejudiciais que já recordámos. Resulta, com efeito, das disposições combinadas do § 3, n.os 1 e 2, que, quando estejam empregadas menos mulheres do que homens «num grupo salarial, num grupo de remuneração ou num grupo de vencimento de uma carreira», a administração deve adoptar um plano de promoção.

Este plano aplica-se por um período máximo de dois anos (§ 5, n.º 3). Se, no fim deste período, o seu objectivo não tiver sido atingido, cada admissão ou promoção posterior de um candidato de sexo masculino será subordinada à aprovação do serviço que adoptou o plano de promoção, até ao momento em que, no contexto considerado, se chegue a uma presença igual de trabalhadores dos dois sexos (§ 10, n.º 4). Apesar do carácter transitório do plano de promoção, é, assim, evidente que a obrigação de preferência não desaparece no termo dos dois anos, mas apenas quando for atingida a percentagem de 50% de presença feminina em cada um dos sectores e em cada um dos graus da carreira.

35. Perante uma situação de desigualdade, o § 3, n.º 1, precisa que a administração deve adoptar um plano de promoção e outras medidas destinadas a assegurar a igualdade entre homens e mulheres na função pública, a eliminar a sub-representação das mulheres e a suprimir também as discriminações em razão do sexo e do estado civil. Em virtude do § 5, n.º 4, da lei, mais de metade dos lugares devem, em princípio, ser destinados a candidatos de sexo feminino no quadro de cada plano de promoção. Esta obrigação da administração desaparece em circunstâncias específicas expressamente previstas na lei, designadamente nos seguintes casos: a) quando a pertença a um sexo seja uma condição indispensável ao exercício de uma actividade determinada; b) quando se provar com verosimilhança que não é possível atingir um número suficiente de mulheres, e c) no caso de promoções sem atribuição de lugar em áreas em que as mulheres estão sub-representadas; neste último caso, prevê-se uma quota de mulheres pelo menos igual à quota das mulheres no grupo de vencimentos imediatamente inferior. Além disso, o mesmo parágrafo precisa que, «quando forem previstas medidas de economia de pessoal de que resultem o congelamento de lugares ou a sua diminuição, é garantido através do plano de promoção das mulheres que a quota das mulheres nas áreas afectadas permaneça pelo menos igual».

Quando ao segundo aspecto, relativo aos critérios de avaliação dos candidatos, o § 10, n.os 1 a 3, desta lei prevê que «devem ter-se em consideração a capacidade, a competência e as prestações especializadas (qualificação) de cada um dos pretendentes ao lugar a preencher ou do serviço em causa» e que, nesta avaliação, a administração deve utilizar critérios específicos de apreciação: em primeiro lugar, importa «ter... em conta as capacidades e a experi-

ência que se obtêm através do cuidado com as crianças ou com as pessoas que necessitam de cuidados no âmbito do lar... isto aplica-se mesmo quando o trabalho em família é prestado além do trabalho profissional»; em segundo lugar, «a antiguidade no serviço, a idade e a data da última promoção só devem ser tidas em consideração na medida em que forem relevantes para a capacidade de prestação e competência das candidatas e dos candidatos»; em terceiro lugar, «o estado civil ou o rendimento do companheiro ou da companheira» não devem ser tidos em consideração para avaliar o candidato; por fim, não devem influenciar negativamente a apreciação dos candidatos as «ocupações a tempo parcial, períodos de férias ou suspensões em caso de termo da formação em razão de crianças ou de parentes que necessitam de cuidados por recomendação médica».

36. Todas as partes intervenientes no processo, à excepção da demandante no processo principal e do Landesanwalt bei dem Staatsgerichtshof des Landes Hessen, interpretam a lei alemã no sentido de que não institui, ao contrário da lei do *Land* de Bremen que é objecto do processo Kalanke, um sistema rígido que reserve quotas às mulheres, e entendem, portanto, que a referida lei é compatível com a Directiva 76/207 e entra no âmbito das acções visadas no n.º 4 do artigo 2.º

No despacho de reenvio e, em especial, na formulação do ponto 1 da questão prejudicial, o órgão jurisdicional nacional interpreta a lei alemã no sentido de que a obrigação de dar prioridade às mulheres está, designadamente, subordinada ao princípio, inscrito na Constituição federal, da «selecção dos melhores» e apenas subsiste se «nenhum fundamento de maior importância, no plano jurídico, se lhe opuser», isto é, unicamente se não houver violação de um princípio constitucional. O próprio Governo do *Land*, ao responder a uma questão do Tribunal de Justiça sobre o sentido da expressão «se nenhum fundamento de maior importância, no plano jurídico, se lhe opuser», salientou que a prioridade assegurada aos candidatos de sexo feminino constitui um critério de selecção de carácter secundário, no sentido de estar subordinado a um outro critério de carácter prioritário, previsto pela Constituição do *Land*, em virtude do qual deve ser seleccionado, em qualquer hipótese, o candidato mais competente. Por outras palavras, é apenas em presença de vários candidatos considerados igualmente competentes em termos de capacidade profissional que o critério do sexo se aplica. O Governo do *Land* deduz daí que o programa de promoção apenas comporta uma indicação geral e não uma obrigação de a administração assegurar prioridade às mulheres com base apenas no sexo. A única circunstância em que se impõe conceder prioridade aos candidatos de sexo feminino seria a de um «caso-limite», isto é, na hipótese de o desrespeito pela administração da obrigação de atingir o objectivo de 50% de presença feminina implicar que o plano de promoção não seja realizado. O Governo do *Land* entende, portanto, que não é obrigatório — senão em casos específicos e sem dúvida muito raros — executar a acção positiva. O plano de promoção não concede, portanto, nenhum direito aos particulares, mas contém apenas uma indicação de princípio para as autoridades administrativas.

37. Esta interpretação da lei alemã não nos parece traduzir integralmente o sentido da legislação. Com efeito, à luz da letra da lei, tal como é interpretada no despacho de reenvio, a administração é obrigada, em caso de sub-representação, não só a adoptar um plano de promoção das mulheres (§ 3, n.° 1, da lei), e não pode, até à adopção desse plano, proceder a nenhuma admissão (§ 10, n.° 5), mas também é obrigada a atribuir-lhes mais de metade dos lugares a ocupar (§ 5, n.° 4) até a percentagem de mulheres ser igual à dos homens. Além disso, ao contrário da lei analisada no acórdão Marschall, salientamos que a lei em apreço não contém nenhuma cláusula de abertura, isto é, não prevê que se possa desrespeitar a obrigação de prioridade por «razões superiores». A lei em causa prevê apenas derrogações com um âmbito de aplicação limitado, na hipótese de a pertença a um sexo ser uma condição do exercício de um trabalho específico, na hipótese de ser impossível atingir um número suficiente de mulheres e, finalmente, em caso de promoção sem atribuição de lugar.

Como salienta o órgão jurisdicional de reenvio e como observa, aliás, o Governo alemão, não existe, no entanto, nenhuma obrigação específica de dar prioridade aos candidatos de sexo feminino, no sentido de que a lei não prevê que a administração seja obrigada, em qualquer hipótese ou em caso de qualificações iguais, a admitir ou a promover os candidatos de sexo feminino. O § 10 prevê expressamente, com efeito, que seja dada prioridade aos candidatos com qualificações e capacidades superiores. Não proíbe que seja dada prioridade ao candidato de sexo masculino na hipótese de ser mais competente para ocupar o lugar; nem retoma a ficção da condição de igualdade de qualificações para que se aplique a obrigação de prioridade. O sistema institui apenas um mecanismo destinado a facilitar a inserção e a carreira das mulheres, permitindo-lhes, nomeadamente, não serem penalizadas pelo trabalho prestado no seio da família. Este mecanismo encontra-se no dispositivo do § 10 da HGlG, que enuncia os critérios específicos destinados a favorecer a apreciação dos candidatos de sexo feminino: por um lado, ao prever que, na apreciação dos candidatos, há que ter em consideração a experiência adquirida no cumprimento das tarefas domésticas, quando estas estiverem relacionadas com as tarefas inerentes ao lugar a ocupar e que, simultaneamente, convém não ter em conta as faltas ao trabalho justificadas por razões familiares e, por outro lado, ao limitar a incidência da antiguidade de serviço que, regra geral, é adquirida mais facilmente pelos trabalhadores de sexo masculino.

38. Tendo em conta as observações precedentes quanto à admissibilidade das acções

positivas nacionais em direito comunitário, entendemos, portanto, que pode ser considerada compatível com o direito comunitário uma acção positiva nacional, como a do caso em apreço, que é caracterizada por uma obrigação de a administração adoptar um plano de promoção das mulheres, tendente a corrigir uma situação de sub-representação nos sectores ou graus de carreira, e que prevê uma obrigação de facilitar a admissão e a carreira das trabalhadoras, desde que essa medida não proíba que os candidatos de sexo masculino concorram a um lugar e que não imponha uma quota fixa de presença feminina, abstraindo da competência dos candidatos para o lugar específico a atribuir.

Quanto ao ponto 2 da questão prejudicial: o sector científico

39. O segundo aspecto da lei alemã sobre o qual o órgão jurisdicional de reenvio pede ao Tribunal de Justiça que se pronuncie diz respeito à compatibilidade com os n.os 2 e 4 do artigo 2.º da directiva, do § 5, n.º 7, da HGlG, na medida em que este dispõe que os objectivos vinculativos do plano de promoção das mulheres para os lugares temporários dos serviços científicos e para os auxiliares científicos devem prever uma percentagem mínima de pessoal feminino correspondente pelo menos ao que elas representam entre os licenciados, os doutorados e os estudantes de cada especialidade. Mais precisamente, o § 5, n.º 7, dispõe que: «os lugares do serviço científico que, de acordo com... da Hochschulrahmengesetz (lei-quadro do ensino superior), devem ser limitados no tempo devem ser ocupados pelo menos com a quota de mulheres que corresponde à quota que existe em cada especialidade entre as licenciadas e os licenciados. Os lugares do serviço científico que, segundo o § 48 da Hochschulrahmengesetz, devem ser ocupados com limitação no tempo devem ser ocupados pelo menos com a quota de mulheres que em cada especialidade forem doutoradas. Os lugares para emprego de assistentes sem estudos concluídos devem ser preenchidos pelo menos com a quota para mulheres que existe entre os estudantes de cada uma das especialidades».

O Governo do *Land* observou que, neste quadro, as mulheres estão particularmente sub-representadas porque, regra geral, os lugares de trabalho são temporários e porque o avanço na carreira está subordinado à aquisição de títulos suplementares. O objecto do plano é facilitar o acesso das mulheres, já presentes no sector, a lugares de carácter permanente que são os do ensino superior.

Resulta claramente da redacção do § 5, n.º 7, que, no sector científico, o objectivo de presença feminina pode também ser inferior a 50%, isto é, ao limite fixado para todos os outros sectores, uma vez que, para o sector científico, este limite é fixado de modo diferente que o limite geral, isto é, por referência ao número de pessoas que tenham adquirido formação profissional adequada. A disposição prevê, com efeito, que a percentagem seja igual à dos titulares de uma licenciatura ou de um doutora-

mento ou que, simplesmente, sigam cursos universitários. É evidente que, se o regime geral, que tende a assegurar uma presença feminina igual a 50% dos efectivos ocupados num determinado sector, for considerado compatível com o direito comunitário, há que admitir, *a fortiori*, que o regime especial em causa também é legal.

Outra interpretação, que reconhecesse a aplicabilidade do limite máximo de 50% também ao sector científico, privaria o regime especial de relevância prática. No entanto, há que considerar que a contradição entre o regime geral e o regime próprio do sector científico é, na realidade, meramente aparente, pois os licenciados interessados nos lugares do sector científico são os que receberam uma formação apropriada: prever a colocação de um dado número de mulheres, correspondente ao das pessoas que receberam a formação necessária, resume-se, portanto, a utilizar como parâmetro quantitativo um dado real para instituir no seio deste a preferência pelas mulheres.

Importa observar que os termos em que é expressa a obrigação de preferência para o sector científico (§ 5, n.° 7) são diferentes dos que figuram na disposição geral (§ 5, n.° 4). Lê-se, com efeito, que os lugares do serviço científico «devem ser ocupados» pelas mulheres, enquanto os dos outros sectores da administração devem ser «destinados» às mulheres. O órgão jurisdicional de reenvio salientou, a este propósito, que esta disposição não tem um «significado autónomo», no sentido de que não diz directamente respeito às decisões de atribuição de lugares. A diferença entre a disposição geral e a disposição especial é de ordem puramente terminológica. Com efeito, não se justifica nem seria coerente interpretar a disposição do § 5, n.° 7, no sentido de subtrair o sector científico do regime geral relativo à selecção dos candidatos, fixado pelo § 10 da lei. Se, de qualquer maneira, se admitisse que o § 5, n.° 7, indica uma percentagem fixa de contratos de trabalho que devem ser atribuídos às mulheres, abstraindo da avaliação de todos os trabalhadores interessados, a disposição concretizaria uma acção positiva que seria — como já observámos anteriormente — estranha à lógica do n.° 4 do artigo 141.° CE e do n.° 4 do artigo 2.° da directiva.

Quanto ao ponto 3 da questão prejudicial: os programas de formação

40. O terceiro aspecto da lei que deve ser analisado decorre da disposição contida no § 7 da HGlG, que precisa que, no quadro dos programas de formação, deve reservar-se, pelo menos, metade dos lugares de formação para as mulheres em caso de estarem sub-representadas. As mulheres devem ser informadas sobre os lugares disponíveis e incentivadas a apresentar a

sua candidatura. Na hipótese de, apesar deste convite, não ser atingido um número suficiente de candidaturas femininas, mais de metade dos lugares disponíveis podem ser também atribuídos a homens.

O objectivo da disposição e a natureza da medida de reequilíbrio distinguem-se do regime geral: a disposição visa manifestamente atingir um resultado em termos numéricos, mas este resultado é bem diferente do prosseguido pelo regime geral, porque não são os lugares de trabalho que são reservados às mulheres, mas os lugares de formação em vista de um acesso ulterior a profissões qualificadas. Tratando-se de meios destinados a atingir este objectivo, os serviços administrativos têm obrigação de tomar medidas a fim de informar as mulheres sobre os lugares disponíveis e de as incentivar a apresentarem a sua candidatura. A disposição prevê que, em caso de candidaturas insuficientes, os lugares, inicialmente reservados às mulheres, podem ser ocupados por homens.

Como se compreende facilmente, a disposição em causa inscreve-se no quadro de um conceito mais restrito de igualdade de oportunidades. As medidas previstas entram, assim, no âmbito das medidas que se propõem eliminar as causas das menores oportunidades de trabalho e de carreira concedidas às mulheres e consistem, além disso, em intervenções sobre a orientação e a formação profissional. Não há qualquer dúvida de que este tipo de acções entra no âmbito das que são admitidas pelo direito comunitário.

Quanto ao ponto 4 da questão prejudicial: as entrevistas destinadas à admissão de pessoal

41. O quarto aspecto da lei alemã sobre cuja compatibilidade com o direito comunitário o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas diz respeito às condições de admissão. A disposição em causa neste aspecto é o § 9, em virtude do qual «serão convidadas, pelos menos, tantas mulheres como homens, ou todas as candidatas para a entrevista de admissão, na medida em que semelhante entrevista for feita, quando reúnam as condições legais e outras previstas para o preenchimento de lugares no Serviço do Pessoal ou para o lugar proposto».

Tal como a disposição relativa aos programas de formação, esta disposição também não implica a prossecução de um resultado definitivo — admissão ou promoção — antes oferece possibilidades suplementares às mulheres, para lhes facilitar a entrada no mundo do trabalho e a carreira. Acresce que, como resulta do despacho de reenvio, o § 9, embora preveja uma percentagem fixa de entrevistas de admissão que devem ser concedidas às mulheres, dispõe que seja efectuada uma análise preliminar das candidaturas e que apenas sejam chamados a participar os candidatos que possuam as condições requeridas ou, em todo o caso, previstas para ocupar o lugar ou exercer certas funções. A disposição diz respeito,

portanto, às entrevistas de admissão posteriores a uma primeira selecção, na qual participam todas as pessoas interessadas. Daí resulta que qualquer trabalhador pode concorrer à mesma selecção e, portanto, ser pré-seleccionado com base em critérios de apreciação que, presume-se, são os que foram fixados pelo regime geral e, mais precisamente, os visados no § 10, n.os 1 e 3, da mesma lei.

Entendemos, por conseguinte, que a disposição relativa às entrevistas de admissão também não é contrária ao direito comunitário.

Quanto ao ponto 5 da questão prejudicial: a composição dos comités

42. O último ponto diz respeito à composição dos órgãos representativos dos trabalhadores e dos órgãos de administração e de fiscalização. Segundo o § 14 da lei alemã, «no preenchimento de comissões, conselhos consultivos, conselhos de administração e conselhos gerais, bem como em outros órgãos colectivos, devem pelo menos metade dos seus membros ser mulheres».

Parece-nos que esta disposição precisa claramente que metade dos membros dos órgãos internos da administração devem ser de sexo feminino. O § 14 prevê, com efeito, uma quota rígida de presença das mulheres, quota essa que, além disso, abstrai das suas competências. Ora, se é verdade que a lei alemã — como já observámos anteriormente — parece ter como objectivo indicar um programa geral destinado a facilitar as admissões e promoções das mulheres na função pública, todavia, a disposição relativa à composição dos órgãos internos não parece, tendo em conta a sua redacção, admitir derrogações.

Por conseguinte, com base nas observações precedentes relativas às condições que uma acção positiva deve preencher para ser considerada compatível com o direito comunitário e, em especial, com a necessidade reconhecida de todos os trabalhadores poderem concorrer a qualquer lugar relacionado com o seu emprego, entendemos que uma disposição com o conteúdo da disposição legislativa alemã em causa é contrária, de um modo geral, à igualdade de tratamento dos trabalhadores, porque vai manifestamente além dos limites da adopção de medidas destinadas a promover a igualdade de oportunidades das mulheres. Entendemos, portanto, com base nestas considerações, que a medida prevista pelo § 14 da HGlG é contrária ao n.° 1 do artigo 2.° da directiva e não entra no âmbito das acções positivas visadas no n.° 4 do artigo 2.° da mesma.

Conclusões

43. Com base nas considerações precedentes, propomos que o Tribunal de Justiça responda do seguinte modo às questões apresentadas pelo Staatsgerichtshof:

«1) O artigo 2.°, n.^{os} 1 e 4, da Directiva 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, não se opõe a uma legislação nacional, como a da Lei do *Land* de Hesse de 30 de Dezembro de 1993, relativa à igualdade de tratamento dos homens e das mulheres e à eliminação das discriminações relativas às mulheres na função pública, que dispõe que, em caso de sub-representação das mulheres num sector ou num grau de carreira da função pública, a administração é obrigada:

a) a adoptar, a fim de eliminar progressivamente essa desigualdade, um plano de promoção e outras medidas destinadas a garantir oportunidades iguais aos homens e às mulheres na função pública, bem como a destinar tendencialmente às mulheres, na execução desse plano de promoção, mais de metade dos lugares que estejam disponíveis, excluindo-se, no entanto, que essa legislação nacional possa dar preferência automática aos candidatos de sexo feminino, sendo, em qualquer hipótese, necessário que garanta que todos os

candidatos, tanto de sexo masculino como feminino, sejam sempre submetidos a uma análise objectiva do seu perfil profissional e pessoal, e isto mesmo na hipótese deste exame se basear em critérios de apreciação do tipo dos que são visados pela lei alemã em causa, que têm como objectivo favorecer os candidatos de sexo feminino;

b) a destinar às mulheres uma percentagem de lugares, no sector científico, que varie em função da percentagem de presença feminina entre os doutorados, os licenciados e os estudantes, desde que essa percentagem não ultrapasse metade do número de lugares disponíveis e que não seja dada preferência automática aos candidatos de sexo feminino, no sentido visado na alínea a);

c) a reservar às mulheres metade dos lugares nos cursos de formação;

d) a convidar para as entrevistas de admissão destinadas a seleccionar o pessoal com vista a recrutamento tantos candidatos de sexo feminino como de sexo masculino, ou unicamente candidatos de sexo feminino, quando estes últimos se mostrem competentes para ocupar o lugar e desde que a apreciação dos candidatos seja efectuada tendo em conta o perfil de todas as pessoas que concorrem para o mesmo lugar, no sentido visado na alínea a).

2) O artigo 2.º, n.os 1 e 4, da Directiva 76/207 opõe-se a uma legislação nacional em virtude da qual metade dos membros dos órgãos internos da função pública devem ser de sexo feminino.»