CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO LA PERGOLA

apresentadas em 26 de Outubro de 1999 *

I — A questão prejudicial

1. O presente processo diz respeito à proibição, estabelecida pela lei nacional de um Estado-Membro, de recrutar mulheres para as forças armadas em outros sectores que não os da saúde e da música militar. O pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgericht (tribunal administrativo) de Hanôver (Alemanha) versa sobre a interpretação 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 (a seguir «directiva») [1]. Mais precisamente, o tribunal de reenvio pergunta a este Tribunal:

«Verifica-se uma violação da Directiva do Conselho de 9 de Fevereiro de 1976 (76/207/CEE) — especialmente tendo em consideração o disposto no artigo 2.°, n.° 2, desta directiva, nas disposições do § 1, n.° 2, terceira frase, da Soldatengesetz, na redacção de 15.2.1995 (*BGBl.* I, p. 1737) modificada ultimamente pela lei de 4.12.1997 (*BGBl.* I, p. 2846) e do § 3a do Soldatenlaufbahnverordnung, na redacção publicada em 28.1.1998 (*BGBl.* I, p. 326) segundo as quais as mulheres quando se alistarem como voluntárias apenas podem ser chamadas para os serviços de saúde e de música militar, sendo, portanto, em qualquer caso, excluídas do serviço com armas?»

II — As disposições comunitárias pertinentes

2. Nos termos do artigo 1.° da directiva, «A presente directiva tem em vista a realização, nos Estados-Membros, do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego... Tal princípio será a seguir denominado por 'princípio da igualdade de tratamento'».

O artigo 2.° da directiva dispõe:

«1. O princípio da igualdade de tratamento, na acepção das disposições adiante referidas, implica a ausência de qualquer

* Língua original: italiano.

1 — JO L 39, p. 40.

discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar.

Para efeitos do artigo 9.°, n.° 2, da directiva, «Os Estados-Membros devem proceder periodicamente a um exame das actividades profissionais referidas no n.° 2 do artigo 2.°, com a finalidade de apreciar, tendo em consideração a evolução social, se se justificará manter as exclusões em questão. Devem comunicar à Comissão o resultado deste exame.»

2. A presente directiva não constitui obstáculo à faculdade que os Estados-Membros têm de excluir do seu âmbito de aplicação as actividades profissionais e, eventualmente, as formações que a elas conduzam, e para as quais, em razão da sua natureza ou das condições do seu exercício, o sexo constitua um condição determinante.

III — O enquadramento normativo nacional

3. A presente directiva não constitui obstáculo às disposições relativas à protecção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade.

...»

3. Por força do artigo 1.°, n.° 2, da Soldatengesetz (lei relativa ao estatuto dos militares, a seguir «SG»), «pode ser militar de carreira quem se obrigar voluntariamente a prestar serviço militar por toda a vida. Pode ser recrutado como militar a título temporário quem se alistar voluntariamente a prestar serviço militar por um período determinado. As mulheres poderão também ser recrutadas nos termos das frases 1 e 2 *supra*, para serem afectadas *aos serviços de saúde ou às formações de música militar*» [2].

Nos termos do artigo 3.°, n.° 1, da directiva, «A aplicação do princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo nas condições de acesso, incluindo os critérios de selecção, a empregos ou a postos de trabalho, seja qual for o sector ou o ramo de actividade e a todos os níveis da hierarquia profissional.»

Nos termos do artigo 3.°a do Soldatenlaufbahnverordnung (regulamento da carreira militar, a seguir «SLV»), «as mulheres só podem ser recrutadas na base num alista-

2 — O sublinhado é meu.

mento voluntário e unicamente *para os serviços de saúde e para as formações de música militar*» [3].

4. A República Federal da Alemanha e a Comissão Europeia, intervenientes no presente processo, tal como T. Kreil e os Governos britânico e italiano, observaram que as disposições invocadas, objecto do presente pedido de decisão prejudicial, têm por base jurídica o artigo 12.°a da Grundgesetz da República Federal da Alemanha (Lei Fundamental ou Constituição; a seguir «Constituição» ou «GG»), o qual prevê:

«1. Os homens poderão, a partir dos dezoito anos completos, ser obrigados a servir nas forças armadas, na polícia federal das fronteiras ou numa unidade de protecção civil.

...

4. Se, em situação de defesa [4], as necessidades em serviços civis dos estabelecimentos sanitários civis e dos hospitais militares fixos não puderem ser cobertas com base em voluntariado, poderão ser afectadas a esses serviços, por lei ou por virtude de uma lei, as mulheres com idades compreendidas entre os dezoito e os cinquenta anos completos. *Não deverão em caso algum prestar serviço armado*» [5].

O Governo Alemão acrescentou que o artigo 12.°a, n.° 4, última frase, da GG (a seguir «artigo 12.°a da GG») constitui simplesmente uma actualização, ocorrida em 1968 — com «uma nova formulação de ordem puramente linguística» —, de uma disposição análoga de 1956, ou seja, o artigo 12.°, n.° 3, da GG.

5. Partilhando esta qualificação feita pelo Bundesverwaltungsgericht (o tribunal administrativo federal de última instância) e pela doutrina alemã, o Governo alemão e a Comissão precisaram também que o artigo 12.°a da GG e as referidas disposições da SG e do SLV constituem *lex specialis* («Spezialvorschrift» ou «Sonderregelung») relativamente ao princípio geral da igualdade de tratamento entre homens e

3 — O sublinhado é meu.

4 — Nos termos do artigo 115.°a, n.° 1, da GG, o estado de defesa (Verteidigungsfall) deve ser declarada pelo Bundestag (Parlamento Federal), com o acordo do Bundesrat (Conselho Federal, através do qual os *Länder* participam na actividade legislativa e administrativa da República Federal), em caso de ataque ou de iminência desse ataque.

5 — O sublinhado é meu.

mulheres, consagrado tanto na Constituição [6] como na legislação que diz respeito aos militares [7].

artigo 87.°b da GG, estão abertos de igual modo a homens e mulheres.

IV — Os factos e o processo a título principal

6. Além disso, o Governo alemão observa que, embora a proibição de recrutar mulheres para outros sectores que não os da saúde e da música militar, consagrada pelas disposições em litígio, tenha carácter inderrogável («em caso algum», v. artigo 12.°a GG), na realidade, os numerosos empregos civis (essencialmente de natureza administrativa e de apoio), previstos no Bundeswehr (as Forças Armadas Federais) pelo

7. Em 1996, Tanja Kreil, formada em electrónica com especialização em técnica de instalações, apresentou um pedido de alistamento voluntário no Bundeswehr, exprimindo o desejo de ser afectada aos serviços de manutenção electrónica de sistemas de armas. O pedido foi indeferido tanto pelo centro local de recrutamento como, em sede de reclamação, pela administração central do pessoal do Bundes-

6 — A Constituição consagra a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, em geral (artigo 3.°, n.os 2 e 3, da GG) e em relação ao acesso, ou melhor, à liberdade de escolha da actividade profissional (artigo 12.°, n.° 1, da GG), bem como ao emprego na administração pública (artigo 33.°, n.° 2, da GG). Num recente acórdão, referido no presente processo do tribunal de reenvio e pelo Governo alemão, o Bundesverwaltungsgericht julgou o artigo 12.°a da GG conforme com os princípios da igualdade de tratamento e da liberdade de escolha da actividade profissional enunciados pelas outras disposições da Constituição supramencionadas, na medida em que o considerou *lex specialis* [acórdão de 30 de Janeiro de 1996 — 1 WB 89/95 — *BVerwGE*, vol. 103, p. 301, e *NJW*, 1996. p. 2173; a seguir «acórdão Sanitätsdienst» («serviço de saúde», isto é, um dos sectores em que, nos termos dos artigos 12.°a da GG, 1.°, n.° 2, da SG e 3.°a do SLV, são admitidas também as mulheres)].
Se bem que a maioria da doutrina alemã concorde com esse acórdão, deve salientar-se que, na sequência de um debate actualmente em curso na Alemanha, não é pacífico que a norma constitucional em questão seja legítima, pelo menos na forma como tem sido até agora interpretada. De facto, autorizados estudiosos consideram que se deve efectuar uma distinção entre o serviço militar obrigatório («Pflichtdienst») e o voluntário («freiwiliger Dienst»), e que, em relação a este último, deve interpretar-se restritivamente o artigo 12.°a da GG, ainda que tenha a natureza de «Sonderregelung»; devem ter-se em particular atenção os princípios fundamentais como o da igualdade e o da liberdade de escolha da profissão, os quais só podem ser derrogados senão com prudência e em conformidade com as disposições constitucionais consideradas no seu conjunto (v. Jarass, H. D., e Pieroth, B., «Comentário do artigo 12.°a da GG», in *Grundgesetz, Kommentar*, 1997, 4.ª ed., ponto 3; Kobott, J., «Comentário do artigo 12.°a da GG», in *Grundgesetz, Kommentar*, ed. por M. Sachs, 1999, 2.ª ed., pontos 3 e segs.; Repkewitz, U.: «Kein freiwilliger Waffendienst für die Frauen?», in *NJW*, 1997, p. 506; Sachs, M.: «Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentliches Dienstes», in *ZBR*, 1994, p. 133, em particular, p. 139 e Zuleeg, M.: «Frauen in die Bundeswehr», in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1997, p. 1017).
Assim, na base de uma interpretação sistemática da Constituição levada a cabo de modo restritivo (sendo a exclusão das mulheres do Bundeswehr uma derrogação aos princípios enunciados nos artigos 3.°, 12.° e 33.° da GG), os autores citados consideram que a proibição contida no artigo 12.°a da GG é válida apenas para o serviço militar obrigatório: uma vez que o conjunto das disposições do artigo 12.°a da GG diz respeito apenas ao «Pflichtdienst», a exclusão das mulheres não pode estender-se ao serviço voluntário (v. em particular, M. Zuleeg, *op. cit.*, p. 1018).
Há, pois, quem observe que uma interpretação restritiva se justifica pelo facto de o artigo 12.°a da GG *não consagrar um direito fundamental* («Grundrecht»), diferentemente do que acontece com os direitos que com ele são limitados (v. artigos 3.°, n.os 2 e 3, 12.°, n.° 1, e 33, n.° 2, da GG; v. M. Zuleeg, *op. cit.*, p. 1023). Segundo Scholz, de resto, diferentemente de outras disposições da Constituição, o artigo 12.°a da GG pode ser modificado na medida em que não entre no âmbito de aplicação dos limites rigorosos impostos pelo artigo 79.° da GG à revisão dos preceitos constitucionais (Scholz, R. «Comentário do artigo 12.°a da GG», in *Grundgesetz, Kommentar*, ed. por T. Maunz, G. Dürig, G. Herzog, 1984, ponto 208).

7 — Tanto a SG como o SLV estabelecem que a nomeação e a afectação dos soldados devem ser efectuadas em função das suas aptidões, das suas competências e das suas qualificações profissionais, sem atender, em particular, ao sexo (v. os artigos 3.° e 1.°, respectivamente).

wehr, uma vez que, segundo a legislação nacional, as mulheres são excluídas de quaisquer funções que impliquem o emprego de armas. Considerando-se ilicitamente discriminada em razão do sexo, T. Kreil impugnou a decisão de indeferimento perante o tribunal de reenvio.

V — Análise jurídica

1 — *A discriminação alegada e o seu fundamento*

8. O Verwaltungsgericht Hannover pergunta ao Tribunal se a directiva constitui obstáculo a uma proibição quase integral no que toca ao serviço voluntário feminino nas forças armadas de um Estado-Membro.

9. Segundo a recorrente no processo a título principal, os limites a que está submetido o recrutamento das mulheres no Bundeswehr constituem uma violação flagrante da proibição, consagrada no artigo 3.º da directiva, de qualquer discriminação em razão do sexo no que toca às condições de acesso ao emprego [8]. T. Kreil sublinha que, no caso em apreço, não interessa tanto o serviço militar obrigatório, como a escolha profissional das mulheres que desejem alistar-se como voluntárias.

10. A Alemanha considera justificadas as disposições nacionais em questão na base do artigo 2.º, n.os 2 e 3, da directiva. Em tais disposições são indicadas as derrogações ao direito individual à igualdade de tratamento. A Comissão (por cuja posição se alinharam, em substância, os Governos britânico e italiano) considera que, por força do artigo 2.º, n.º 2, a regulamentação interna em questão é, em princípio, justificável, sendo certa, naturalmente, a necessidade de verificar a sua procedência em relação à totalidade dos empregos no seio

8 — Para a recorrente no processo a título principal, não existem dúvidas de que as disposições normativas alemãs devem poder ser examinadas à luz da directiva, uma vez que o Tribunal de Justiça já a interpretou, e, por isso, considerou pertinente, num caso que dizia respeito a disposições regulamentares similares às da SG e do SLV (acórdão de 2 de Outubro de 1997, Gerster, C-1/95, Colect., p. I-5253, em que o Tribunal de Justiça julgou no sentido de que entrava no âmbito de aplicação da directiva uma disposição — contida no Bayerische Beamtenlaufbahnverordnung, ou seja, o regulamento da carreira dos funcionários públicos do *Land* da Baviera — relativa ao cálculo da antiguidade dos funcionários públicos; no acórdão Gerster, o Tribunal de Justiça fez explicitamente referência ao artigo 3.º, n.º 1, da directiva, que proíbe qualquer discriminação em razão do sexo «seja qual for o sector ou o ramo de actividade», n.º 28).

das forças armadas e a sua proporcionalidade [9].

11. Nenhum dos intervenientes no presente processo suscita dúvidas quanto à questão de saber se as disposições em causa determinam a exclusão das mulheres da maior parte dos empregos no Bundeswehr, com a consequência de dar origem a uma desigualdade de tratamento em razão do sexo, na acepção dos artigos 2.°, n.° 1, e 3.°, n.° 1, da directiva; isto é, uma discriminação directa que implica porém outras de tipo indirecto, tendo em consideração o facto de os elementos das forças armadas serem em larga maioria homens [10]. Em alguns casos, os militares na reserva gozam, de facto, de prioridade no acesso aos cargos

9 — Para a *Comissão*, é pacífico que o emprego nas forças armadas não escapa ao âmbito de aplicação da directiva; remete para o acórdão de 21 de Maio de 1985, Comissão/ /Alemanha (248/83, Recueil, p. 1459, n.° 16), em que o Tribunal de Justiça declarou que a directiva se aplica também às relações de trabalho no sector público. Pelo contrário, preliminarmente à análise do objecto da questão prejudicial, os *Governos britânico, italiano e alemão* — apoiando-se, em particular, no artigo 224.° do Tratado CE (actual artigo 297.° CE) — sustentam que a directiva não se aplica no caso em apreço porquanto as questões atinentes à defesa e à organização das forças armadas escapam ao âmbito de aplicação do Tratado. O tribunal de reenvio não se referiu a esta problemática, revelando assim, em meu entender, considerar o emprego no Bundeswehr entra no âmbito de aplicação da directiva. Como quer que seja, quanto a este ponto, apenas posso remeter para as minhas conclusões de 18 de Maio de 1999 no processo Sirdar (acórdão de 26 de Outubro de 1999, C-273/97, Colect., p. I-7403), relativo a uma política de exclusão das mulheres de uma unidade especial das forças armadas britânicas. No caso Sirdar, em sintonia com o afirmado hoje por T. Kreil e pela Comissão, exprimi a opinião de que o acesso ao emprego nas forças armadas está submetido, em geral, ao regime previsto pela directiva (v. n.os 9 a 29).
Em relação ao que já se disse no processo Sirdar, e com especial referência às disposições nacionais objecto do presente processo, devo todavia fazer uma outra observação. Esta diz respeito a justificação adoptada pelo Governo alemão — a título subsidiário, no caso de se considerar a directiva aplicável no caso concreto — para defender, no essencial, a discriminação em questão.
O Governo alemão limitou-se a aduzir o objectivo político do cumprimento do dever moral, fruto de um doloroso passado próprio da Alemanha, no sentido de assegurar a máxima *protecção das mulheres* dos perigos que correm os soldados em caso de guerra (v. n.° 12 das presentes conclusões). Em outros processos perante este Tribunal, o Governo britânico sustentou a tese do carácter estranho à directiva das medidas discriminatórias respectivamente em questão, aduzindo razões que obedecem a uma lógica bem diferente. Tais medidas, segundo as explicações fornecidas pelas autoridades britânicas, foram de facto adoptadas por razões de *segurança pública* (evitar um aumento dos ataques à polícia numa situação de guerra civil; v. acórdão de 15 de Maio de 1986, Johnston, 222/84, Colect., p. 1651, n.° 35) e de *defesa ou segurança externa* (assegurar a eficácia bélica de uma unidade especial das forças armadas, v. processo Sirdar, n.° 4 das conclusões); trata-se, como se vê, de razões que se prendem com as matérias da competência exclusiva dos Estados-Membros. Nem no processo Johnston nem no processo Sirdar a directiva foi considerada inaplicável.
Portanto, uma medida que tenha como único fundamento a protecção da mulher não pode, *a fortiori*, escapar ao âmbito de aplicação da directiva nem graças ao artigo 224.° do Tratado CE, relativo a medidas «de facto excepcionais» necessárias para garantir a *segurança (interna ou externa)* ou, melhor, a própria sobrevivência de um país (v. processo Sirdar, n.° 24 das conclusões), nem por via de considerações ligadas à autonomia dos Estados-Membros no que toca à organização das respectivas forças armadas, a fim de garantir o seu melhor funcionamento.

10 — A directiva proíbe «qualquer discriminação em razão do sexo», quer directamente, quer indirectamente (v. artigo 2.°, n.° 1), salvo a aplicação de uma eventual causa de justificação abrangida no âmbito de uma excepção prevista pela própria directiva; para uma concreta aplicação da directiva a hipóteses de discriminação indirecta, v., por exemplo, acórdão Gerster e acórdão de 2 de Outubro de 1997, Kording (C-100/95, Colect., p. I-5289, especialmente n.os 13 e segs.).

na administração pública [11], e não pode excluir-se que eles encontrem mais facilmente emprego no mundo civil graças à sua formação técnico-profissional que é possível adquirir-se prestando serviço nas forças armadas [12]. Para efeitos de responder ao pedido prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgericht, que tem por objecto apenas a discriminação directa, deve examinar-se se as medidas adoptadas podem entrar no âmbito de alguma das derrogações permitidas pelos n.os 2 e 3 do artigo 2.º da directiva [13]. Antes de proceder a tal exame, porém, é necessário recordar que motivos subjazem à exclusão das mulheres consagrada no artigo 12.ºa da GG, que constitui a base jurídica das disposições sobre as quais o tribunal de reenvio põe a questão.

12. Segundo a Alemanha, as disposições em questão, adoptadas para impedir as mulheres de participar nas acções de guerra, explicam-se através do propósito de assegurar que, *em caso algum*, elas sejam expostas ao fogo inimigo na qualidade de combatentes, o que vale também para as mulheres que desejem alistar-se como voluntárias. A este respeito, são invocados os trabalhos preparatórios do Bundestag sobre o artigo 12.º, n.º 3, da GG, introduzido em 1956 (v. n.º 4), de que resultaria que a exclusão imposta, no nosso caso, em relação às mulheres é o fruto de um dever moral decorrente do doloroso passado da Alemanha. O Governo alemão invoca também o recente acórdão Sanitätsdienst (v. nota 6), em que o Bundesverwaltungsgericht declarou que desse dever decorre uma protecção das mulheres que deve ser o mais extensa possível e que pode ser garantida apenas mediante uma elevada «harmonização» das regras de recrutamento e emprego no Bundeswehr com o direito humanitário internacional [14]. Este último compreende a terceira Convenção

11 — V. Bertelsmann, K., e Rust, U.: *Equality in Law between Men and Women in the European Community — Germany* (ed. pela Comissão Europeia), Dordrecht e Luxemburgo, 1995, p. 53, ponto 4.14.3, onde, a título de exemplo, se recorda que, nos termos dos artigos 9.º e 10.º da SVG, àqueles que tenham servido nas forças armadas pelo menos doze anos deve ser dada preferência no caso de empregos na administração pública, mesmo que estranhos às forças armadas. Donde resulta, segundo os autores do relatório, que uma parte dos empregos disponíveis no sector público pode ser reservada aos militares na reserva, mesmo em casos em que existam outros candidatos com qualificações iguais ou até superiores (*op. cit.*, p. 54).
Além disso, afirmou-se aí que, por meio do artigo 12.ºa da GG, as mulheres não podem ter acesso a alguns dos mais elevados cargos políticos do Estado: Bundeskanzeler (Chanceler Federal), Bundesminister der Verteidigung (ministro federal da Defesa) e Staatssekretär (secretário de Estado). Segundo a interpretação efectuada por alguns autores, de facto, aqueles cargos incluem o comando supremo das forças armadas, isto é, um serviço que, à semelhança de qualquer papel de comando (v. artigo 1.º, n.º 4, da SG, sobre o conceito de Vorgesetzer ou Wachvorgesetzer, o comandante) implica a utilização de armas («Waffendienst» ou «Dienst mit der Waffe»; v. Poretschkin, A., «Verfassungsverbot für einen weiblichen Verteidigungsminister?», in NZWehrr, 1993, p. 232; Repkewitz, U.: *op. cit.*, p. 507; Walz, D., «Der 'geschlechtsneutrale' Bundesminister der Verteidigung», in *NZWehrr*, 1996, p. 117). Na verdade, nos termos do artigo 65.ºa da GG, o ministro federal da Defesa (que pode delegar ou fazer-se representar pelo secretário de Estado) tem o comando das forças armadas; por força do artigo 115.ºb da GG, no momento da proclamação do «estado de defesa» (v. nota 4), o comando das forças armadas é transferido para o Chanceler Federal. A este respeito, é apenas caso de recordar que, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da directiva, é proibida qualquer discriminação em razão do sexo no que toca às condições de acesso «a todos os níveis da hierarquia profissional».

12 — Tal não parece ser o caso de T. Kreil, que, na altura de apresentar o pedido de alistamento era já titular de um diploma. Todavia, essa discriminação não me parece despicienda: as forças armadas modernas utilizam meios técnicos cada vez mais sofisticados, que requerem conhecimentos particulares, certamente preciosos quando volta ao mercado civil de trabalho, hoje cada vez mais competitivo (pense-se nos pilotos militares que, tendo em consideração a sua experiência, uma vez na reserva não têm dificuldade em encontrar emprego junto das companhias aéreas civis).

13 — A prevista no artigo 2.º, n.º 4, da directiva não é pertinente; de facto, esta disposição é do seguinte teor: «A presente directiva não constitui obstáculo a medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular as que corrijam as desigualdades de facto que afectam as oportunidades das mulheres nos domínios referidos no n.º 1 do artigo 1.º»

14 — Também conhecido como a «lei dos direitos humanos nos conflitos armados», v. Rodley, N., *The Treatment of Prisoners under International Law*, Unesco e Clarendon Press, Paris e Oxford, 1987, p. 3.

de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra [15] (a seguir «convenção») e o primeiro protocolo adicional às convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, relativa à Protecção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais [16] (a seguir «protocolo»). Segundo o Bundesverwaltungsgericht — e o Governo alemão, que aderiu inteiramente à interpretação efectuada no acórdão Sanitätsdienst —, as disposições discriminatórias em questão inspiram-se no artigo 51.° do protocolo, segundo o qual só a população civil goza de uma protecção geral de carácter humanitário contra os perigos decorrentes das operações militares. Mais precisamente, isto significa que a população civil não pode ser objecto de ataques [17], ao contrário dos «combatentes» na acepção do disposto no artigo 43.° do protocolo, ou daqueles que participam nas hostilidades utilizando armas ou sistemas de armas. Os combatentes, além disso, podem sempre ser feitos «prisioneiros de guerra», quando caiam em poder do inimigo [18]. Pelo contrário, os elementos do pessoal médico e religioso das forças armadas não só não podem ser capturados como «prisioneiros de guerra», mas devem ser respeitados e protegidos e não devem ser atacados [19]. Daí a admissão das mulheres nas unidades da saúde. Quanto às formações de música militar, o Governo alemão explicou que, em caso de hostilidades, são dissolvidas e os seus elementos devem ser afectados a tarefas sanitárias como enfermeiros ou ajudantes de enfermeiros (mesmo em tempo de paz os músicos pertencentes às bandas militares recebem uma instrução adequada).

15 — *BGBl.* 1954, II, p. 838. Além da terceira Convenção de Genebra, existem a primeira Convenção de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, para Melhorar a Situação dos Feridos e dos Doentes em Campanha (*BGBl.* 1954, II, p. 783), e a segunda Convenção de Genebra de 12 de Agosto de 1949, para Melhorar a Situação dos Feridos, dos Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar (BGBl 1954, II, p. 813). No conjunto, as três convenções são conhecidas como a Convenção de Genebra de 12 de Agosto de 1949, para a Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais.

16 — *BGBl.* 1990, II, p. 1550.

17 — V. artigos 48.° e 51.°, n.° 2, do protocolo.

18 — V. artigos 4.° da convenção e 44.°, n.° 1, do protocolo.

19 — V., respectivamente, artigos 33.° da convenção e 12.°, n.° 1, do protocolo.

2 — *As derrogações ao princípio da igualdade de tratamento: o artigo 2.°, n.° 3, da directiva*

13. O Governo alemão sustenta que, em virtude do objectivo prosseguido pelo legislador, a exclusão virtualmente total das mulheres do Bundeswehr entra na excepção prevista no artigo 2.°, n.° 3, da directiva. Por minha parte, partilho antes a opinião da Comissão baseada no acórdão proferido no processo Johnston, relativo ao emprego das mulheres nas unidades armadas da polícia britânica na Irlanda do Norte nos anos 80, ou seja, em plena *guerra* civil. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que resulta da «menção expressa da gravidez e da maternidade que a directiva pretende assegurar, por um lado, a protecção da condição biológica da mulher e, por outro, as relações especiais entre a mulher e os filhos. O [artigo 2.°, n.° 3] da directiva não permite, portanto, excluir as mulheres de um trabalho com o fundamento de que a opinião pública exigiria que elas fossem *mais protegidas* do que os homens contra os riscos que afectam os homens e as mulheres *da mesma maneira* e que são diferentes das necessidades de protecção

específicas da mulher tais como as expressamente mencionadas» [20]. Portanto, dos autos do processo não resulta que os perigos aos quais as mulheres seriam expostas nas unidades do Bundeswehr que implicam a utilização de armas sejam diferentes ou maiores que aqueles que correm os homens no exercício das mesmas funções; o Governo alemão não forneceu qualquer prova em tal sentido. Se assim é, a integral exclusão das mulheres do emprego em outras unidades que não as da saúde e da música militar devido aos riscos de carácter geral e não peculiares às mulheres não pode entrar no âmbito de aplicação da desigualdade de tratamento permitida pelo artigo 2.°, n.° 3, da directiva [21]: «o artigo 2.°, n.° 3, supõe que a diferença de tratamento reservada à mulher não seja discriminatória: acontecerá assim sempre que a diferença de tratamento — protecção da mulher — possa ser justificada por uma *diferença objectiva* entre a situação do trabalhador masculino e a do trabalhador feminino. Essa *causa objectiva* está ligada à 'especificidade biológica' da mulher, como a menção exemplificativa da gravidez, por um lado, e a da maternidade, por outro, o indicam sem ambiguidade» [22]. No que toca, a seguir, ao termo «nomeadamente» que figura no artigo 2.°, n.° 3, da directiva — com que se introduz a enumeração exemplificativa da gravidez e da maternidade —, o Tribunal de Justiça rejeitou sempre concludentemente os argumentos aduzidos pelos Estados-Membros para estender o alcance da expressão «protecção da mulher» para além dos casos da gravidez, a amamentação ou a maternidade [23].

3 — *As derrogações ao princípio da igualdade de tratamento: o artigo 2.°, n.° 2, da directiva*

14. Por outro lado, o Governo alemão considera que o objectivo político prosseguido pelo legislador constitucional em 1956 e em 1968 não contradiz o disposto no artigo 2.°, n.° 2, da directiva, cuja interpretação por parte deste Tribunal

20 — Já citado na nota 9, n.° 44; o sublinhado é meu. O acórdão Johnston pertence àquela corrente de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça em que este tem declarado que o artigo 2.°, n.° 3, da directiva tem por finalidade apenas a *protecção da condição biológica* da mulher durante e após a gravidez e das particulares relações entre a mulher e o filho; v. acórdãos de 12 de Julho de 1984, Hofmann (184/83, Recueil, p. 3047, n.os 25 e 26), de 25 de Outubro de 1988, Comissão/França (312/86, Colect., p. 6315, n.° 13), de 25 de Julho de 1991, Stoeckel (C-345/89, Colect., p. I-4047, n.° 13), de 3 de Fevereiro de 1994, Minne (C-13/93, Colect., p. I-371, n.° 11), de 5 de Maio de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Colect., p. I-1657, n.° 21), de 14 de Julho de 1994, Webb (C-32/93, Colect., p. I-3567, n.° 20), de 30 de Abril de 1998, Thibault (C-136/95, Colect., p. I-2011, n.° 25) e de 19 de Novembro de 1998, Hoj Pedersen e o. (C-66/96, Colect., p. I-7327, n.° 54). Particularmente esclarecedora para compreender a abordagem do Tribunal de Justiça é a seguinte passagem tirada do acórdão Hofmann: «[com o artigo 2.°, n.° 3, da directiva], trata-se de garantir, em primeiro lugar, a protecção da condição biológica da mulher durante e após a gravidez, até ao momento em que as suas funções fisiológicas e psíquicas se normalizem depois do parto e, em segundo lugar, a protecção das especiais relações entre a mulher e o filho, durante o período a seguir à gravidez e ao parto, evitando que essas relações sejam perturbadas pela acumulação de encargos decorrentes do facto de ter de exercer ao mesmo tempo uma actividade laboral» (n.° 25). No processo Johnston, o advogado-geral Darmon afirmou que, «com efeito, mesmo que esta norma pudesse ser invocada para reduzir os direitos das mulheres, estaria fora de questão tomar em consideração, com base no artigo 2.°, n.° 3, uma necessidade de protecção, por muito justificada que seja, cuja natureza seja sociocultural ou mesmo política» (n.° 8).

21 — V. acórdão Johnston, n.° 45; no mesmo sentido, v. acórdãos Comissão/França (n.° 14) e Stockel (n.° 15).

22 — Conclusões do advogado-geral Darmon no processo Hofmann (n.° 10, terceiro parágrafo, o sublinhado é meu), no mesmo sentido v. as conclusões do advogado-geral Tesauro no processo Habermann-Beltermann (n.° 11).

23 — V. a posição sustentada pelo Reino Unido no caso Johnston em relação à quarta questão prejudicial (Colect., p. 1672) e pela França no processo Comissão/França (Colect., p. 6322) em relação a uma série de direitos especiais previstos para a protecção das mulheres. Segundo o advogado-geral Sir Gordon Slynn, «ainda que o termo 'nomeadamente', utilizado no n.° 3 do artigo 2.°, indique que outras situações, além da gravidez e da maternidade, podem ser abrangidas por esta disposição, aquelas palavras dão uma ideia da finalidade das excepções» (conclusões no processo Comissão/França, Colect. p. 6327).

interessa mais de perto ao tribunal de reenvio. Com efeito, segundo as autoridades alemãs, o artigo 12.°a da GG e as referidas disposições da SG e do SLV consideram o sexo como condição determinante para o cumprimento do serviço militar armado. A protecção das mulheres poderia, portanto, ser garantida só mediante a sua completa exclusão de todas as actividades próprias da condição jurídica de «combatente», no sentido do direito humanitário internacional. A Comissão e o Governo italiano formularam, a este respeito, uma posição mais matizada. Admitindo, não obstante, que tal escolha de fundo da política de defesa de um Estado-Membro não pode ser condenada em princípio, distinguiram os empregos que impliquem um risco concreto[24] daquelas actividades de carácter técnico que podem ser executadas na retaguarda sem incorrer em tais riscos especiais e sem necessidade de especiais dotes de força física. Tais actividades, precisaram a Comissão e o Governo italiano, seriam estranhas àquelas cuja natureza ou cujas condições de exercício, na acepção do artigo 2.°, n.° 2, da directiva, deveriam ser reservadas aos homens antes que às mulheres. Caberia, pois, ao tribunal nacional apreciar se o emprego para o qual T. Kreil apresentou um pedido de alistamento voluntário cai numa ou noutra categoria de actividades. A abertura parcial revelada pela Comissão e pelo Governo italiano face às razões subjacentes à discriminação aqui considerada não é compartilhada pelo Governo alemão, para o qual a proibição estabelecida pelo artigo 12.°a da GG deve ser considerada como absoluta, porquanto, no caso concreto, todos os elementos das forças armadas podem ser chamados a participar activamente nas operações militares. Também os soldados responsáveis pela manutenção electrónica dos sistemas de armas poderiam ter de ser enviados para a linha da frente, para assegurar a eficácia bélica do Bundeswehr. Isto corresponde, segundo as autoridades alemãs, à realidade actual: as tropas dotadas de equipamento técnico avançado devem, afirmam elas, poder ser utilizadas, em caso de crise, de modo «interactivo», sem distinguir empregos da linha da frente ou da retaguarda.

15. O artigo 2.°, n.° 2, da directiva admite que o sexo possa constituir um factor determinante para actividades profissionais específicas, sempre que se tenha em conta a «sua natureza» ou as «condições do seu exercício». Estas condições bastam para definir o âmbito da reserva prevista pelo artigo 2.°, n.° 2, para além de diferenciá-la conceptualmente da excepção prevista no n.° 3 do mesmo artigo.

16. Quanto ao âmbito da reserva, em meu entender, devem considerar-se as próprias qualificações profissionais em concreto, em relação às quais o sexo constitui uma condição determinante para uma certa actividade laboral; exemplos do género seriam os dos cantores e cantoras, dos actores e das actrizes, dos bailarinos e das bailarinas, dos homens-modelo e das

24 — A Comissão recorda o processo Johnston, relativo a um emprego em unidades armadas da polícia britânica estacionadas na Irlanda do Norte nos anos 80, e processo Sirdar, que tem por objecto o recrutamento para a unidade especial dos Royal Marines, ponta-de-lança das forças de ataque do Reino Unido.

mulheres-modelo ou dos manequins [25]. Mais em geral, segundo certa doutrina, o artigo 2.°, n.° 2, da directiva contempla uma derrogação «estreita» ou «estrita»; o Estado-Membro ou a entidade patronal que entenda valer-se dele deverá, portanto, demonstrar que, no que toca a determinado trabalho, o sexo é condição decisiva, de forma que uma política de emprego não discriminatória tornaria extremamente difícil, ou mesmo impossível, o exercício das actividades próprias desse trabalho. Dito por outras palavras, deverá, portanto, apurar-se que é necessário empregar uma pessoa de um sexo com a exclusão do outro [26]. O próprio Tribunal de Justiça tem afirmado, por outro lado, que, para poder derrogar, nos termos do artigo 2.°, n.° 2, o reconhecimento de um direito subjectivo como a igualdade de tratamento entre homens e mulheres devem salientar-se exclusivamente as «exigências que são *determinantes para o exercício* da actividade em causa» [27]. Ora, no decurso da audiência perante o Tribunal de Justiça, o agente do Governo alemão declarou expressamente não pôr de forma alguma em causa nem a idoneidade de T. Kreil nem a das mulheres, em geral, para prestar serviço nas unidades armadas do Bundeswehr. Não estou persuadido, assim, de que aquilo que aduziu o Governo alemão, no que toca à proibição estabelecida pelo artigo 12.°a da GG, baste para demonstrar que o caso em apreço seja coberto pelas disposições do artigo 2.°, n.° 2, da directiva. Tendo sempre presente esta última disposição, parece-me, na verdade, dificilmente sustentável que a natureza ou as condições do trabalho prestado pelos elementos das forças armadas sejam tais que tornem de todo impossível ou, pelo menos, extremamente difícil o emprego das mulheres numa qualquer unidade «combatente», diferente, portanto, das da saúde e da música militar. Não é por acaso — salvo excepções, de resto limitadas a hipóteses bem específicas [28] — que as mulheres são regularmente empregadas, sem distinção, em todos os exércitos da Comunidade (e da NATO) [29].

17. Deve, a seguir, examinar-se a diferença que existe entre as disposições enunciadas

25 — V. acórdão Comissão/Alemanha (já referido, n.° 34), em que o Tribunal de Justiça refere algumas actividades laborais que, nos diversos Estados-Membros, pela prática ou por lei, são mais tipicamente objecto de derrogações ao princípio da igualdade de tratamento.

26 — V. Hervey, T.: *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, Londres, 1993, ponto 4.2.1.3.

27 — V. acórdão de 30 de Junho de 1988, Comissão/França (318/86, Colect., p. 3559, n.° 28, sublinhado é meu). No mesmo sentido, v. acórdãos de 8 de Novembro de 1983, Comissão/Reino Unido (165/82, Recueil, p. 3431, n.°s 18 e 20), Johnston, n.° 38.

28 — Por exemplo, os marinheiros de submarino e os fuzileiros navais nos Países Baixos, os Royal Marines no Reino Unido e, até 1993, os pilotos de caças na Dinamarca.

29 — O único país, além da República Federal da Alemanha, que não admitiu ainda as mulheres nas suas forças armadas é a Itália. Aqui, todavia, a falta do serviço militar voluntário feminino não é devida a uma proibição (constitucional ou contida na lei ordinária), mas à inércia do legislador. De facto, contrariamente ao que aconteceu relativamente às forças policiais na altura da sua desmilitarização em 1981, não foi ainda adoptada a regulamentação especial destinada a dar aplicação concreta ao princípio da igualdade de tratamento. Um projecto de lei destinado a criar o serviço militar voluntário feminino foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 29 de Setembro de 1999 (Atto Camera n.° 2970-B). Salvo excepções, aquela medida conduzirá à admissão geral das mulheres em todas as unidades. Segundo o que referiu o representante do Governo italiano no decurso da audiência perante o Tribunal de Justiça, haverá excepções em casos particulares, quando as condições ou as características das missões confiadas aos soldados sejam tais que desaconselhem vivamente a utilização de mulheres (nisto parece-me poder haver alguma afinidade com o caso dos Royal Marines recentemente examinado no processo Sirdar).

respectivamente nos n.os 2 e 3 do artigo 2.° da directiva e que merece ser esclarecida para precisar ainda melhor o âmbito de aplicação real da reserva contemplada pelo artigo 2.°, n.° 2. Como se observou na doutrina [30], o artigo 2.°, n.° 2, diz respeito ao efeito que, *no exercício* de uma determinada actividade profissional, o sexo tem sobre *pessoas diferentes do trabalhador feminino (ou do trabalhador masculino)*, ao passo que o disposto no artigo 2.°, n.° 3, — como vimos — tem por objecto o efeito que um trabalho particular tem *sobre o próprio trabalhador feminino*. A própria jurisprudência milita a favor da distinção acabada de referir.

18. Na caso Comissão/Reino Unido, o respeito devido à *sensibilidade da paciente* induziu o Tribunal de Justiça a considerar legítimas determinadas limitações opostas apenas aos homens em relação à actividade de obstetra [31]. No caso Johnston, a exclusão das mulheres das unidades armadas da polícia britânica de guarnição na Irlanda do Norte foi admitida, porquanto a sua presença poderia ter contribuído para aumentar o risco de atentados, em detrimento das exigências de *segurança pública*, com consequente prejuízo para aqueles que viviam naquela zona do país [32].

30 — V. Kilpatrik, C., «How long is a piece of string? European regulation of the post-birth period», em *Sex Equality Law in the European Union*, ed. por T. Hervey e D. O'Keefe, Wiley, 1996, capítulo 6, nota 26.

31 — V. n.os 18 e 20.

32 — N.° 36 do acórdão, em que o Tribunal de Justiça — no termo de uma análise levada a fim de verificar a pertinência da invocação do artigo 2.°, n.° 2, por parte do Estado-Membro interessado — declarou que «não se poderia excluir a possibilidade de, numa situação de graves perturbações internas, o porte de armas de fogo pelas mulheres polícias lhes criar riscos suplementares de atentados e de ser, *assim, contrário às exigências da segurança pública*» (sublinhado é meu). O Tribunal de Justiça não admitiu a exclusão das mulheres das unidades de polícia dotadas de armas de fogo enquanto medida destinada, *em última análise*, a não expô-las a atentados (não posso portanto partilhar a desilusão expressa a este propósito por Fenwick, H., «Special Protections for Women in European Union Law», em *Sex Equality Law*, *op. cit.*, pp. 63 a 70, que teme que, com isto, o Tribunal de Justiça tenha legitimado a pertinência da vulnerabilidade feminina em relação ao artigo 2.°, n.° 2, da directiva). Pelo contrário, o que, a meu ver, induziu realmente o Tribunal de Justiça a considerar, em princípio, justificável (salvo o respeito do critério da proporcionalidade, v. n.° 38), aquela exclusão não era tanto a pretensa debilidade das mulheres em si considerada, nem também um desejo geral de evitar que elas (para seu bem) fossem objecto de atentados, mas antes o receio das autoridades britânicas de que dotar as mulheres de armas de fogo «numa situação de graves perturbações internas» (n.° 35), isso teria aumentado o risco daqueles atentados e, assim, o de que as suas armas caíssem nas mãos dos agressores (v., no relatório para audiência, o que sustentou o Governo britânico, Colect., p. 1672). Pois bem, era este último risco, considerado em si mesmo, que era contrário às exigências de segurança pública, isto é, as únicas exigências que, tendo em conta as condições de exercício da actividade laboral específica em questão, podiam tornar determinante o sexo masculino: «... o porte de armas de fogo pelas mulheres polícias pode criar riscos suplementares de atentados e *ser, portanto,* contrário às exigências da segurança pública» (n.° 36, sublinhado é meu).
O que escrevo resulta ainda mais claro à luz dos elementos designados pelo Tribunal de Justiça para que o tribunal nacional verifique, pondo-os em confronto, se aquela exclusão podia dizer-se proporcional. Esses elementos são, por um lado, o princípio da igualdade de tratamento previsto no artigo 1.°, n.° 1, da directiva e, por outro, as exigências da segurança pública: «(no caso em apreço, o princípio de proporcionalidade) exige a conciliação, na medida do possível, do princípio da igualdade de tratamento com as exigências da segurança pública *que são determinantes* para as condições de exercício da actividade em questão» (n.° 38, sublinhado é meu; segundo a versão inglesa do acórdão: «... with the requirements of public safety *which constitutes the decisive factor* as regards the context of the activity in question»). No acórdão do Tribunal de Justiça, portanto, não existe qualquer indício de preocupação pela protecção das mulheres.
Observo, por último, que à luz dos n.os 36 e 38 do acórdão Johnston que há pouco citei, o Tribunal de Justiça parece aderir ao que afirmou o advogado-geral Darmon, isto é, que, em determinadas circunstâncias, em virtude do artigo 2.°, n.° 2, da directiva, os imperativos de protecção da mulher — de «natureza social (culturais e políticos, etc.» — diferentes dos contemplados pelo artigo 2.°, n.° 3, poderiam legitimamente induzir as autoridades de um Estado-Membro a reservar algumas funções atinentes à manutenção da ordem pública às pessoas de determinado sexo (v. n.° 9 das conclusões; quanto a este ponto v. ainda o n.° 20 das presentes conclusões).

No caso Comissão/França (318/86), o Tribunal de Justiça julgou legítimo que, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, o pessoal do sexo masculino fosse contratado de forma diferente que o pessoal do sexo feminino quer para a actividade de guarda nas casas de reclusão, que implica contactos regulares com os reclusos, quer para a de chefe dos guardas, encarregado de dirigir as casas de reclusão, tendo em conta a experiência profissional adquirida no corpo dos guardas, útil para exercer uma actividade que implica a superintendência sobre todos os outros guardas [33]. No processo Sirdar, finalmente, concluiu que, em princípio, se afigura justificável uma política de recrutamento apenas de homens na unidade especial dos Royal Marines, uma vez que não pode excluir-se que a admissão de mulheres possa ter efeitos negativos sobre o moral e sobre a coesão *dos soldados no seio de unidades de comando*, comprometendo, assim, a sua eficácia bélica, com prejuízo, em última análise, para as exigências de *defesa do Reino Unido* [34].

De facto, as autoridades alemãs não forneceram qualquer explicação para, no particular ambiente de trabalho em questão (tendo em conta as *condições de exercício* da actividade confiada ao Bundeswehr ou ainda as relações que se criam entre camaradas), ser necessariamente determinante o sexo masculino. Em substância, o Governo alemão não deu qualquer indício de considerações tais como as apresentadas pelo Governo britânico no caso Sirdar, as únicas, a ver bem, que me conduziram, naquele processo, a não excluir — ainda que somente em princípio, sem prejuízo do casuístico controlo do respeito do princípio da proporcionalidade — que os actuais critérios de recrutamento nos Royal Marines podem entrar no âmbito de aplicação do artigo 2.º, n.º 2, da directiva [35].

19. Em conclusão, considerando o significado a atribuir ao artigo 2.º, n.º 2, não me parece que a justificação aduzida pelo Governo alemão baste para legitimar a exclusão prevista no artigo 12.ºa da GG.

4 — *As derrogações ao princípio da igualdade de tratamento: o artigo 2.º, n.º 2, conjugado com o artigo 9.º, n.º 2, da directiva*

20. Já referi que, segundo o advogado-geral Darmon, «imperativos de protecção da mulher... que têm natureza social (culturais, políticos, etc.)» podem ser relevantes para

33 — V. n.ºs 12 a 17.

34 — No caso Sirdar, por um lado, salientei que «no centro da argumentação do Governo britânico para justificar a exclusão das mulheres dos Royal Marines por imperativos de eficácia no combate se encontra a apreensão de que a participação destas se possa *repercutir negativamente* 'no moral e na coesão' das equipas de comando ('fire teams')», e considerei as observações do advogado do Governo britânico contidas num documento apresentado ao tribunal nacional no quadro do processo a título principal dotadas de um «acento claramente... 'social'...». Por outro lado, pergunto-me «se não é possível verificar... se a eficácia no combate pode ser mantida mesmo quando são admitidas mulheres, tendo em conta sobretudo o modo como os camaradas de armas vêem efectivamente a sua presença...» (n.º 45, o sublinhado não figura no original).

35 — V. Sirdar, n.º 34 das conclusões.

efeitos do artigo 2.°, n.° 2, por força do artigo 9.°, n.° 2, da directiva [36] nos termos do qual os Estados-Membros devem apreciar periodicamente se é justificado manter as discriminações admitidas nos termos do artigo 2.°, n.° 2, «tendo em consideração a evolução social». Como se vê, a tese defensiva das autoridades alemãs, sem ser, porém, fundada expressamente no artigo 9.°, n.° 2, da directiva, parece fazer eco do pensamento do advogado-geral Darmon. A acolher tal orientação, o âmbito de aplicação do artigo 2.°, n.° 2, seria definido na base de um elemento estranho aos dois únicos factores nele considerados como pertinentes para permitir derrogações ao princípio da igualdade de tratamento: a «natureza» e as «condições de exercício» de determinadas actividades profissionais. Chegar-se-ia, assim, a uma interpretação extensiva da reserva em relação à qual o Tribunal de Justiça, pelo contrário, mesmo qualificando-a como excepção, estabeleceu que deve ser interpretada restritivamente, da mesma forma que o artigo 2.°, n.° 3, da directiva [37]. Em substância, incluir genéricos «imperativos... que têm natureza social» (entre os quais, por exemplo, o de proteger a mulher em casos estranhos ao artigo 2.°, n.° 3, da directiva) no processo de interpretação da disposição em exame faria surgir, em minha opinião, o risco concreto de privar de efeito útil o conjunto da directiva. Ao adoptar esta última, a Comunidade propôs-se concretizar a igualdade de tratamento entre homens e mulheres — ou melhor, de «*promover* a igualização no *progresso* das condições de vida e de trabalho da mão-de-obra» [38] —, um dos direitos fundamentais da pessoa humana [39], agora objecto de disposições específicas também a nível primário [40]. O critério de interpretação correcto do artigo 2.°, n.° 2, conjugado com o disposto no artigo 9.°, n.° 2, não é, portanto, o que parecia expor o advogado-geral Darmon.

36 — V. nota 32, *in fine*, em que saliento, todavia, que o Tribunal de Justiça não parece partilhar esse ponto de vista.

37 — V. acórdão Johnston, n.os 36 e 44.

38 — V. terceiro considerando da directiva (sublinhado é meu).

39 — V., *ex multis*, os acórdãos de 15 de Junho de 1978, Defrenne (149/77, Colect., p. 463, n.° 27), de 20 de Março de 1984, Razzouk e Beydoun/Comissão (75/82 e 117/82, Recueil, p. 1509, n.° 16), de 26 de Fevereiro de 1986, Roberts (151/84, Colect., p. 703, n.° 35), de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall (152/84, Colect., p. 723, n.° 36, de 26 de Fevereiro de 1986, Beets-Proper (262/84, Colect., p. 773, n.° 38), Johnston, já referido, n.° 38, de 2 de Agosto de 1993, Levy (C-158/91, Colect., p. I-4287, n.° 16), e de 30 de Abril de 1996, P/S (C-13/94, Colect., p. I-2143, n.° 19).

40 — Em relação ao princípio da igualdade de tratamento, o quadro normativo comunitário viu perfilarem-se importantes novidades, se bem que posteriores aos factos objecto do processo a título principal. O Tratado de Amesterdão de 2 de Outubro de 1997 aditou um novo quatro considerando ao Tratado da União Europeia, em que os Estados-Membros confirmam «o seu apego aos direitos sociais fundamentais, tal como definidos na Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de Outubro de 1961, e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989». Ambas as cartas consagram o direito à igualdade de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres. Mas sobretudo, sempre em virtude das alterações introduzidas pelo Tratado de Amesterdão, no seio do Tratado CE, o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres não é já limitado aos aspectos retributivos da relação de trabalho (v. artigo 119.° do Tratado CE, actual artigo 141.° CE, os artigos 117.° a 120.° do Tratado CE foram substituídos pelos artigos 136.° CE a 143.° CE), mas, com uma série de normas «programáticas», torna-se um princípio inspirador e um objectivo da acção da Comunidade. Assim, entre as alterações do Tratado CE introduzidas no âmbito do Tratado de Amesterdão assinalam-se ainda: o novo texto do artigo 2.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 2.° CE), que prevê actualmente, entre os vários objectivos que a Comunidade deve promover, «a igualdade entre homens e mulheres»; o novo n.° 2 do artigo 3.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 3.° CE, que enumera as competências da Comunidade), nos termos do qual «na realização de todas as acções previstas no presente artigo, a Comunidade terá por objectivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres»; para conseguir os objectivos sociais indicados no artigo 117.° do Tratado CE (os artigos 117.° a 120.° do Tratado CE foram substituídos pelos artigos 136.° CE a 143.° CE) — entre os quais figuram a promoção do emprego e a melhoria das condições de vida e de trabalho — o novo artigo 118.° do Tratado CE atribui à Comunidade a competência para apoiar e completar a acção dos Estados-Membros em vários domínios do emprego, incluindo a «igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho» (v. Mori, P., «La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam», em *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 571).

21. O ponto de partida para interpretar as disposições em análise encontra-se, de qualquer maneira, já exposto *supra* nos n.os 15 a 19. Retomo aqui o discurso para advertir como a tomada em consideração da «evolução social» pode ajudar o intérprete que se encontra na situação de ter de determinar quais são os efeitos — sobre as pessoas diferentes do trabalhador masculino ou do trabalhador feminino — a considerar quando se tem de estabelecer se o sexo é condição determinante para o exercício de uma dada actividade profissional. O Tribunal de Justiça parece ter-se pronunciado já em tal sentido. No acórdão Comissão/Reino Unido, examinou, à luz do disposto no artigo 2.°, n.° 2, conjugado com o disposto no artigo 9.°, n.° 2, da directiva, uma regulamentação nacional discriminatória. O caso dizia respeito a disparidades de tratamento *específicas,* limitadas entre homens e mulheres no que toca à actividade de obstetra [41]. Para demonstrar a legitimidade da sua legislação, o Governo britânico provou ao Tribunal que tinha realizado um reexame periódico dela, o último mediante uma ampla consulta, tendo por objecto dois estudos sobre obstetras do sexo masculino, com as autoridades da saúde, com as ordens profissionais e com outras organizações [42]. Nesta base, o Tribunal de Justiça declarou que as disposições criticadas pela Comissão não excediam os limites impostos pelo artigo 2.°, n.° 2, porquanto, à luz da (comprovada) evolução social no Estado-Membro em questão, permitir o acesso à profissão de obstetra, e o seu exercício incondicionado, a pessoas do sexo masculino ter-se-ia repercutido negativamente sobre as pacientes, quando «o respeito pela sensibilidade da paciente se impõe muito particularmente» (n.° 18) [43]. Segundo o Tribunal de Justiça, «há... que reconhecer que *actualmente* as susceptibilidades pessoais podem desempenhar um papel muito importante *nas relações entre o obstetra e a paciente.* Nestas condições, é permitido reconhecer que, omitindo dar plena execução ao princípio [da igualdade de tratamento] estabelecido na directiva, o Reino Unido não ultrapassou os limites da faculdade reconhecida aos Estados-Membros pelos artigos 9.°, n.° 2, e 2.°, n° 2, da directiva» (n.° 20, o sublinhado é meu). Parece-me, assim, poder haver uma certa afinidade entre o caso da actividade de obstetra e das suas pacientes e o dos camaradas da unidade de comando dos Royal Marines [44]; em ambos os casos, não parece possível excluir a incidência que — tendo em conta a sensibilidade pessoal dos interessados, certamente a evoluir no tempo — o sexo pode ter nas relações entre pessoas que, no exercício de uma determinada actividade profissional, são levadas a encontrar-se em estreito contacto.

41 — Aos homens era permitido seguir os cursos para obstetra só nos centros do ministério competente (um em Londres e outro no centro da Escócia), e o exercício por eles dessa actividade era apenas possível nos locais indicados pelo ministro, isto é, em quatro hospitais de Londres e de Edimburgo (v. conclusões do advogado-geral Rozès, Recueil 1983, p. 3458).

42 — V. conclusões do advogado-geral Rozès, Recueil, p. 3458. Incidentalmente, observo que o Governo alemão não forneceu a menor prova de ter jamais reexaminado, pelo menos periodicamente, as disposições discriminatórias em análise, nos termos do artigo 9.°, n.° 2, da directiva. O acórdão Sanitätsdienst de 1996, para o qual se remete (v. nota 6) não fez mais que reiterar a *ratio* que historicamente terá induzido o legislador constitucional a introduzir, quarenta anos antes, o «dever» de proteger as mulheres de forma mais extensa possível.

43 — O Governo britânico insistiu sobre as características específicas da actividade de obstetra com o receio de recusa por parte de algumas mulheres (ou dos seus maridos) do apoio de obstetras do sexo masculino e sublinhou a carácter insubstituível da actividade que as obstetras desenvolvem — «sozinhas, especialmente de noite, no sector de maternidade de um hospital e, sobretudo, no domicílio das pacientes» — durante o período anterior e, sobretudo, posterior ao parto no qual se requerem cuidados atinentes à intimidade da mulher (v. conclusões do advogado-geral Rozès, Colect., pp. 3458 e 3459).

44 — Remeto para as passagens das minhas conclusões no caso Sirdar citadas na nota 34.

22. A reserva consagrada no artigo 2.°, n.° 2, da directiva não permite qualquer diferença de tratamento escorada em considerações genéricas de ordem social ou política. Discriminações em razão do sexo não são, em princípio, excluídas, mas são justificadas apenas quando o legislador nacional as tenha previsto em virtude de exigências *específicas*, *intimamente ligadas* à natureza ou às condições de exercício de um trabalho, eventualmente emergentes do tecido cultural de um país num determinado momento histórico. E deve, em todo o caso, tratar-se de exigências decisivas para o exercício da actividade laboral específica em questão.

23. Se lermos correctamente as disposições conjugadas dos artigos 2.°, n.° 2, e 9.°, n.° 2, da directiva, veremos que existem outros motivos para excluir que as desigualdades de tratamento adoptadas em razão do sexo possam ser justificadas com a pura e simples referência a genéricas exigências políticas de protecção da mulher, até, no nosso caso, contra os riscos que podem correr os «combatentes». Para precisar o meu ponto de vista, começo com a observação de que, a pretender aderir à tese das autoridades alemãs, acabar-se-ia por privar o disposto no artigo 2.°, n.° 3, da directiva de qualquer efeito útil, senão mesmo da sua razão de ser [45]. E isto, porque não se conseguiria explicar como tal preceito deve ser rigorosamente aplicado apenas a casos de protecção biológica da mulher. A isto acresce que o artigo 2.°, n.° 3, influi, por sua vez, no alcance do artigo 3.°, n.° 2, alínea c), da directiva [46], como indicou o Tribunal de Justiça, de modo que esta última disposição, caso se acolhesse o ponto de vista do Governo alemão, ficaria privada de relevância prática. Mas, há mais ainda. Como observei, o Tribunal de Justiça limita essa excepção, segundo jurisprudência constante, *exclusivamente* às diferenças de tratamento motivadas pela exigência de assegurar a «protecção da condição biológica da mulher» (v. n.° 13). Tal excepção é entendida assim e não de outra maneira, e por isso, a par da reserva prevista no artigo 2.°, n.° 2 (qualificada pelo Tribunal de Justiça, repito, também como uma excepção), ela só pode ser interpretada em sentido restritivo [47]. Por outro lado, este Tribunal já rejeitou claramente a tese de que o artigo 2.°, n.° 3, pudesse justificar uma desigualdade de tratamento de carácter «protector», que tinha razão de ser muito semelhante ao objectivo político aqui prosseguido pelo legislador constitucional alemão: a opinião pública. No acórdão Johnston, o Tribunal declarou que «[o artigo 2.°, n.° 3,] da directiva não permite... excluir as mulheres de um trabalho com o fundamento de que a *opinião pública exigiria* que elas fossem mais protegidas do que os homens contra os riscos que afectam os homens e as mulheres da mesma maneira e que são diferentes das necessidades de protecção específicas da mulher...» (n.° 44, o sublinhado é meu). Parece-me, portanto, que, nesta lógica, a directiva obsta a *qualquer* medida discriminatória de natureza «pro-

45 — Sobre a importância de assegurar a plena eficácia prática do artigo 2.°, n.° 3, da directiva, v. acórdão Habermann-Beltermann, n.° 24, e acórdão de 29 de Maio de 1997, Larson (C-400/95, Colect., p. I-2757, n.° 22).

46 — V. acórdão Jonhston, n.° 44. Nos termos do artigo 3.°, n.° 2, da directiva «[a fim de garantir a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo], os Estados-Membros adoptarão [num prazo de quatro anos a contar da notificação da directiva, v. artigo 9.°, n.° 1] as medidas necessárias a fim de que:... c) sejam revistas as disposições... contrárias ao princípio da igualdade de tratamento em relação às quais a preocupação de protecção que as inspirou na origem tenha deixado de ter fundamento...».

47 — V. Johnston, n.° 44.

tectora» estranha ao âmbito de aplicação do artigo 2.°, n.° 3 [48].

24. Adoptar a tese contrária conduziria, por outro lado, a manter a marginalização das mulheres nalguns sectores apenas do Bundeswehr com o risco de perpetuar o velho estereótipo da divisão entre os sexos [49]. A tudo isto acresceria ainda, como o observou a doutrina alemã, a negação da independência moral da mulher, resultante da impossibilidade de alistar-se como voluntária [50].

5 — Uma derrogação na base do disposto no artigo 2.°, n.° 2, diz respeito a actividades profissionais específicas

25. No presente processo, a Comissão e o Governo italiano admitiram que, embora uma exclusão das mulheres das forças armadas motivada por intentos de carácter «protector» seja, em princípio, admissível, poderá dizer-se efectivamente legítima apenas quando diga respeito a actividades específicas, cujas condições de exercício comportem, em concreto, riscos de particular importância, tais como os das unidades armadas de polícia numa situação de guerra civil ou de uma unidade especial das forças de ataque de um país (v. n.° 14).

26. Com efeito, segundo o Tribunal de Justiça, limitações ao princípio da igualdade de tratamento fundadas no artigo 2.°, n.° 2, podem dizer respeito apenas a actividades profissionais *específicas* [51]. Em relação a uma derrogação de carácter geral ao princípio da igualdade de tratamento no que toca a empregos em casas privadas, no acórdão Comissão/Reino Unido, o Tribunal de Justiça excluiu *in toto* a pertinência do artigo 2.°, n.° 2, «se bem que seja incontestável que, para certos empregos... essa justificação [respeito da vida privada] pode desempenhar um papel determinante» (n.° 14). No acórdão Comissão/França (318/86), o Tribunal de Justiça declarou, a seguir, como não suficientemente específica uma derrogação ao princípio da igualdade de tratamento que dizia respeito às mulhe-

48 — Neste mesmo sentido, v., por exemplo, H. Fenwick, *op. cit.*, p. 79.

49 — V., no mesmo sentido, os acórdãos do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha) de 28 de Janeiro de 1992 sobre a proibição do trabalho noturno (Nachtarbeitsverbot) das mulheres (1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 e 10/91, *BVerfGE*, vol. 85, pp. 191 a 207), e de 24 de Janeiro de 1995, que julgou inconstitucional a exclusão das mulheres do serviço obrigatório nos bombeiros (Feuerwehrdienstpflicht; 1 BvL 18/93 e 5, 6, 7/94, 1 BvR 403, 569/94, *BVerfGE*, vol. 92, p. 91). Com efeito, a questão da protecção da mulher é um tema bastante recorrente na legislação laboral alemã (v. Harvey, R. «Equal Treatment of Men and Women in Work Place; the Implementation of European Community's Equal Treatement Legislation in the Federal Republic of Germany», em *The American Journal of Comparative Law*, 1990, p. 31). Que tal «protecção» corre o risco de relegar a mulher para o tradicional papel de mulher e mãe transparece da insistência com que ainda em 1992 — isto é, um ano depois do acórdão Stoeckel (v. nota 20), em que o Tribunal de Justiça, pela primeira vez, julgou injustificadamente discriminatória a proibição do trabalho noturno das mulheres — o ministro federal do Trabalho e dos Assuntos Sociais (Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung) defendeu o princípio da Nachtarbeitsverbot, que remonta a uma lei de 1891. Do referido acórdão do Bundesverfassungsgericht, em que é claramente afirmado o princípio da superioridade da directiva em relação às disposições nacionais com ela incompatíveis, resulta que a administração — suscitando as mais vivas críticas da Federação Alemã das Mulheres Juristas (Deutscher Juristinnenbund) e da Associação das Mulheres Alemãs (Deutsche Frauenring) que intervieram no processo — tentou justificar a proibição em questão com o facto de «as mulheres terem, muito mais frequentemente que os homens, a responsabilidade dos filhos e dos trabalhos domésticos para além da sua actividade profissional» (*op. cit.*, p. 200). Reflexões semelhantes encontram-se na comunicação da Comissão de 20 de Março de 1987, sobre a legislação protectora das mulheres nos Estados-Membros da Comunidade Europeia, COM(87) 105 final, parágrafo I-4, p. 5; a seguir, «comunicação».

50 — V. Kokott (*op. cit.*, artigo 12.°a, ponto 6).

51 — V. acórdãos Comissão/Reino Unido, n.^{os} 14 a 16; de 30 de Junho de 1988, Comissão/França (já referido, n.° 25) e as conclusões do advogado-geral Sir Gordon Slynn neste processo (Colect., pp. 3570 e 3571), e as minhas conclusões no processo Sirdar (n.^{os} 35 a 37)

res não já em relação ao conjunto das forças de polícia francesas, mas apenas em relação a cinco unidades de polícia [52]; em substância, segundo o Tribunal de Justiça, só depois de ter individualizado *no seio* destas unidades *actividades específicas* para as quais o sexo constitui uma condição determinante que são admissíveis derrogações nos termos do artigo 2.°, n.° 2, da directiva (n.os 25 a 30).

27. No caso em apreço, a exclusão das mulheres do Bundeswehr não se limita a unidades específicas, mas visa indistintamente *todos* os sectores que não os da saúde ou da música militar. O Governo alemão defendeu-se sustentando que a exclusão é necessariamente total porque todas as unidades combatentes devem poder ser utilizadas de modo «interactivo» (v. n.° 14), sem possibilidade de distinguir entre missões da linha da frente (mais arriscadas) e da retaguarda (menos arriscadas). Por outras palavras, a interoperabilidade geral do Bundeswehr bastaria para tornar específica a derrogação contemplada quer pelo artigo 12.°a da GG quer pelas normas adoptadas na base de tal disposição constitucional. Tal interactividade (ou interoperabilidade) faz lembrar a «permutabilidade» que caracteriza as forças de polícia — de que se tratava no caso Comissão/ /França (318/86) — que, segundo o Governo francês, deveria ter justificado o sistema de recrutamento utilizado em determinadas unidades [53]. Aquele sistema, todavia, foi considerado incompatível com a directiva, pois que era duvidoso que o princípio da «permutabilidade» fosse necessário e concretamente aplicado. A «interoperabilidade» que deveria, no nosso caso, caracterizar o Bundeswehr no seu conjunto apresenta também, no plano conceitual, algumas semelhanças com a «interoperatividade» dos Royal Marines. Segundo do tribunal de reenvio, no caso Sirdar, o Governo britânico tinha provado de modo incontrovertido que o princípio da «interoperatividade» era efectivamente aplicado de forma constante a todos os elementos dos Royal Marines [54]; por esta razão, considerei suficientemente específica a medida discriminatória objecto do processo a qual dizia respeito, todavia, a *todos* os empregos nos Royal Marines [55]. Fazendo aplicação dos princípios que se extraem do acórdão Comissão/França (onde me inspirei no caso do processo Sirdar) sou, portanto, de opinião que a «interoperabilidade» a que estariam sujeitos os soldados do Bundeswehr não basta para tornar admissível a discriminação em apreço, dado as autoridades alemãs não terem provado que ela constitui uma regra efectivamente aplicada a todas as outras unidades «combatentes», isto é, que não as unidades da saúde e da música militar.

28. Isto não é tudo. Uma interoperabilidade aplicada ao conjunto das forças armadas dificilmente se conciliaria com a crescente especialização das diversas unidades, dotadas de meios de combate cada vez mais sofisticados e cujos soldados são preparados frequentemente para técnicas

52 — Os comissários da polícia, os comandantes e oficiais da polícia, os inspectores da polícia, os investigadores da polícia, os graduados e os agentes da polícia (v. Colect., p. 3561 e 3562).

53 — Quanto a este ponto, v. as minhas reflexões nas conclusões apresentadas no processo Sirdar, n.° 36.

54 — V. n.° 7 das minhas conclusões.

55 — V. n.os 35 e 36 das minhas conclusões.

militares próprias da secção ou da unidade específica. Assim, parece pouco convincente a pretensão de querer manter a possibilidade de afectar todos os «combatentes» a funções diversas daquelas para as quais se está preparado para desempenhar, porventura, com a utilização de armas cujo uso requer uma familiaridade que não se adquire em pouco tempo. Em contrapartida, os Royal Marines são submetidos — sem excepção alguma — a uma mesma, longa e especial preparação (destinada ela mesmo a garantir a mais completa interoperacionalidade) e são potencialmente destinados às mesmas missões. Nesse caso, vimos que também os cozinheiros, como os outros soldados, devem, além disso, passar três vezes no ano um exame destinado a verificar a sua constante forma física [56].

29. A falta de especificidade que caracteriza a derrogação ao princípio da igualdade de tratamento enunciado no artigo 12.°a GG e nas disposições adoptadas com fundamento nele parece ser contrária à jurisprudência do Tribunal de Justiça sob um outro aspecto: as discriminações para as quais se invoca a reserva do artigo 2.°, n.° 2, deve ser suficientemente transparente para efeitos de permitir um controlo eficaz delas por parte da Comissão [57]. No caso em apreço, dado o seu carácter genérico, as disposições nacionais objecto do pedido de decisão prejudicial não permitem estabelecer se todas as unidades em que as mulheres não podem alistar-se «correspondem efectivamente às actividades específicas para as quais, nos termos do n.° 2 do artigo 2.° da directiva, o sexo constitui uma condição determinante» [58]. Para a manutenção da desigualdade de tratamento em questão parece, de resto, ter contribuído, seja-me permitido salientar, a própria Comissão. No decurso do presente processo, o Tribunal de Justiça dirigiu-lhe por escrito uma questão precisa, destinada a verificar em que medida a Comissão tinha providenciado no sentido de controlar, de harmonia com o disposto no artigo 9.°, n.° 2, da directiva, as profissões e as actividades em relação às quais diversos Estados-Membros (incluindo a Alemanha) excluem a aplicação do princípio da igualdade de tratamento por força do artigo 2.°, n.° 2, da directiva [59]. Como já no passado [60], a Comissão não forneceu, a este respeito, dados concretos.

30. O que se disse até aqui leva a considerar que a exclusão objecto do presente pedido de decisão prejudicial não entra no âmbito de aplicação nem do artigo 2.°, n.° 2, nem no do artigo 2.°, n.° 3, da directiva e é, portanto, incompatível com ela. Para o caso de este Tribunal chegar a conclusão oposta, considero todavia oportuno acrescentar algumas reflexões sobre a procedência da justificação avançada pelas autoridades alemãs e sobre a proporcionalidade do regime por elas adoptado. Caso o Tribunal de Justiça entenda que a directiva

56 — V. n.os 6 e 7 das minhas conclusões no processo Sirdar.

57 — V. acórdão de 30 de Junho de 1988, Comissão/França (n.os 25 e 26); no mesmo sentido, em substância, o acórdão Comissão/Alemanha (n.os 36 e segs.).

58 — V. acórdão de 30 de Junho de 1988, Comissão/França (n.° 27).

59 — No acórdão Comissão/Alemanha, n.° 38, o Tribunal de Justiça fez expressa referência a este preciso poder-dever de controlo da Comissão, guardiã do Tratado.

60 — V. acórdão Comissão/Alemanha, n.° 34.

não se opõe à regulamentação nacional em apreço, caberá, de facto, ao tribunal nacional — no âmbito da repartição das competências estabelecida pelo artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE) — verificar se o indeferimento oposto a T. Kreil pode efectivamente ser justificado e conforme ao princípio de proporcionalidade [61]. Existe um primeiro ponto preliminar sobre o qual pretenderia fixar a atenção. As autoridades alemãs consideram poder determinar discricionariamente que derrogações ao princípio da igualdade de tratamento consagradas na directiva podem ser introduzidas por motivos socioculturais. Que fundamento existe, porém, para tal pretensão?

6 — O papel do poder de discriminação na determinação das derrogações ao princípio da igualdade de tratamento

31. Segundo o Governo alemão, o poder discricionário de adoptar derrogações nos termos há pouco apresentados seria, no caso em apreço, justificado por razões de carácter histórico com as quais se explica o «dever moral de protecção das mulheres» nos termos do artigo 12.°a da GG. As autoridades alemãs aproximam assim o presente caso do considerado pelo Tribunal de Justiça em matéria de limitações à livre circulação dos trabalhadores que são impostas por razões de ordem pública, na acepção do artigo 48.°, n.° 3, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 39.°, n.° 3, CE). Nos acórdãos Van Duyn [62] e Bouchereau [63], considerando que «as circunstâncias específicas que (em sede de adopção de medidas de expulsão de cidadãos estrangeiros) poderiam justificar o recurso à noção de ordem pública podem variar de país para país e de época para época», o Tribunal de Justiça declarou que «é necessário, nesta matéria, reconhecer às autoridades nacionais competentes uma margem de apreciação...» [64]. Não direi, porém, que o mesmo critério possa e deva valer para o presente processo.

32. Observei no processo Sirdar, em que o Reino Unido tinha avançado uma tese semelhante à que agora propõe o Governo alemão, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça não impõe ao tribunal nacional, em matéria de controlo da procedência e da proporcionalidade dos fundamentos avançados para uma derrogação nos termos do artigo 2.°, n.° 2, ter em conta aquela «certa

61 — V. acórdão Johnston, n.os 38 e 39.

62 — Acórdão de 4 de Dezembro de 1974 (41/74, Colect., p. 567, n.os 18 e 19).

63 — Acórdão de 27 de Outubro de 1977 (30/77, Colect., p. 715, n.os 33 a 35).

64 — Acórdão Bouchereau, n.° 34, v. também o acórdão Van Duyn, n.° 18.

margem de apreciação» de que pretenderia dispor o Estado-Membro em questão [65].

pode atribuir um efeito protector do qual resultaria garantido que as mulheres com cidadania alemã, mesmo não admitidas (salvo excepções) no Bundeswehr, escapem seguramente a qualquer risco ligado aos ataques do inimigo ou à consequência de ser declaradas prisioneiras de guerra em caso de captura.

7 — Elementos para a determinação da procedência e da proporcionalidade da derrogação em questão

33. O Governo alemão alega que, manifestamente inspirado como era no direito humanitário internacional, o artigo 12.°a da GG e a regulamentação de execução de tal disposição são o único meio para conseguir o objectivo de assegurar que em «caso algum» as mulheres sejam expostas ao fogo inimigo na qualidade de «combatentes» (v. n.° 12). Na realidade, como veremos de seguida, nem à Constituição alemã nem à convenção e ao protocolo se

34. Como as próprias autoridades alemãs declararam no decurso da audiência perante o Tribunal de Justiça, as forças armadas federais são dotadas, por força do artigo 87.°b da GG, de uma estrutura administrativa própria, de natureza civil, com cerca de 142 000 pessoas (para cerca de 330 000 soldados), cujas tarefas principais são a gestão do pessoal e a satisfação directa das necessidades materiais do Bundeswehr. Entre os civis empregados em tais tarefas figuram, sempre com apoio nos dados fornecidos pelas autoridades alemãs, cerca de 49 500 mulheres. Ora, não parece poder reter-se que o direito humanitário internacional permita a *todos* aqueles que pertencem a essa administração gozar da protecção assegurada à população civil pelo artigo 51.° do protocolo. Aquele direito parece admitir, aliás, pelo menos em alguns casos, que os encarregados da administração sejam considerados «prisioneiros de guerra» à semelhança dos «combatentes». Nos termos do artigo 50.° do protocolo e do artigo 4.°, A, n.° 4, da convenção (para o qual remete a primeira dessas disposições), «[não pertencem à população civil, isto é, são combatentes] as pessoas que acompanham as forças armadas sem fazer parte delas, tais como os membros civis das tripulações dos aviões militares, correspondentes de guerra, fornecedores, membros de unidades de trabalho ou dos serviços encarregados do bem-

65 — V. n.os 40 e 41 das minhas conclusões no processo Sirdar, onde invoco o acórdão Johnston. Com mais directa referência às razões históricas invocadas como fundamento do artigo 12.°a da GG, recordo que, no acórdão Vogt/Alemanha (acórdão de 26 de Setembro de 1995, série A, vol. 323), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») se mostrou bastante reticente em partilhar a posição então expressa pelo Governo alemão, segundo a qual a experiência vivida pela Alemanha durante o período que conduziu ao regime nazista constituía uma justificação válida de uma medida manifestamente contrária à liberdade de expressão. Com referência ao despedimento de um professor de uma escola secundária baseado na sua deslealdade à Constituição democrática por ser membro activo do Partido Comunista alemão (Deutsche Kommunistische Partei), o TEDH decidiu que nem a experiência vivida pela Alemanha durante a República de Weimar, que conduziu ao «pesadelo do nazismo», pode justificar uma medida tão radical ditada pela defesa de valores fundamentais como a segurança nacional e a ordem pública (v. n.os 49 e segs.). Numa perspectiva semelhante à do presente processo, o Governo alemão tinha sustentado que a República Federal da Alemanha está investida de uma responsabilidade particular na luta contra todas as formas de extremismo, de direita ou de esquerda, e que, por esta precisa razão e à luz da experiência da República de Weimar, todo o funcionário público está vinculado por um dever especial de lealdade política, posto que a administração constitui a pedra angular de uma «democracia capaz de se defender a si mesma» (n.° 54). Digna de realce é a afirmação do TEDU segundo a qual «é impressionante o carácter *absoluto* do dever de lealdade política (dos funcionários) tal como é interpretado pelos tribunais alemães» (n.° 59, sublinhado é meu).

estar das forças armadas... que acompanham...». Estas mesmas pessoas, além disso, caso sejam capturadas pelo inimigo, são consideradas «prisioneiros de guerra», por força do artigo 4.° da convenção. Em meu entender, portanto, o Verwaltungsgericht Hannover deveria controlar quais são em concreto as funções a que as mulheres são afectadas por força do artigo 87.°b da GG, e isto com a finalidade de verificar se, nos termos das citadas disposições do direito humanitário internacional, o seu emprego em funções de apoio ao Bundeswehr é coerente com a *ratio* do artigo 12.°a da GG.

35. Deve, além disso, ter-se em conta considerações de ordem prática: não se vê, de facto, como garantir que as mulheres afectadas, por força do artigo 87.°b da GG, ao quartel general ou a outros postos de comando — para exercer, por exemplo, actividades de secretaria — ou a funções auxiliares numa qualquer unidade do Bundeswehr, possam escapar totalmente aos riscos «reservados» pelo direito humanitário internacional aos «combatentes». É bem sabido que, nos dias de hoje, graças aos modernos sistemas de armas de longo alcance, em caso de conflito, entre os primeiros objectivos figuram particularmente os centros nevrálgicos da estrutura de comando de um exército. Aqui existe, portanto, um grande número de mulheres, cerca de 49 500, admitidas na administração do Bundeswehr e chamadas a desempenhar uma ampla gama de actividades «não militares» ao lado dos soldados (também eles afectados, segundo o Governo alemão, a actividades administrativas), que dever-se-ia considerar que não estão ao abrigo de eventuais ataques do inimigo. O tribunal *a quo* deveria, portanto, apreciar a racionalidade de uma medida «protectora» que, por um lado, não elimina inteiramente os riscos que se querem evitar e, por outro, tem o efeito de marginalizar as mulheres em relação a 300 000 postos de trabalho (os quais, como recordou a Comissão, não sofrem a incidência das conjunturas negativas da economia e do mercado e garantem uma formação técnico-profissional extremamente útil quando os interessados se encaminhem para actividades de carácter civil)[66]. Sob este aspecto, o tribunal de reenvio deveria, em particular, assegurar-se de que as mulheres, mesmo desempenhando funções «civis», não compartilham, na realidade, os mesmos riscos que correm, porventura mesmo somente na retaguarda, os próprios soldados.

36. A exclusão praticamente absoluta das mulheres do Bundeswehr motivada simplesmente por intuitos de carácter «protector» parece estar em contradição com aquela que, ao contrário, se afigura ser uma política de emprego das mesmas bastante mais aberta em relação a outras

66 — A mistura das funções civis e militares e a proximidade de uns e outros na administração do Bundeswehr é ainda acentuada pelo facto de, como sublinhou o Governo alemão, as forças armadas dos outros países não conhecerem uma repartição das funções entre as «civis» e as «militares», sendo a gestão confiada, na prática, exclusivamente aos militares. Sendo assim, volto a perguntar-me como é possível assegurar-se de que as mulheres, empregadas em grande número nas actividades de apoio ao Bundeswehr, não sofram «em caso algum» ataques lançados pelo inimigo contra alvos como as bases militares, os depósitos de material de guerra e toda a infra-estrutura logística.

actividades que, todavia, comportam perigos consideráveis. Refiro-me, em particular, às actividades de bombeiro[67] e de polícia[68]. Sobretudo a segunda, não se caracterizando, no entanto, por riscos da mesma natureza que os que dizem respeito aos soldados em caso de guerra, expõem, porém, sempre os elementos das suas forças a perigos quotidianos sérios, incluindo combates com armas de fogo contra criminosos de delito comum e contra terroristas. Quanto aos bombeiros, o recente acórdão do Bundesverfassungsgericht (v. nota 49) considera discriminatória mesmo a exclusão das mulheres do serviço obrigatório. A este propósito, no decurso da audiência perante este Tribunal, o Governo alemão limitou-se a observar que a diferença de tratamento reservada aos empregos na polícia e no Bundeswehr é devida ao facto de só os soldados serem «combatentes» na acepção do direito humanitário internacional. Como já disse, o ter ou não o estatuto de combatente é um aspecto cuja pertinência, para efeitos da presente investigação, é já, por si, susceptível de controlo por parte do tribunal nacional (v. n.os 33 e 35). O que interessa mais, porém, é que o tribunal de reenvio verifique se o tratamento radicalmente diferente das mulheres em relação aos homens no sector das forças armadas pode efectivamente justificar-se na base dos perigos *propriamente* inerentes a tal actividade.

37. Finalmente, quanto aos riscos ligados à captura, isto é, o estatuto de «prisioneiro de guerra», à luz do direito humanitário internacional actual — bastante mais desenvolvido do que o era no período imediato à Segunda Guerra Mundial[69] — afiguram-se, sem dúvida, menores do que os que corriam os soldados no período histórico recordado pelo Governo alemão, isto é, o correspondente ao Terceiro Reich,

67 — No acórdão Feuerwehrdienstpflicht (v. nota 49), o Bundesverfassungsgericht julgou inconstitucional a exclusão — prevista pela legislação de mais de metade dos *Länder* — das mulheres do serviço *obrigatório* nas unidades de bombeiros, *porque não justificada objectivamente pela exigência de proteger as mulheres de riscos, a que, porém, não estão expostos os homens, e susceptível de perpetuar uma repartição tradicional de funções* (p. 109 a 113). O acórdão é particularmente significativo na medida em que, durante os anos 70 e 80, o Bundesverfassungsgericht tinha repetidamente decidido que a exclusão das mulheres daquelas actividades (previstas para todos os homens adultos fisicamente aptos, mas que pode ser substituída mediante o pagamento de uma taxa municipal especial, Feuerwehrabgabe, no caso de existir um número de voluntários suficiente para desempenhar as funções atribuídas às corporações de bombeiros) era objectivamente justificada em consideração dos riscos a elas inerentes, e mesmo que, em numerosos *Länder*, até 1978, as mulheres pudessem alistar-se como voluntárias (para uma melhor compreensão da problemática discutida pelo Bundesverfassungsgericht, v. acórdão de 18 de Julho de 1994, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Schmidt/Alemanha, série A, vol. 291-B).

68 — Já Zuleeg (*op. cit.*, p. 1020) salientou esta contradição. Pense-se, também, sempre a título de exemplo, na actividade de assistente social nos estabelecimentos prisionais masculinos: no processo Von Colson e Kamann (acórdão de 10 de Abril de 1984, 14/83, Recueil, p. 1891), ao pôr ao Tribunal de Justiça uma série de questões prejudiciais versando sobre sanções previstas pelo direito nacional contra a entidade patronal arguida por discriminações em razão do sexo, o tribunal de reenvio alemão não teve dúvidas acerca da natureza discriminatória da recusa, por parte de um estabelecimento prisional masculino, a admitir duas assistentes sociais diplomadas, por motivos atinentes ao sexo, indicando «os problemas e os riscos ligados à admissão de candidatos do sexo feminino pelos estabelecimentos desse género (v. n.os 2 e 3).

69 — Segundo Rodley, antes do segundo conflito mundial, o direito internacional para a protecção dos direitos humanos não existia (*op. cit.*, p. 1) e começou a desenvolver-se, também em relação aos conflitos armados, apenas com as três convenções de Genebra, às quais se aditou toda uma série de instrumentos internacionais que não se limitaram à definição de regras («standard setting»), mas que contêm também mecanismos para assegurar o respeito dos compromissos assumidos internacionalmente pelos Estados (o mais conhecido é o processo aprovado pelo Conselho Económico e Social das Nações Unidas, na Resolução n.º 1503 de 27 de Maio de 1970, por força da qual a Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas foi investida do poder de efectuar investigações ou estudos detalhados de violações presumidas graves dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; v. N. Rodley, *op. cit.*, p. 6, nota 18).

em que se inspirou o legislador constitucional alemão de 1956 (v. n.° 12). Ao considerar a proporcionalidade das medidas nacionais em questão no presente processo não deveria deixar-se, em meu entender, de dar alguma importância à evolução num sentido muito mais «protector» para o qual se orientou o direito humanitário internacional nos últimos 50 anos.

38. Formulada a conclusão segundo a qual a directiva constitui obstáculo à discriminação objecto da presente questão prejudicial, chamei a atenção para uma série de elementos que o tribunal nacional poderá ter em consideração, no exercício da fiscalização que lhe compete, a fim de estabelecer se a exclusão quase integral das mulheres do Bundeswehr pode efectivamente justificar-se com o fundamento adoptado pelas autoridades alemãs e se ela é proporcional.

VI — Conclusão

39. Por conseguinte, ao pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgericht Hannover deverá, em meu entender, responder-se como se segue:

«A 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, opõe-se às disposições nacionais, tais como o artigo 1.°, n.° 2, terceira frase, da Soldatengesetz, na versão de 15 de Dezembro de 1995, alterada em último lugar pela lei de 4 de Dezembro de 1997, e o artigo 3.°a do Soldatenlaufbahnverordnung, na versão promulgada em 28 de Janeiro de 1998, que proíbem as mulheres de se alistarem em todas as unidades 'combatentes' das forças armadas.»