CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON apresentadas em 28 de Janeiro de 1986 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Situemos este caso que vos é submetido a título prejudicial. Estamos na Irlanda do Norte. Perturbações de uma excepcional gravidade ameaçam a ordem pública e a segurança das pessoas. Esta situação é reconhecida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o qual, no acórdão de 18 de Janeiro de 1978, situa o seu ponto de partida em 1970 e evoca «a mais longa e violenta onda de terrorismo alguma vez conhecida nas duas partes da Irlanda». Ninguém sustentará que este período tenha passado.

Em tais circunstâncias, o papel das forças da ordem é essencial e, em primeiríssimo lugar, o papel da polícia. Como precisa o relatório para audiência a que nos referimos expressamente para a exposição dos factos e da tramitação processual bem como para a enunciação das questões prejudiciais, a Royal Ulster Constabulary (RUC) está colocada sob a autoridade do Chief Constable, que, além disso, pode nomear, a tempo inteiro ou a tempo parcial, agentes auxiliares que constituem a Royal Ulster Constabulary Reserve (RUCR). Tal como em Inglaterra e no País de Gales, as normas que regem a organização da RUC e da RUCR não estabelecem qualquer distinção entre os homens e as mulheres do ponto de vista das funções exercidas.

Assim, desde 1973 foram recrutadas mulheres, a tempo parcial, para a RUC e, a partir de 1974, a tempo inteiro, com base num contrato de três anos renovável, para o que se convencionou chamar a RUC Full-time Reserve. A autora no processo principal, a Sr.ª Johnston, contratada a tempo parcial e depois a tempo inteiro, viu o seu contrato renovado em 1977.

Enquanto no Reino Unido as forças policiais não estão geralmente armadas, o contexto próprio da Irlanda do Norte levou as autoridades competentes a equipá-las com armas de fogo no exercício normal das suas funções. Pelas razões seguintes só os polícias do sexo masculino foram abrangidos nesta modificação: prevenção dos riscos de atentados de que as mulheres poderiam ser vítimas e que poderiam permitir aos seus autores apoderarem-se das suas armas; preservação da sua eficácia no domínio social; manter, relativamente a elas, o ideal de uma polícia não armada. Esta decisão teve como corolário a não instrução das mulheres no manejo de armas de fogo.

Em 1980 o Chief Constable passou a uma etapa suplementar. Perante a necessidade de afectar os membros da RUC Full-time Reserve principalmente a missões de segurança que implicam o uso de armas de fogo, decidiu não renovar os contratos a tempo inteiro que chegassem ao seu termo dos agentes auxiliares do sexo feminino sempre que as suas funções pudessem ser asseguradas pelos seus homólogos da RUC. É assim que o contrato da Sr.ª Johnston, como os da quase totalidade das suas colegas, não foi renovado em 1980.

Não se contesta que esta medida, alheia à qualidade dos seus serviços, foi unicamente tomada em razão do sexo da interessada.

* Tradução do francês.

Esta alegou, portanto, perante o tribunal nacional, ter sido vítima de uma discriminação contrária às prescrições da Directiva 76/207 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, fasc. 02, p. 70 e seguintes).

2. Esta directiva foi aplicada no Reino Unido. Na Irlanda do Norte foi objecto da «Sex discrimination (Northern Ireland) Order 1976» [*Statutory Instruments 1976*, n.° 1042 (NI 15)]. Sem retomar a análise deste texto, feita no relatório para audiência, limitemo-nos a recordar:

— que o artigo 10.° diz respeito aos casos excepcionais em que a discriminação em razão do sexo é justificada;

— que, no que se refere aos empregos na polícia, o artigo 19.°, n.° 2, proíbe, salvo em matérias alheias ao caso em apreço, qualquer tratamento discriminatório em razão do sexo;

— que o artigo 53.° legitima uma medida contrária a esta proibição quando for tomada «com o objectivo de salvaguardar a segurança do Estado ou de garantir a segurança ou ordem públicas» e estabelece como prova inelidível o certificado ministerial que ateste que uma medida determinada foi tomada para esses fins.

Esta última disposição está no centro do debate. No caso concreto, o ministro competente emitiu, em 13 de Maio de 1981, um certificado segundo o qual

«A decisão pela qual a Royal Ulster Constabulary se recusou a oferecer à Sr.ª Margue-rite I. Johnston um novo contrato a tempo inteiro no seio da Royal Ulster Constabulary Reserve foi tomada com os fins de:

a) salvaguardar a segurança do Estado e

b) garantir a segurança e ordem públicas».

Como é salientado pela decisão de reenvio do Industrial Tribunal de Belfast, Irlanda do Norte, foi admitido:

— pelo Chief Constable, que a medida contestada não encontra qualquer justificação nas outras disposições da Sex Discrimination Order (ponto 40);

— pela autora, que o artigo 53.° não lhe permite qualquer contestação com fundamento no direito interno (ponto 34).

Situadas no quadro acima recordado, as sete questões colocadas pelo juiz nacional indicam que a apreciação do Tribunal sobre a discriminação em causa se deve estruturar em torno de duas exigências: a da ordem pública e a da ordem jurídica, estando o controlo jurisdicional na intersecção destas duas noções.

Nesta perspectiva, teremos de examinar se, por razões de ordem pública, os Estados-membros podem legitimamente afastar a possibilidade de qualquer controlo jurisdicional da legalidade de uma medida nacional face ao direito interno ou ao direito comunitário. Assim não sendo, convirá indagar se, e em que condições, a medida considerada pode encontrar, sob o controlo do juiz, uma justificação comunitária baseada na ordem pública.

Quanto ao direito de recurso aos tribunais

3. Se o princípio da legalidade é a pedra angular do Estado de direito, ele não exclui que se tenham em consideração as necessidades da ordem pública. Ele deve mesmo integrá-las para que possa ser assegurada a sobrevivência do Estado, evitando-se a arbitrariedade. Para este efeito, o controlo jurisdicional constitui uma garantia fundamental: o direito de recurso aos tribunais é inerente ao Estado de direito.

Constituída por Estados de direito, a Comunidade Europeia é necessariamente uma Comunidade de direito. A sua criação e o seu funcionamento, por outras palavras, o pacto comunitário, assentam no respeito por todos os Estados-membros da ordem jurídica comunitária.

Também esta ordem jurídica integra expressamente, sob o controlo do juiz, a noção de ordem pública, a fim de conciliar o bom funcionamento do mercado comum com a necessidade dos Estados-membros fazerem face a circunstâncias que ameacem os seus interesses vitais.

As partes invocaram, assim, em especial, os artigos 36.°, 48.° e 224.° do Tratado. Todas estas disposições confirmam a nossa análise.

Quanto às reservas de ordem pública dos artigos 36.° e 48.°, este Tribunal, fazendo obra inovadora, soube, consagrando embora o poder de apreciação discricionária dos Estados-membros quanto ao conteúdo da ordem pública a defender, extrair o princípio e o alcance do controlo exercido na matéria pelo juiz nacional.

Quanto à cláusula de salvaguarda do artigo 224.°, este Tribunal ainda não teve ocasião de se pronunciar sobre as condições da sua aplicação. Contudo, o artigo 225.°, parágrafo segundo, prevê expressamente um recurso directo para este Tribunal em caso de utilização abusiva por um Estado-membro dos poderes excepcionais que lhe são atribuídos pelo artigo 224.° Esta disposição não exclui a existência de quaisquer outros controlos na matéria pelos tribunais nacionais nem, por conseguinte, o recurso a este Tribunal a título prejudicial.

4. Quer o Tratado quer a jurisprudência do Tribunal consagram, portanto, o princípio fundamental, corolário do princípio de legalidade, segundo o qual as exigências de ordem pública não podem pôr em causa o direito de recurso a um tribunal, mesmo que possam levar a adaptar a extensão do controlo jurisdicional.

Desde logo, uma disposição nacional, mesmo se baseada em considerações de ordem pública, que impedisse a existência de tal controlo seria, em nossa opinião, contrária à ordem jurídica comunitária. Com efeito, subtraindo medidas dos Estados-membros ao controlo de legalidade face ao direito comunitário, originário, derivado ou tal como concretizado pelos direitos nacionais, essa disposição deixaria criar, à discrição das autoridades nacionais, uma «zona sem direito», que poria em causa os próprios fundamentos dessa ordem jurídica.

No que concerna, mais particularmente, à igualdade de tratamento profissional entre homens e mulheres, o artigo 6.° da directiva estabelece que:

«Os Estados-membros devem introduzir na respectiva ordem jurídica interna as medidas necessárias para permitir a qualquer pessoa

que se considere lesada pela não aplicação do princípio da igualdade de tratamento, na acepção dos artigos 3.°, 4.° e 5.°, fazer valer judicialmente os seus direitos, eventualmente, após recurso a outras instâncias competentes.»

No acórdão von Colson et Kamann o Tribunal afirmou que este artigo,

«ao conferir o direito de recurso aos tribunais aos candidatos a um emprego que tenham sido vítimas de discriminação, reconhece na sua esfera jurídica direitos que podem ser invocados em juízo» [1] (processo 14/83, Recueil 1984, p. 1891, § 22).

O Tribunal concluiu que o juiz nacional, confrontado com uma disposição da sua legislação que põe em causa a efectividade de uma obrigação decorrente de uma directiva, no caso da Directiva 76/207, deve, enquanto autoridade de um Estado-membro ao qual se impõe

«o dever, por força do artigo 5.° do Tratado, de tomar todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento dessa obrigação» [1] (acórdão 14/83, supracitado, § 26),

dar a essa disposição

«uma interpretação e uma aplicação conformes com as exigências do direito comunitário» [1] (acórdão 14/83, supracitado, § 28).

Do que resulta que este juiz não poderia, sem violar ele mesmo o artigo 5.° do Tratado e a directiva, considerar-se vinculado por uma disposição nacional que suprime, em nome da ordem pública, a possibilidade de qualquer controlo jurisdicional da aplicação das prescrições impostas pelo legislador comunitário.

Esta obrigação impõe-se tanto mais imperativamente ao juiz nacional quando ele age, como no caso em apreço, como juiz comum de direito comunitário, quanto é certo que a disposição do artigo 6.° — incondicional e suficientemente precisa — tem incontestável efeito directo. Desde logo, o direito ao recurso atribunal que ela prevê pode ser invocado pelos particulares contra qualquer disposição nacional contrária e não se poderia, a este respeito, dissociar a autoridade do Chief Constable da do Estado que lha conferiu.

Isto esclarecido, consideramos, por razões semelhantes às que fizeram decidir este Tribunal acerca de um regulamento no caso Simmenthal (processo 106/77, Recueil 1978, p. 629), que deve ser considerado

«incompatível com as exigências inerentes à própria natureza do direito comunitário qualquer disposição ou prática legislativa, administrativa ou judiciária de uma ordem jurídica nacional que tenha por efeito diminuir a eficácia do direito comunitário pela recusa ao juiz competente para aplicar este direito do poder de fazer, no momento dessa aplicação, tudo o que é necessário para afastar as disposições legislativas nacionais que eventualmente sejam obstáculo à plena eficácia das normas comunitárias;» [1] (acórdão 106/77, § 22).

Parece-nos, portanto, que um Estado-membro não pode, por motivos de ordem pública, afastar a possibilidade de qualquer controlo jurisdicional da legalidade de uma medida nacional face às normas comunitárias. Cabe, por conseguinte, ao juiz nacional confrontado com uma tal situação

1 — Tradução provisória.

«assegurar a plena eficácia destas normas, deixando de aplicar, se necessário for, por autoridade própria, qualquer disposição contrária da legislação nacional...» (acórdão 106/77, supracitado, parte decisória, p. 646) [1].

Quanto à extensão do controlo jurisdicional

5. Se a ordem pública não pode justificar a subtracção ao controlo do juiz, poderá ela legitimar medidas do tipo das tomadas pelo Chief Constable — relativas ao porte de armas de fogo, à instrução a elas relativa, enfim, ao acesso ao emprego — cujo carácter discriminatório não é contestado? Tal é, com efeito, o problema que se coloca ao juiz *a quo*.

Uma justificação, a partir do momento em que é derrogatória do direito comunitário normalmente aplicável, só pode provir deste direito.

Na matéria, nem o artigo 36.° nem o artigo 48.°, n.° 3, são pertinentes. No que diz respeito ao artigo 224.°, invocado pelo Reino Unido e objecto da sétima questão, o problema é mais complexo. Este artigo estabelece que:

«Os Estados-membros procederão a consultas recíprocas tendo em vista estabelecer de comum acordo as providências necessárias para evitar que o funcionamento do mercado comum seja afectado pelas medidas que qualquer Estado-membro possa ser levado a tomar em caso de graves perturbações internas que afectem a ordem pública, em caso de guerra ou de tensão internacional grave que constitua ameaça de guerra ou para fazer face a compromissos assumidos por esse Estado para a manutenção da paz e da segurança internacional.»

1 — Tradução provisória.

Por comparação com os outros dois artigos, que constituem excepções a normas precisas, esta disposição consiste numa «cláusula de salvaguarda» cujo campo de aplicação é geral. Como qualquer norma geral, ele só se aplica na falta de norma especial. Como cláusula de salvaguarda, é a «ultima ratio» à qual só poderá recorrer-se na falta de qualquer outra norma comunitária que permita satisfazer a exigência de ordem pública em causa.

Ora, na medida em que necessidades de ordem pública o exigem, as preocupações do Reino Unido parecem-nos poder ser tomadas em consideração no quadro da Directiva 76/207. Assim, a eventualidade de um recurso ao artigo 224.° não terá de ser analisada.

6. O juiz nacional pede ao Tribunal que diga, tendo em conta as circunstâncias específicas da Irlanda do Norte, se medidas que consistem em reservar aos homens:

— o acesso à profissão de membro armado de um corpo de polícia auxiliar;

— o porte e a instrução de manejo e uso de armas de fogo,

podem constituir derrogações admissíveis nos termos da directiva.

Por outras palavras, o Tribunal é interrogado sobre a questão de saber se razões de ordem pública podem justificar tais medidas:

— quer porque a profissão em causa, em razão da natureza e das condições de exercício das actividades que implica, só pode ser exercida por homens, constituindo o sexo, no caso concreto, uma condição determinante no sentido do artigo 2.°, n.° 2;

— quer porque a protecção da mulher o exige e, nesse caso, se podem ser aplicadas as disposições dos artigos 2.°, n.° 3, ou 3.°, n.° 2, alínea c).

7. Deve fazer-se aqui uma distinção entre as medidas discriminatórias, conforme tenham sido adoptadas antes ou depois da promulgação da directiva.

O artigo 3.°, n.° 2, alínea c), aplica-se às primeiras, ou seja, no assunto que nos preocupa, à decisão tomada pelo Chief Constable de só armar os homens da RUC Full-time Reserve, aplicando-se esta medida de exclusão das mulheres à formação correspondente.

Das justificações dadas a este respeito pela autoridade competente só a prevenção dos riscos de atentados de que as mulheres poderiam ser vítimas poderia resultar da preocupação da sua protecção, entendida em sentido amplo. Note-se que as questões colocadas a este respeito pelo juiz nacional (n.os 4 e 5) dizem essencialmente respeito à questão de saber se as circunstâncias enunciadas são de molde a justificar a proibição de uso de armas de fogo estabelecida para as mulheres com a preocupação de as proteger.

Não se pode excluí-lo à priori. Tratando-se de medidas em vigor no momento da notificação da directiva, estão sujeitas à obrigação de reexame pelos Estados-membros, imposta pelo artigo 9.°, n.° 1, segundo parágrafo. Mas a execução desta obrigação não condiciona o juiz nacional. Desde que essas medidas ainda façam parte do direito positivo, cabe ao juiz nacional, nos termos do artigo 6.°, dizer se as circunstâncias que as justificaram inicialmente ainda tornam necessária a sua manutenção em vigor e, especialmente, averiguar se elas não se tornaram desproporcionadas face aos objectivos prosseguidos.

8. A última medida, que consistiu em excluir as mulheres da profissão em causa, foi tomada pelo Chief Constable depois da promulgação da directiva. Como tal, não pode ser abrangida no artigo 3.°, n.° 2, alínea c), mas apenas nas outras duas disposições referidas pelo juiz nacional.

Poderá ela ser justificada pela preocupação de «protecção da mulher» enunciada no artigo 2.°, n.° 3? Esta segunda preocupação, sendo a primeira a de manutenção da ordem pública, não diz respeito à população feminina em geral mas sim, especificamente, às mulheres polícias.

É incontestável que as funções de manutenção e de restabelecimento da ordem expõem a riscos aqueles que as assumem. Este perigo, por razões biológicas resultantes do sexo, é maior para as mulheres do que para os homens?

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. Noutros termos, não parece que uma autoridade nacional possa, em conformidade com o direito comunitário, opôr-se ao acesso das mulheres à profissão de polícia armado por fazer seu o julgamento de Hamlet: «Frailty, thy name is woman». Este é, aliás, o sentido do acórdão Hofmann, no qual este Tribunal afirmou que a directiva legitimava medidas de protecção da «condição biológica da mulher» durante a gravidez e o parto e o seu prolongamento nas «relações especiais» que

se criam entre a mãe e a criança imediatamente após o nascimento (processo 184/83, Recueil 1984, p. 3047, § 25).

9. Averiguemos então se o n.° 2 do artigo 2.° poderá dar uma justificação que o n.° 3 não nos pareceu fornecer.

Recordemos os seus termos:

«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 uma condição determinante.»

Em vão se procuraria aí a mais pequena referência à protecção da mulher. A ordem pública também não é mencionada. Mas o silêncio não significa exclusão.

Com efeito, esta norma não comporta a enumeração das razões justificativas de uma derrogação ao princípio da igualdade de tratamento. Nela são referidas de uma forma genérica as actividades profissionais cuja natureza ou condições de exercício determinam o sexo dos agentes chamados a assumi-las. Não há dúvida de que, em certas circunstâncias, as exigências da ordem pública podem legitimamente levar as autoridades dos Estados-membros a reservar certas actividades de manutenção da ordem para os indivíduos de determinado sexo. O mesmo se aplica aos imperativos de protecção da mulher diferentes dos previstos no artigo 2.°, n.° 3 — referimo-nos aqui àqueles que têm natureza social (culturais, políticos, etc.), sujeitos eles mesmos a reexame periódico em virtude do artigo 9.°, n.° 2.

Ordem pública e protecção da mulher podem, como o demonstra o caso aqui vertente, estar intimamente ligados. O juiz nacional deverá portanto averiguar se as mulheres estão mais expostas a riscos que os homens no exercício das actividades profissionais próprias da profissão de polícia armado e/ou se daí pode resultar um maior perigo para a ordem pública, por outras palavras, se o sexo deve ser levado em consideração para o exercício da actividade em causa. Se for esse o caso, caber-lhe-á, para determinar se «o sexo constitui uma condição determinante», apreciar a medida em causa face ao princípio de proporcionalidade, ou seja, averiguar se não poderia ter sido tomada outra medida com o mesmo fim sem implicar a exclusão das mulheres da profissão.

Digamo-lo claramente: a derrogação de um princípio da pessoa humana tão fundamental como o da igualdade de tratamento deve-se avaliar de forma restritiva, tendo especialmente em conta as circunstâncias excepcionais que são, no período em causa, as que caracterizam a situação na Irlanda do Norte.

10. Tendo em conta o carácter geral da sexta questão, um último esclarecimento parece-nos dever ser feito relativamente ao efeito directo das disposições da directiva para além da do artigo 6.°, sobre a qual nos pronunciámos já. Este problema só virá a pôr-se no caso de o juiz nacional declarar que as circunstâncias invocadas não podem justificar, nos termos dos artigos 2.°, n.° 2, ou 3.°, n.° 2, alínea c), as medidas em causa. Nesse caso, o princípio estabelecido pelo artigo 2.°, n.° 1, da directiva, retomaria toda a sua força. A sexta questão podia levar-nos a examinar se esta disposição tem efeito directo. Tal análise não nos parece necessária visto que não se contesta que a legislação interna fez uma aplicação correcta do princípio estabelecido no artigo 2.°, n.° 1.

Propomos por conseguinte ao Tribunal que declare que:

1) os Estados-membros não podem, por motivos de ordem pública, afastar a possibilidade de controlo jurisdicional da legalidade de uma medida nacional face às normas comunitárias. Cabe ao Tribunal nacional, a que um particular tenha recorrido nos termos do artigo 6.° da Directiva 76/207, 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, assegurar a plena eficácia dessas normas, não aplicando, se necessário for, as disposições contrárias da legislação nacional;

2) a proibição de as mulheres polícias usarem armas de fogo e receberem a respectiva instrução:

   — não pode ser considerada como uma disposição relativa à protecção da mulher para efeitos do artigo 2.°, n.° 3, da Directiva 76/207;

   — poderá, estando em vigor no momento da notificação da directiva, ser incluída nas medidas referidas no artigo 3.°, n.° 2, alínea c);

3) a decisão de excluir as mulheres da actividade profissional a tempo inteiro de membro armado de um corpo de polícia auxiliar pode, tendo em conta as circunstâncias excepcionais relativas à ordem pública e os imperativos relativos à protecção das interessadas, ser considerada como uma derrogação abrangida pelo artigo 2.°, n.° 2 da directiva;

4) para a aplicar às medidas em causa as referidas disposições da directiva, cabe ao juiz nacional:

   — se a diferença de tratamento já estava em vigor aquando da notificação da directiva, averiguar, por força do artigo 3.°, n.° 2, alínea c), se a preocupação de protecção que a inspirou na origem continua a ter fundamento;

— se a diferença de tratamento só foi introduzida posteriormente à notificação da directiva, averiguar, nos termos do artigo 2.°, n.° 2, se o sexo constitui uma condição determinante do exercício da actividade considerada;

— sendo a resposta afirmativa no primeiro como no segundo caso, averiguar se as medidas adoptadas são proporcionais aos fins prosseguidos;

5) só podendo a cláusula de salvaguarda do artigo 224.° do Tratado CEE ser invocada pelos Estados-membros na falta de outra norma comunitária que admitia uma derrogação com base na ordem pública, não é necessário responder à última questão prejudicial.