aceder a todos os empregos do quadro de enfermagem desses mesmos hospitais e beneficiarem, uma vez admitidos, de um regime que comporte vantagens e garantias em tudo equivalentes às que decorrem para os nacionais do seu estatuto de agente efectivo, com excepção da possibilidade de aceder aos empregos que, na acepção do artigo 48.°, n.° 4 se enquadrem na administração pública.

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL G. FEDERICO MANCINI

apresentadas em 15 de Abril de 1986 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Sois chamados a pronunciar-vos acerca de uma acção proposta, ao abrigo do artigo 169.° do Tratado CEE, pela Comissão das Comunidades Europeias contra a República Francesa. O que a esta se imputa é o facto de impor a posse da nacionalidade francesa como requisito para o recrutamento e a efectivação nos lugares definitivos de enfermeiro nos hospitais públicos, violando assim o artigo 48.° do Tratado.

Resumo os factos. Nos termos do artigo L 809.° do Código de Saúde Pública, que figura no livro IX, intitulado «Estatuto Geral do Pessoal dos Estabelecimentos Públicos de Hospitalização e de Certos Estabelecimentos de Carácter Social», «ninguém pode ser nomeado para um lugar...: 1) se não possuir a nacionalidade francesa...». A norma não faz mais do que aplicar ao nosso sector uma condição já constante do artigo 16.° do Estatuto Geral do Funcionalismo Público («ordonnance» n.° 59-244, de 4 de Fevereiro de 1959) e actualmente contida no artigo 5.° da Lei n.° 83-634, de 13 de Julho de 1983, relativa aos direitos e deveres dos funcionários públicos.

Entendendo que tal condição é contrária ao n.° 1 do artigo 48.° e não se justifica dada a existência da derrogação prevista no n.° 4, a Comissão iniciou o processo de constatação de incumprimento com uma carta de 1 de Dezembro de 1982 e, não tendo recebido resposta do Governo de Paris, emitiu, em 23 de Março de 1984, o necessário parecer fundamentado. Neste a instituição assinalou que, ao exigir a cidadania francesa para a admissão e a efectivação nos empregos definitivos de enfermeiro nos hos-

* Tradução do italiano.

pitais públicos e nalgumas instituições de carácter social, a França tinha faltado às obrigações que lhe cabiam por força do Tratado CEE quanto à circulação de trabalhadores.

É oportuno acrescentar que, segundo o parecer, tal incumprimento ocorria com as normas reguladoras dos requisitos para a admissão e efectivação nos empregos de dentista nos hospitais públicos. Mas, uma vez que a França modificou tal regulamentação através do Decreto n.° 84-131 de 24 de Fevereiro de 1984, do qual a Comissão admite ter tido conhecimento com atraso, cessou tal incumprimento.

O Governo francês também não reagiu ao parecer fundamentado. Por isso, a 18 de Dezembro de 1984, a Comissão decidiu actuar e deferiu o caso ao nosso Tribunal, em conformidade com o segundo parágrafo do artigo 169.° do Tratado.

2. A vossa tarefa, como disse, é determinar se os empregos de enfermeiro nos hospitais públicos cabem na previsão do artigo 48.°, n.° 4, segundo o qual o princípio da livre circulação dos trabalhadores não se aplica aos «empregos na administração pública». Observo, desde já, que o problema não é novo. Na verdade, a casos de natureza análoga, dedicastes os acórdãos de 12 de Fevereiro de 1974, processo 152/73, Sotgiu/ /Deutsche Bundespost (Recueil 1974, p. 153), de 17 de Dezembro de 1980 (interlocutório) e de 26 de Maio de 1982 (definitivo), processo 149/79, Comissão/Reino da Bélgica (Recueil 1980,. p. 3881, e Recueil 1982, p. 1845). O protagonista do primeiro litígio era um operário italiano, já admitido pela administração dos correios alemães, a quem era negado, por ser estrangeiro, um subsídio, concedido aos cidadãos alemães; o segundo litígio, pelo contrário, versava sobre algumas ofertas de emprego, condicionadas à cidadania, em entes públicos belgas (a cidade de Bruxelas, a comuna de Auderghem, a Société nationale des chemins de fer vicinaux e a Société nationale des chemins de fer belges).

Mas há mais. Uma das ofertas belgas tinha por objecto um lugar — enfermeiro nas creches — praticamente idêntico ao que hoje se discute. O Tribunal julgou-o estranho ao domínio de aplicação da norma citada, depois de haver discordado das razões apresentadas pelo Governo de Bruxelas e pelos três Estados — República Federal da Alemanha, Reino Unido e França — que intervieram em apoio da Bélgica. Ora, no nosso processo, o Governo francês repetiu aquelas razões e apresentou-as de novo, de modo ancilar. Nem sequer nos comunicou — e eu só disso tive conhecimento há três dias — que a norma em causa foi revogada pelo artigo 133.° da Lei n.° 86-33, de 9 de Janeiro de 1986 (JO de 11 de Janeiro de 1986, p. 547), portanto, vinte dias antes de ter lugar a audiência. Nestas condições, poderia já terminar o meu trabalho, convidando-vos, *tout court*, a confirmar tudo quanto já decidistes em 1982.

Prefiro, todavia, proceder de forma diversa e não apenas porque a França vos pede para modificardes a vossa jurisprudência. A verdade é que os acórdãos a que fiz alusão sus-

citaram duras críticas na doutrina e, o que mais conta, não foram «assimilados» por numerosos governos. Tais resistências não surpreendem, se se considerar quão radicada está a opinião de que, na função pública, se exerce com plenitude a soberania do Estado e quão difundida, em períodos de grande desemprego, a tendência para aí se considerar uma cómoda reserva de empregos. Estas continuam, porém, a ser inquietantes e devem ser encaradas frontalmente, antes que processos semelhantes a este (estão pendentes neste Tribunal os processos 66/85, Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, e 75/86, Comissão/Bélgica) se multipliquem. Aproveitarei, portanto, a ocasião, para voltar ao nosso tema, dando-lhe, como diria Montaigne, «une poincte non pas le plus largement, mais le plus profondement que je sçay».

3. Como já aconteceu no processo 149/79, o Governo francês parte de um entendimento orgânico ou institucional da expressão «administração pública» (artigo 48.°, n.° 4), que exclui do âmbito do princípio da livre circulação todo o tipo de empregos, seja qual for a natureza da actividade pela qual se manifestam. Existem seis argumentos a apoiar este entendimento:

1) a letra da norma, que apenas fala de «administração pública»; quer dizer, não distingue, na esfera desta, entre sectores e sectores ou funções e funções;

2) uma série de dados sistemáticos. A saber:

   a) diversas disposições e, em especial, os artigos 36.°, 37.°, 48.°, n.° 3, 55.°, 122.° e 223.° provam que os autores do Tratado CEE reconheceram o papel peculiar dos Estados, reservando-lhes a tutela e a promoção do interesse geral;

   b) a nossa norma não faz referência ao conceito de «participação no exercício de poderes públicos», que figura no artigo 55.°; ela tem, portanto, um mais amplo alcance;

   c) enquanto no n.° 3 do artigo 48.° o princípio da livre circulação é objecto de derrogações «parciais» (razões de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública), o n.° 4 prevê uma exclusão «global»;

3) os vossos acórdãos em matéria de igualdade, que pretendem que situações diversas sejam tratadas de modo diverso. Ora, a situação do cidadão francês é, por definição, diferente da dos outros cidadãos comunitários no que respeita à sua pretensão de servir, como funcionário, a colectividade à qual pertence;

4) as exigências de funcionamento da administração, cujo objectivo é cuidar do interesse público. Os seus funcionários estão, portanto, investidos de uma missão que, comportando o exercício da autoridade pública e, por isso mesmo, exigindo, da parte dos que nela participam, uma lealdade particular, está muito longe da dos trabalhadores privados;

5) o princípio da carreira, na medida em que postula que a todos os funcionários seja dada a possibilidade de serem promovidos às categorias mais elevadas. Uma vez que os cidadãos dos outros Estados-membros seriam, de qualquer forma, excluídos dessas categorias, equipará-los aos cidadãos franceses acaba

por violar, em detrimento daqueles, o princípio da igualdade;

6) o direito ao trabalho previsto no artigo 48.° Impedindo os cidadãos comunitários de aceder a lugares definitivos, a França não viola tal princípio; o seu ordenamento, de facto, permite-lhes ocupar tais lugares, com base numa relação contratual.

Para terminar, o Governo francês declara-se disponível para apreciar, no âmbito do Conselho, uma eventual proposta tendente a definir, no plano comunitário, o conceito de «empregos na administração pública». No estado do nosso direito, todavia, está convencido — ou assim afirma estar — que tal definição compete aos Estados-membros.

4. Já afirmei que os argumentos da defesa acabados de expor coincidem, ponto por ponto, com os já adoptados no processo 149/79 e que vós haveis rejeitado no respectivo acórdão. Fidelidade a um plurissecular património de ideias ou, mais simplesmente, dificuldades de propor ao Tribunal uma nova e mais sólida linha de argumentação? Deixo-vos a resposta para me dedicar ao exame do *acquis* jurisprudencial em matéria de exclusão dos empregos públicos. Os seus argumentos podem enumerar-se da seguinte forma: 1) o n.° 4 do artigo 48.° deve ser interpretado restritivamente; 2) o conceito de «empregos na administração pública» tem carácter comunitário e 3) deve ser entendido numa perspectiva funcional; 4) é determinante, de qualquer forma, saber se a actividade em causa implica «exercício de poderes públicos e tutela dos interesses gerais do Estado e dos outros entes públicos».

A primeira afirmação corresponde a um princípio acolhido por todos os ordenamentos, pelo que não vale a pena aprofundá-la. Constato, porém, que tal princípio se vem aperfeiçoando na vossa jurisprudência, tendo-se tornado progressivamente mais rigoroso. Assim, no acórdão Sotgiu, haveis observado que, dado o «carácter fundamental» assumido pelos princípios da livre circulação e da igualdade de tratamento, «às derrogações... admitidas pelo n.° 4... não pode ser atribuído um alcance mais amplo que o ligado à prossecução do seu escopo específico» (n.° 4); analogamente, no que respeita ao primeiro parágrafo do artigo 55.°, o acórdão de 21 de Junho de 1974, processo 2/74, Reyners, (Recueil 1974, p. 631, n.° 43); mas esta fórmula apenas vos levou a garantir aos estrangeiros um direito genérico a serem admitidos «em certos sectores e para certas actividades da administração pública» (*ibidem*). Nos acórdãos de 1980 e 1982, ao contrário, resulta clara a intenção de reduzir o alcance da derrogação apenas aos casos em que aplicar o princípio da livre circulação impusesse ao Estado situações intoleráveis. Em suma, hoje já não é lícito duvidar — e daí não extrair, no plano hermenêutico, as consequências devidas — que a liberdade seja a regra e a norma sobre empregos públicos a excepção.

Pouco há a dizer, igualmente, acerca da segunda afirmação. Acolhendo a tese defendida pelo advogado-geral Mayras, nas brilhantes conclusões do processo Sotgiu [o conceito de que se trata no n.° 4 — disse ele — «deve encontrar uma definição comunitária, autónoma, não influenciável por critérios internos variáveis, isto é, ligados ao modo pelo qual cada Estado configura as próprias tarefas e à estrutura dos órgãos encarregados de as desenvolver» (Recueil 1974, p. 170)], o Tribunal afirmou que: a)

«... a noção de administração pública... deve ser interpretada e aplicada de modo uniforme em toda a Comunidade»; b) a sua delimitação... não pode ser deixada à inteira discrição dos Estados...; c) «deve... evitar-se que a eficácia prática e o alcance das disposições do Tratado relativas à livre circulação... e à igualdade de tratamento dos cidadãos de todos os Estados-membros sejam limitados por interpretações da noção de administração pública extraídas apenas do direito nacional e que poriam em causa a aplicação das normas comunitárias» (acórdão de 17 de Dezembro de 1980, n.os 12, 18 e 19).

Parece-me serem afirmações claras. Fazendo-as, o Tribunal não pôs, decerto, em causa que o emprego na administração pública continue a ser regulado pelos direitos de cada um dos diversos Estados; apenas quis dizer que, ao identificar o conteúdo desta noção, é necessário atender às exigências próprias do direito comunitário. Como é obvio, de facto, permitir que os Estados definam, por si sós, aquele conteúdo significaria atribuír às obrigações que lhes incumbem por força do princípio da livre circulação uma relevância diferente de Estado para Estado e, assim, privar o Tratado de boa parte do seu efeito útil (no mesmo sentido, ver, para o artigo 55.°, primeiro parágrafo, o citado acórdão Reyners, n.° 50).

5. E vamos aos problemas colocados nos dois últimos pontos, isto é, à contradição, na verdade fundamental, entre «organicismo» e «funcionalismo» na determinação do nosso conceito. No processo 149/79, como sabemos, a França e, com ela, a Bélgica, a República Federal da Alemanha e o Reino Unido adoptaram a primeira concepção. Seguindo, novamente, as propostas do advogado-geral Mayras, o Tribunal, pelo contrário, optou pela posição oposta. O artigo 48.°, n.° 4 — afirmou ele — retira ao domínio da livre circulação «um complexo de lugares que implicam a participação, directa ou indirecta, no exercício dos poderes públicos e nas funções que têm por objecto a tutela dos interesses públicos do Estado ou das outras pessoas colectivas públicas. Tais empregos, de facto, pressupõem da parte dos seus titulares, a existência de uma relação... de solidariedade face ao Estado, bem como a reciprocidade de direitos e deveres que constituem o fundamento do vínculo de cidadania» (acórdão de 17 de Dezembro de 1980, n.° 10).

O critério segundo o qual se deve apreciar o emprego em questão é, em suma, de tipo *material*, isto é, radica nas «funções» que respeitam ao lugar para projectar para lá da fronteira da liberdade de circulação apenas as que implicam o exercício de poderes públicos *e* (não «ou»: os dois requisitos devem estar preenchidos) que visam tutelar os interesses públicos do Estado e dos entes locais menores. Afigura-se-me que este critério encontra um sólido apoio no sistema do Tratado e, especialmente, no artigo 55.°, no qual se fala das «actividades que... estejam ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública». A França, como vi-

mos, discorda: afirma mesmo que a própria ausência de tais palavras no n.° 4 do artigo 48.° demonstra o alcance mais amplo da derrogação aí estabelecida. Mas o argumento é débil. Como fez notar a Comissão, no processo 149/79, o diferente teor das duas normas explica-se à luz da diferença que existe entre as situações que se contemplam: por um lado, os trabalhadores subordinados, que podem movimentar-se para ocupar lugares na administração pública nos quais está intrínseco o exercício desses poderes; por outro, os trabalhadores autónomos, que se estabelecem no estrangeiro para exercer uma profissão necessariamente privada, se bem que susceptível de comportar um exercício análogo.

Que o critério funcional seja válido está, portanto, assente. Mas como servir-se dele, em concreto? O problema não é dispiciendo e as dificuldades com que deparam as tentativas destinadas a solucioná-lo conferem aparências de razoabilidade à proposta francesa de uma intervenção legislativa que «accione» o n.° 4 do artigo 48.° Esta proposta suscita-me, no entanto, numerosas dúvidas, mesmo abstraindo do risco de que ela seja aproveitada para restringir o direito de circulação e reduzir a nada o *acquis* jurisprudencial. O maior perigo da pretendida intervenção é outro: o de congelar um processo que, estando ligado ao fim da unidade política para a qual tende a integração dos Estados e dos povos europeus, deve poder desenvolver-se com um mínimo de limitações. De facto, é obvio que a garantia de uma plena liberdade de movimentos implicaria a remoção dos obstáculos decorrentes das diversas nacionalidades e levaria à instituição de uma cidadania comunitária já não metafórica, como é hoje nos vossos acórdãos, mas real.

Por outro lado, na obra do Tribunal as dificuldades às quais fiz referência encontram mais do que uma resposta útil. Assim é, em primeiro lugar, no que respeita ao objecto e aos limites da indagação com vista a determinar se o emprego em causa é interno ou externo à derrogação. No processo Sotgiu, por exemplo, exclui-se que esta se pudesse fundar em elementos como a natureza jurídica da relação entre administração e agente ou a categoria da qual este último faça parte: a ausência de qualquer distinção nas normas — afirma-se, em especial, no n.° 5 — «torna irrelevante saber se um trabalhador tem a qualificação de operário, agente privado ou agente público e se a sua relação de dependência é disciplinada pelo direito público ou pelo direito privado» [em sentido contrário — mas trata-se de um *obiter dictum* que tem todo o ar de um *lapsus calami* — veja-se o acórdão de 8 de Maio de 1979, processo 129/78, Bestuur Sociale Verzekeringsbank de Amsterdam/Lohmann (Recueil 1979, p. 853), onde a norma do Regulamento n.° 1408/71 sobre a segurança social dos trabalhadores migrantes, que exclui os regimes especiais dos empregados públicos e do pessoal equiparado, é explicada como «consequência lógica do artigo 48.°, n.° 1»].

Mas há que dizer o mesmo do conceito de «exercício de poderes públicos». O Tribunal — e trata-se, certamente, de uma escolha ditada pelas preocupações a que acabei de aludir — preferiu não o determinar em abstracto. Uma série de alusões e, naturalmente, as partes decisórias dos acórdãos de 17 de Dezembro de 1980 e 26 de Maio de 1982 provam, todavia, que ele fez sua a definição dada pelo advogado-geral Mayras, segundo a qual estes poderes são «a incarnação da soberania do Estado e (como tal) permitem aos sujeitos que neles estão investidos de se valerem de prerrogativas que exorbitam do direito comum, de privilégios e

de poderes coercivos aos quais os particulares se devem submeter» (conclusões Reyners, Recueil 1974, p. 665). Para serem inacessíveis ao cidadão de um outro Estado, em suma, não basta que as tarefas em que se consubstancia o emprego em causa prossigam directamente fins públicos, influindo sobre a conduta e sobre a acção dos particulares. Elas devem envergar a couraça: sem metáforas, devem traduzir-se em actos de vontade que se imponham aos particulares no sentido de que se exige a sua obediência ou, se não obedecerem, de obrigá-los a com eles se conformarem. Fazer um elenco desses actos — que, além do mais, tenha em conta a segunda condição posta pelo Tribunal (a tutela dos interesses públicos) — é praticamente impossível; mas decerto que os primeiros exemplos que vêm à mente são os empregos aos quais são inerentes poderes de polícia, de defesa do Estado, de jurisdição e de lançamento e/ou liquidação de impostos.

6. Muitas outras coisas poderiam ser ditas sobre este tema crucial: as observações que fiz até aqui, todavia, são já suficientes para remover a pedra angular do bastião da defesa francesa. Restam, é verdade, os argumentos que a França extrai quer da possibilidade oferecida aos estrangeiros de entrarem na administração pública mediante contratos de trabalho, quer do princípio da carreira; e se, sobre o primeiro, não vale a pena determo-nos, tão óbvia é a sua contradição com o princípio da igualdade de tratamento, o segundo merece outras referências à vossa jurisprudência. Vimos em que consiste. Fazei — diz o Governo de Paris — com que um estrangeiro seja admitido num emprego permanente cujo titular tenha «vocação à carreira» e depois recusai promovê-lo a um lugar superior, porque importa o exercício de poderes públicos: em nome da liberdade de circulação e do princípio da igualdade, acabaríeis por provocar uma disparidade de tratamento. A operação traduz-se, portanto, numa perda e mais vale renunciar a ela.

A tese é, inegavelmente, sugestiva e o advogado-geral Mayras, de facto, tentou adaptá-la à sua construção, propondo que se considerasse «justificada à partida» a exclusão da «entrada numa carreira que implique... o acesso a um lugar de responsabilidade» (conclusões no processo 149/79, Recueil 1980, p. 3917). Mas o Tribunal rejeitou esta sugestão após uma equilibrada análise dos custos e dos benefícios de cada uma das linhas interpretativas em confronto. Não há dúvida, na verdade, que uma leitura liberal do artigo 48.°, n.° 4, lance as bases de tratamentos discriminatórios em sede de promoções a certos empregos. Todavia, eles são menos intoleráveis do que o resultado a que conduziria a opinião do advogado-geral e, mais ainda, a do Governo francês, ou seja, uma redução dos direitos reconhecidos aos cidadãos comunitários «que ultrapassa aquilo que é necessário para garantir o respeito pelos fins prosseguidos» por esta norma (acórdão de 17 de Dezembro de 1980, n.° 22). Para mais, há que referir que, ao pôr em prática estas inevitáveis discriminações, se deverão ter em conta os princípios fundamentais do direito comunitário; em particular, o princípio da proporcionalidade imporá que elas sejam mantidas dentro dos limites impostos pela exigência

de salvaguarda dos interesses gerais do Estado.

Acrescente-se que as discriminações em causa são as únicas cuja existência se pode admitir. No acórdão Sotgiu, na verdade, o Tribunal afirmou que a exclusão do n.° 4 só opera no momento do acesso (e por acesso, depois do acórdão de 17 de Dezembro de 1980, devemos ainda entender a promoção ou a transferência) ao emprego. Jamais poderá ser invocada para justificar tratamentos desiguais em matéria de retribuição ou de outras condições de trabalho, relativamente aos funcionários já admitidos ao serviço.

7. Duas palavras, para concluir, sobre os empregos que estão na origem do nosso processo. Mesmo admitindo que a derrogação possa ser interpretada restritivamente — argumentou em 1980 a Bélgica e repete-o agora a França — os enfermeiros estão incluídos nela, dado poderem autorizar prestações cujos custos oneram o Estado ou os entes locais. Ora, eu não duvido que os funcionários em questão tenham este poder e nem sequer discuto (embora tal me pareça um pouco estranho) que se trate de um poder «público», no sentido forte que referi atrás. Contudo, pelo que sei, as actividades através das quais se exprime o seu exercício são ocasionais ou acessórias e, portanto, separáveis das tarefas principais desempenhadas pelos agentes respectivos; se a razão fosse só esta, parece-me que excluír os cidadãos dos outros Estados-membros dos lugares correspondentes contrariaria o princípio da proporcionalidade. Tenha-se, pois, em conta, que as tarefas dos enfermeiros nos hospitais públicos são idênticas às dos seus colegas nas casas de saúde privadas, relativamente às quais não opera a derrogação do n.° 4. Deduziremos daí que, se a direcção da clínica passasse de mãos privadas para mãos públicas, teria que despedir todo o pessoal não francês?

Em definitivo, um discípulo extremista de Hegel acreditaria realmente que empregos como o nosso não estão ao alcance de estrangeiros. Mas quem não pensa que o Estado seja «o ingresso de Deus no mundo» («der Staat ist der Gang Gottes in der Welt») deverá, necessariamente, concluir em sentido contrário.

8. Por todas as considerações até aqui expendidas, convido-vos a considerar procedente a acção proposta pela Comissão das Comunidades Europeias em 21 de Dezembro de 1984. Sugiro-vos, portanto, que declareis que, ao impor a posse de cidadania como requisito para a nomeação e a efectivação em empregos definitivos de enfermeiros nos hospitais públicos, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe são impostas pelo Tratado CEE.

Na base do critério do vencimento, o Governo réu deve ser condenado nas despesas do processo.