CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL M. POIARES MADURO apresentadas em 29 de Junho de 2004 [1]

1. Através da questão submetida, o tribunal administratif de Paris (França) pretende saber se 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 [2], se opõe ao disposto, designadamente, no artigo 8.º da Lei francesa n.º 75-3, de 3 de Janeiro de 1975 [3], com as alterações introduzidas pela Lei n.º 79-569, de 7 de Julho de 1979 [4], e pela Lei n.º 2001-397, de 9 de Maio de 2001 [5] (a seguir «lei controvertida»), na medida em que isenta as viúvas que não tenham voltado a casar do limite de idade previsto para efeitos de recrutamento pela Administração.

I — Matéria de facto, quadro legal e questão prejudicial

2. À data dos factos, S. Briheche era viúvo e não tinha voltado a casar, tinha 48 anos e um filho de 12 anos a cargo. Candidatou-se a diferentes concursos externos para efeitos de recrutamento para vários serviços da Administração, em relação aos quais o limite de idade tinha sido fixado em 45 anos. As suas candidaturas foram sempre recusadas com o fundamento de que tinha ultrapassado a idade-limite fixada na lei.

3. Em 30 de Janeiro de 2002, o directeur du service inter-académique des examens et concours des académies de Créteil, Paris et Versailles (director do serviço interacademias para provas e concursos da autoridade regional de educação de Créteil, Paris e Versalhes) recusou a sua candidatura ao concurso externo para o recrutamento de assistentes administrativos da Administração Central. Em 5 de Fevereiro de 2002, indeferiu a candidatura de S. Briheche ao concurso externo comum para o recrutamento de secretários administrativos da Administração

1 — Língua original: português.

2 — JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70. Há que referir que a Directiva 76/207 foi substituída pela Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, que altera a Directiva 76/207 (JO L 269, p. 15). As novas disposições não se aplicam ao caso em apreço, uma vez que apenas têm de estar transpostas pelos Estados-Membros em 5 de Outubro de 2005.

3 — *Journal officiel de la République française* (JORF) de 4 de Janeiro de 1975, p. 198.

4 — JORF de 8 de Julho de 1979.

5 — JORF de 10 de Maio de 2001, p. 7320.

Central e de secretários da administração escolar e universitária. Em 27 de Fevereiro de 2002, o ministre de l'éducation nationale (Ministro da Educação Nacional) negou provimento ao recurso hierárquico interposto por S. Briheche contra as decisões já referidas.

4. Em 28 de Janeiro e 8 de Março de 2002, o ministre de l'intérieur (Ministro do Interior) indeferiu a candidatura de S. Briheche ao concurso externo para o recrutamento de assistentes administrativos da Administração Central.

5. Em 28 de Fevereiro de 2002, o ministre de la justice (Ministro da Justiça) recusou a candidatura de S. Briheche ao concurso externo para o recrutamento de assistentes administrativos dos serviços descentralizados da administração penitenciária.

6. Nos três recursos que interpôs no tribunal administratif de Paris, S. Briheche pede a anulação das referidas decisões e uma indemnização pelos danos por estas causados [6].

6 — Os recursos foram registados, respectivamente, em 28 e 29 de Março e em 19 de Abril de 2002, com os n.os 0204512/5, 0204571/5 e 0205683/5.

7. Consoante o tipo de concurso, tanto o artigo 5.º do Decreto n.º 90-713, de 1 de Agosto de 1990, relativo ao estatuto geral dos assistentes administrativos da Administração Central [7], como o artigo 1.º do Decreto n.º 75-765, de 14 de Agosto de 1975, relativo ao limite de idade aplicável ao recrutamento por concurso de funcionários públicos das categorias B, C e D [8], fixam um limite de idade de 45 anos para os candidatos.

8. O artigo 8.º da lei controvertida prevê uma excepção: «Os limites de idade para acesso aos empregos na função pública não são aplicáveis às mães com três ou mais filhos, às viúvas que não tenham voltado a casar, às mulheres divorciadas que não tenham voltado a casar, às mulheres separadas judicialmente e às mulheres e homens solteiros com pelo menos um filho a cargo e que se encontrem na situação de deverem trabalhar».

9. O artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 76/207 proíbe discriminações «em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar». Este princípio tem um âmbito de aplicação amplo, como definido no artigo 3.º, n.º 1, da directiva: «[a] aplicação do princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discrimina-

7 — Artigo 5.º do Decreto n.º 90-713, de 1 de Agosto de 1990, relativo ao estatuto geral dos assistentes administrativos da Administração Central: «Só se podem candidatar a concurso externo pessoas que, em 1 de Janeiro do ano do concurso, ainda não tenham 45 anos» (JORF de 11 de Agosto de 1990, p. 9795).

8 — Artigo 1.º do Decreto n.º 75-765, de 14 de Agosto de 1975, relativo ao limite de idade aplicável ao recrutamento por concurso de funcionários públicos das categorias B, C e D: «[o] limite de idade [...] é de 45 anos, salvo disposição específica que preveja outro limite de idade» (JORF de 19 de Agosto de 1975).

ção 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».

10. No presente caso, segundo as partes, várias outras disposições da Directiva 76/207 podem ser aplicadas. S. Briheche invoca nas suas observações escritas no órgão jurisdicional nacional o artigo 2.º, n.º 2, que dispõe que «[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».

11. O Governo francês refere o artigo 2.º, n.º 3, da Directiva 76/207, que dispõe: «[a] presente directiva não constitui obstáculo às disposições relativas à protecção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade».

12. Segundo a Comissão, para responder à questão submetida pelo órgão jurisdicional nacional, a disposição fundamental da Directiva 76/207 é o artigo 2.º, n.º 4, nos termos do qual: «[a] presente directiva não constitui obstáculo às medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular às que corrijam as desigualdades de facto que afectam as oportunidades das mulheres nos domínios referidos no n.º 1 do artigo 1.º».

13. Nestas circunstâncias, o órgão jurisdicional nacional decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão:

«Obstam as disposições da Directiva 76/207/CEE, de 9 de Fevereiro de 1976, a que a França mantenha em vigor as disposições do artigo 8.º da Lei n.º 75-3, de 3 de Janeiro de 1975, alterada pela Lei n.º 79-569, de 7 de Julho de 1979, e seguidamente pela Lei n.º 2001-397, de 9 de Maio de 2001, referentes às viúvas que não tenham voltado a casar?»

II — Apreciação

14. Começarei por determinar a aplicabilidade da Directiva 76/207 a uma lei como a que está em causa no presente processo e examinarei seguidamente se uma lei deste tipo pode ser justificada ao abrigo das excepções ao princípio da igualdade de tratamento.

A — *Aplicabilidade* da Directiva 76/207 *e existência de discriminação em razão do sexo*

15. O artigo 8.º da lei controvertida regula o acesso aos empregos na função pública, na medida em que isenta determinadas categorias do limite de idade para a candidatura a concursos. Segundo jurisprudência assente, a Directiva 76/207 aplica-se ao emprego na função pública [9]. O artigo 3, n.º 1, da Directiva 76/207 abrange expressamente o acesso ao emprego. Por isso, o artigo 8.º da lei controvertida é abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva 76/207, como definido no artigo 3.º, n.º 1.

16. Não oferece qualquer dúvida que o artigo 8.º da lei controvertida cria uma discriminação directa entre viúvas e viúvos que não tenham voltado a casar. De facto, enquanto as viúvas se podem candidatar a concursos para recrutamento pela Administração mesmo depois de terem atingido o limite de idade de 45 anos, os viúvos não têm o mesmo direito. Isto constitui claramente uma discriminação em razão do sexo nas condições de acesso a lugares na Administração [10].

17. Além disso, nas observações apresentadas no Tribunal de Justiça, S. Briheche invoca outra discriminação, sublinhando que o artigo 8.º da lei controvertida causaria uma discriminação ilegal entre um viúvo que não tenha voltado a casar e que tenha um filho a cargo e uma mulher ou um homem não casado com um filho a cargo, uma vez que só os últimos estão isentos do limite de idade de 45 anos. Mais uma vez, as condições de acesso a um concurso administrativo diferem para pais com um filho a cargo, consoante o seu estado civil. Apenas os pais solteiros, as viúvas que não tenham voltado a casar e as mulheres divorciadas e separadas judicialmente com um filho a cargo podem candidatar-se a concursos quando têm mais de 45 anos.

18. O órgão jurisdicional de reenvio limitou o objecto da questão à situação dos viúvos que não tenham voltado a casar, por comparação com a situação das viúvas que não tenham voltado a casar. A este respeito, há que recordar que, de acordo com jurisprudência assente, compete apenas ao tribunal nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade da decisão jurisdicional a tomar, apreciar, tendo em conta as especificidades do processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder proferir a sua decisão como a pertinência das questões que coloca ao Tribunal de Justiça [11]. O âmbito da análise fica, portanto, limitado à questão relativa à

9 — Acórdãos de 26 de Outubro de 1999, Sirdar (C-273/97, Colect., p. I-7403, n.º 18); de 11 de Janeiro de 2000, Kreil (C-285/98, Colect., p. I-69, n.º 18); e de 19 de Março de 2002, Lommers (C-476/99, Colect., p. I-2891, n.º 25).

10 — Embora a Directiva 76/207 tivesse sido inicialmente concebida para eliminar a discriminação contra as mulheres, não há qualquer dúvida de que os homens também a podem invocar para eliminar uma discriminação sempre que se encontrem numa situação de desvantagem em comparação com as mulheres.

11 — V., nomeadamente, acórdãos de 15 de Junho de 2000, Sehrer (C-302/98, Colect., p. I-4585, n.º 20); de 20 de Março de 2001, Fahmi e Esmoris Cerdeiro-Pinedo Amado (C-33/99, Colect., p. I-2415, n.º 28), e de 8 de Maio de 2003, Gantner Electronic (C-111/01, Colect., p. I-4207, n.ºs 34 e 38).

discriminação entre viúvas e viúvos que não tenham voltado a casar.

19. Neste momento, contudo, pode-se referir que o artigo 8.º da lei controvertida contém outros tipos de discriminação idênticos em razão do sexo. Mães com três ou mais filhos, mulheres divorciadas que não tenham voltado a casar e mulheres separadas judicialmente com um filho a cargo beneficiam de uma isenção do limite de idade de 45 anos em relação ao acesso à Administração, ao passo que os homens na mesma situação (pais com três ou mais filhos, homens divorciados que não tenham voltado a casar e homens separados judicialmente com um filho a cargo) não beneficiam dessa isenção.

20. Ao permitir às viúvas que não tenham voltado a casar — e não aos viúvos que não tenham voltado a casar — candidatarem-se a concursos para efeitos de recrutamento pela Administração, independentemente da idade, o artigo 8.º da lei controvertida introduz uma discriminação em razão do sexo, no que se refere às condições de acesso à Administração, pelo que viola os artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 1, da Directiva 76/207.

21. A questão que se coloca é saber se esta discriminação pode ser justificada.

22. Nas suas observações escritas no Tribunal de Justiça, o Governo francês referiu que se procedeu a uma reforma das condições de acesso aos concursos de recrutamento pela Administração para pôr termo à referida discriminação.

B — *Potenciais excepções ao princípio da igualdade de tratamento*

23. A Directiva 76/207 prevê três excepções ao princípio da igualdade de tratamento: quando o sexo do trabalhador constitua uma condição determinante (artigo 2.º, n.º 2), quando as mulheres precisam de protecção no que se refere à gravidez e à maternidade (artigo 2.º, n.º 3) e quando são tomadas medidas para promover a igualdade de oportunidades (artigo 2.º, n.º 4). Como será demonstrado, face à jurisprudência do Tribunal de Justiça, nenhuma das excepções se aplica no presente caso.

24. S. Briheche invocou o artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 76/207, a fim de defender que não existia qualquer justificação para reservar às mulheres os lugares a que se tinha candidatado na Administração. Mas esta excepção ao princípio da igualdade de tratamento não é relevante. A República Francesa não alegou a sua aplicação. Na verdade, os concursos organizados pelo Estado para o preenchimento de lugares na Administração não são reservados às mulheres, uma vez que quer os

homens quer as mulheres se podem candidatar. A discriminação resulta das excepções ao limite de idade de 45 anos, ao abrigo do artigo 8.º da lei controvertida.

25. Outra possível excepção ao princípio da igualdade de tratamento é definida no artigo 2.º, n.º 3, da Directiva 76/207 e tem por objectivo a protecção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade. Pelo menos implicitamente, o Governo francês parece basear-se nesta excepção quando menciona que a legislação em questão foi adoptada com vista a reduzir as desigualdades entre homens e mulheres. Neste sentido, refere estudos segundo os quais as mulheres asseguram a maior parte do trabalho doméstico, particularmente em famílias com filhos. Cita igualmente estatísticas de Julho de 2003, segundo as quais 10,8% das mulheres, contra 8,7% dos homens, estão desempregadas. Saliente-se que estas estatísticas não são relevantes para a aplicação do artigo 2.º, n.º 3, da Directiva 76/207. Podem, contudo, ser relevantes para justificar medidas tomadas ao abrigo do artigo 2.º, n.º 4, da Directiva 76/207.

26. A este respeito, e como foi reconhecido pela República Francesa, segundo jurisprudência assente, a excepção do artigo 2.º, n.º 3, da Directiva 76/207 apenas pode ser invocada para proteger «a condição biológica da mulher durante a sua gravidez e na sequência desta, até as suas funções psicológicas e mentais voltarem ao normal depois do parto» [12]. Esta excepção não é, portanto, aplicável à presente situação.

27. Por último, o artigo 2.º, n.º 4, da Directiva 76/207 poderia ser aplicado se se considerasse que o artigo 8.º da lei controvertida tem por finalidade promover «a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular as que corrijam as desigualdades de facto que afectam as oportunidades das mulheres».

28. A finalidade desta disposição foi descrita pelo Tribunal de Justiça como autorizando medidas «que, embora na aparência discriminatórias, visam efectivamente eliminar ou reduzir as desigualdades de facto que possam existir na realidade da vida social. Autoriza medidas nacionais no domínio do acesso ao emprego, incluindo a promoção, que, favorecendo especialmente as mulheres, têm como finalidade melhorar a sua capacidade de competir no mercado de trabalho e de prosseguir uma carreira em pé de igualdade com os homens» [13].

12 — Acórdãos de 12 de Julho de 1984, Hofmann (184/83, Recueil, p. 3047), e de 30 de Junho de 1998, Brown (C-394/96, Colect., p. I-4185). Por analogia, embora a análise seja feita no quadro da aplicação do artigo 141.º CE, v., igualmente, acórdão de 29 de Novembro de 2001, Griesmar (C-366/99, Colect., p. I-9383, n.os 43 e 44).

13 — Acórdão Lommers, já referido, n.º 32. V., igualmente, acórdãos de 17 de Outubro de 1995, Kalanke (C-450/93, Colect., p. I-3051, n.os 18 e 19); de 11 de Novembro de 1997, Marschall (C-409/95, Colect., p. I-6363, n.os 26 e 27); e de 28 de Março de 2000, Badeck e o. (C-158/97, Colect., p. I-1875, n.º 19).

29. Embora a amplitude dos termos em que esta finalidade está delineada pudesse indicar que inclui medidas com vista a alcançar uma igualdade substancial entre homens e mulheres no mercado de trabalho, o Tribunal de Justiça interpretou o artigo 2.°, n.° 4, da Directiva 76/207 em sentido estrito, referindo-se ao «conceito restrito de igualdade de oportunidades» [14].

30. Podem-se distinguir três categorias de medidas positivas [15]. A primeira categoria inclui as medidas que não são directamente discriminatórias pela sua natureza, mas que visam simplesmente a melhoria da formação e das qualificações das mulheres (por exemplo, a atribuição de lugares de formação a mulheres). A ideia subjacente é que a igualdade de oportunidades exige a disponibilização de meios para permitir às mulheres desenvolverem as suas qualidades individuais. Na segunda categoria, figuram medidas que têm por finalidade permitir às mulheres uma melhor conciliação do seu papel de mães com a sua actividade profissional (como a possibilidade de beneficiar de vagas em infantários oferecidas pelo empregador). Os homens podem também beneficiar deste último tipo de medidas, que podem ser previstas em termos neutros a favor dos pais. A terceira categoria inclui medidas que também têm como finalidade alcançar a igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, mas que têm natureza discriminatória, uma vez que beneficiam as mulheres com o objectivo de reduzir a sua sub-representação na vida profissional. A terceira categoria inclui medidas com impacto directo no emprego, que dão prioridade às mulheres em processos de selecção ou fixam objectivos ou quotas a atingir. A jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça ocupou-se principalmente com medidas positivas da terceira categoria, que implicavam uma discriminação potencial contra os homens. Nos processos Badeck e o. e Lommers, o Tribunal de Justiça foi chamado a decidir se e em que condições medidas, respectivamente, da primeira e da segunda categoria eram compatíveis com o artigo 2.°, n.° 4, da Directiva 76/207. Todas as categorias de medidas positivas estão sujeitas a três condições cumulativas.

31. Para ser compatível com o artigo 2.°, n.° 4, da Directiva 76/207, uma medida nacional tem de ter como finalidade a correcção de uma situação de desequilíbrio de facto entre homens e mulheres. Por conseguinte, para que uma medida positiva seja abrangida pelo artigo 2.°, n.° 4, da Directiva 76/207, tem de ser demonstrado, antes de mais, que as mulheres estão sub-representadas num sector ou num grau de carreira específico. A medida tem, então, por finalidade a correcção das desigualdades de facto nesse sector ou nesse grau da carreira. Pode-se também conceber uma medida positiva no sector público, com vista a, por exemplo, compensar as dificuldades que as mulheres mais velhas enfrentam no sector privado. Uma medida deste segundo tipo não poderia, contudo, ter por finalidade eliminar a discriminação, mas compensá-la. De qualquer forma, na falta de qualquer prova, nenhuma acção que tenha por finalidade,

14 — Acórdão Lommers, já referido, n.° 33.

15 — Já foi apresentada uma distinção semelhante pelo advogado-geral G. Tesauro, no processo Kalanke, já referido, n.° 9 das conclusões.

directa ou indirectamente, corrigir a situação pode ser justificada ao abrigo do artigo 2.º, n.º 4, da Directiva 76/207.

32. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça deve verificar a aptidão da medida adoptada para corrigir a situação concreta. Este teste de aptidão será, contudo, desnecessário em relação a medidas da terceira categoria, uma vez que as próprias prevêem expressamente o resultado que pretendem alcançar.

33. Por último, para ser justificada ao abrigo do artigo 2.º, n.º 4, da Directiva 76/207, a medida positiva adoptada tem de ser, tanto quanto possível, compatível com o princípio da igualdade de tratamento. Isto parece excluir medidas que estabeleçam prioridades automáticas ou absolutas a favor das mulheres e impõe uma análise da proporcionalidade da medida. Esta análise da proporcionalidade terá consequências diferentes consoante o tipo de medida em causa e a sua possível compatibilidade com o princípio da igualdade de tratamento.

34. Nos processos Kalanke, Marschall e Badeck e o., o Tribunal de Justiça foi chamado a examinar uma legislação nacional que dava prioridade a candidatos do sexo feminino que possuíssem qualificações iguais às dos candidatos do sexo masculino. No acórdão Badeck e o., decidiu que «uma acção que vise promover prioritariamente os candidatos do sexo feminino nos sectores da função pública em que as mulheres estão sub-representadas deve ser considerada compatível com o direito comunitário — quando não concede automática e incondicionalmente a prioridade aos candidatos do sexo feminino com qualificação igual à dos seus concorrentes do sexo masculino e — quando as candidaturas são objecto de uma apreciação objectiva que tem em conta situações particulares de carácter pessoal de todos os candidatos» [16].

35. No acórdão Abrahamsson e Anderson [17], a disposição nacional concedia automaticamente prioridade aos candidatos do sexo feminino, desde que estes fossem suficientemente qualificados, com a única condição de a diferença entre os méritos dos candidatos de cada um dos sexos não ser de uma importância tal que daí resultasse uma inobservância da exigência de objectividade no provimento do lugar. O Tribunal de Justiça considerou que uma medida deste tipo violava o artigo 2.º, n.º 4, da Directiva 76/207, uma vez que o processo de selecção «assenta[va], afinal, unicamente na pertença ao sexo sub-representado» [18]. Contudo, o Tribunal de Justiça declarou que um processo de selecção podia incluir critérios que dão prioridade às mulheres, desde que esses critérios fossem «transparente[s] e pud [essem] ser controlad[os] a fim de excluir

16 — Acórdão Badeck e o., já referido, n.º 23. V., igualmente, processo E-1/02, Órgão de Fiscalização da EFTA c. Reino da Noruega [2003], *EFTA Court Repport 1*, n.º 15.

17 — Acórdão de 6 de Julho de 2000, Abrahamsson e Anderson (C-407/98, Colect., p. I-5539).

18 — Acórdão Abrahamsson e Anderson, já referido, n.º 53.

qualquer apreciação arbitrária da qualificação dos candidatos» [19].

36. No sentido desta jurisprudência, o Tribunal EFTA declarou, no processo E-1/02, Órgão de Fiscalização da EFTA c. Reino da Noruega [20], que a reserva de lugares académicos permanentes e temporários para mulheres violava o princípio da igualdade de tratamento e não podia ser considerada abrangida pelo artigo 2.°, n.° 4, da Directiva 76/207, porque não tinha a necessária flexibilidade e não permitia qualquer apreciação das qualificações dos candidatos, excluindo automaticamente os candidatos do sexo masculino dos lugares reservados.

37. Contudo, há que recordar que as medidas em causa nos processos Kalanke, Marschall e Abrahamsson e Anderson fazem parte da terceira categoria definida no n.° 30 (medidas que dão prioridade às mulheres em processos de selecção ou que fixam objectivos ou quotas a atingir). Medidas de outras categorias estão sujeitas aos mesmos critérios de análise, embora a última condição de proporcionalidade possa impor exigências diferentes, uma vez que estas medidas não discriminam directamente em relação ao acesso ao emprego.

38. No processo Lommers, a medida nacional em causa tinha por objecto a reserva de lugares em infantários para os empregados do sexo feminino do Ministério da Agricultura, Gestão da Natureza e das Pescas nos Países Baixos, «salvo numa situação de urgência, que deverá ser apreciada pelo director» [21]. O Tribunal de Justiça sublinhou o facto de a medida em causa não reservar postos de trabalho às mulheres, mas sim permitir-lhes «[beneficiar] de certas condições de trabalho» [22].

39. Acresce que a reserva de lugares em infantários para empregados do sexo feminino pode promover a igualdade de oportunidades das mulheres, uma vez que ficou demonstrado que, em relação aos homens, há uma maior probabilidade de as mulheres renunciarem à sua carreira para criarem um filho [23].

40. Nos acórdãos Badeck e o. e Lommers, o Tribunal de Justiça sublinhou especialmente o facto de as medidas em causa não excluírem totalmente os candidatos do sexo masculino [24]. O Tribunal de Justiça declarou que, para ser compatível com o artigo 2.°, n.° 4, da Directiva 76/207, a medida devia preencher esta condição negativa. De facto, no acórdão Lommers, o Tribunal de Justiça referiu expressamente que a medida em causa não excluía totalmente os funcionários

19 — Acórdão Abrahamsson e Anderson, já referido, n.° 49.
20 — Acórdão já referido.
21 — Acórdão Lommers, já referido, n.° 11.
22 — Acórdão Lommers, já referido, n.° 38.
23 — Acórdão Lommers, já referido, n.° 37.
24 — Acórdãos, já referidos, Badeck e o., n.° 53, e Lommers, n.°s 44 e 45.

masculinos do seu âmbito de aplicação [25]. De outro modo, a medida positiva não podia ser considerada compatível com o princípio da igualdade de tratamento [26].

41. Esta compatibilidade com o princípio da igualdade exclui qualquer tipo de prioridade automática a favor das mulheres e exige que as medidas sejam proporcionais, ponderando-se os benefícios das medidas positivas de promoção da igualdade das mulheres com os custos para terceiros. Estas exigências são necessárias para evitar que a igualdade entre os indivíduos seja prejudicada pela igualdade substancial entre grupos [27].

42. O Tribunal de Justiça tenta conciliar a discriminação positiva com o princípio geral da igualdade, admitindo a primeira apenas na medida em que a discriminação em benefício de certos grupos não seja feita em detrimento de indivíduos concretos: alcançar uma maior igualdade de representação entre homens e mulheres na população activa não constitui justificação para pôr em causa o direito de cada indivíduo a não ser discriminado. Por outras palavras, a igualdade de oportunidades prevalece sobre a igualdade de resultados. O Tribunal de Justiça considera que medidas positivas discriminatórias apenas podem ser aceites se, especificamente, tiverem como finalidade, em cada caso concreto, obrigar o empregador a colocar as mulheres numa posição semelhante à dos homens. Vistas as coisas deste modo, as medidas positivas discriminatórias só aparentemente são discriminatórias. Isto explica por que razão o Tribunal de Justiça aceita, por exemplo, medidas destinadas a permitir conciliar o trabalho com a educação dos filhos, favorecendo assim as mulheres, desde que estas medidas não estejam relacionadas com o acesso ao emprego e possam abranger os homens [28]. Isto também explica por que razão o Tribunal de Justiça aceita medidas que dão alguma prioridade às mulheres no emprego, desde que esta situação não se torne uma prioridade automática, mas apenas mais um critério a que o empregador deve atender no preenchimento de lugares. Esta lógica de admitir a discriminação positiva apenas quando serve para eliminar uma discriminação potencial pode, contudo, entrar facilmente em conflito com os objectivos mais ambiciosos por vezes atribuídos a medidas de discriminação positiva. Frequentemente, é-lhes atribuída a finalidade de eliminar ou compensar a sub-representação de determinados grupos na

25 — Acórdão Lommers, já referido, n.º 45.

26 — Acórdãos, já referidos, Lommers, n.º 39, e Órgão de Fiscalização da EFTA c. Reino da Noruega, n.º 43.

27 — Para uma análise crítica da prioridade dada à igualdade entre os sexos, v. Freeman, S., *Social Law and Policy in an evolving European Union*, J. Shaw (eds), 2000, p. 189; Haquet, A., *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes*, RTDE, 2001, p. 305; Prechal, S., *Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, CMLRev., 2004, p. 533.

28 — Acórdãos, já referidos, Badeck e o., n.º 53, e Lommers, n.ºs 44 e 45.

sociedade, concedendo-lhes prioridade no acesso a determinados sectores sociais.

43. A jurisprudência do Tribunal de Justiça reflecte, em contrapartida, a referência exclusiva no artigo 2.º, n.º 4, da Directiva 76/207 a medidas com a finalidade de «corri [gir] as desigualdades de facto», sem mencionar o objectivo de compensação. É à luz deste entendimento que o Tribunal de Justiça apenas admite modalidades de discriminação positiva na medida em que contribuam para corrigir mecanismos decisórios discriminatórios (especialmente em relação ao emprego), mas não para os compensar.

44. No caso em apreço, o Governo francês não provou que as mulheres estivessem sub-representadas na Administração ou, mais concretamente, em certos graus da carreira. Acresce que o artigo 8.º da lei controvertida não se limita a distinguir entre homens e mulheres, mas também se refere ao estado civil dos indivíduos. Também não é claro por que razão devem as viúvas que não tenham voltado a casar, as mulheres divorciadas que não tenham voltado a casar e as mulheres separadas judicialmente ser distinguidas de outras categorias de indivíduos solteiros em relação aos quais devem ser tomadas medidas. Em todo o caso, o Governo francês não apresentou qualquer prova susceptível de fundamentar este raciocínio.

45. Acresce que, como foi referido atrás, medidas abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 2.º, n.º 4, da Directiva 76/207 apenas são compatíveis com esta disposição se forem adequadas e proporcionadas ao objectivo que prosseguem. No presente caso, não existindo qualquer prova de que a medida foi concebida para corrigir uma sub-representação de facto das mulheres, nem sequer é necessário analisar a adequação e a proporcionalidade da lei controvertida quanto à sua finalidade.

46. Destas considerações decorre que nenhuma das excepções ao artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 76/207 poderia justificar a discriminação em razão do sexo constante do artigo 8.º da lei controvertida.

47. Nestas circunstâncias, é, contudo, necessário determinar se a legislação em causa pode ser justificada ao abrigo do artigo 141.º, n.º 4, CE.

48. O artigo 141.º, n.º 4, CE autoriza medidas «que prevejam regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma actividade profissional pelas pessoas do sexo sub-representado, ou a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional» [29]. Não se pode excluir que medidas positivas que não se enquadrem no âmbito de aplicação da Directiva 76/207 possam ser autorizadas ao abrigo desta disposição [30]. Com efeito, como sublinhei, pode-se defender que existe uma diferença entre medidas destinadas a reduzir desigualdades e medidas destinadas a compensar desigualdades anteriores ou actuais que tenham afectado um grupo social. Não se pode excluir que a referência do artigo 141.º, n.º 4, CE a finalidades compensatórias tenha como objectivo conceder ao Estado-Membro maior discricionariedade na adopção de medidas positivas discriminatórias. Contudo, esta interpretação tem sempre de respeitar os limites autorizados pelo princípio geral da igualdade. A questão submetida ao Tribunal de Justiça não é saber se determinadas formas de discriminação positiva poderiam ou não contribuir para uma sociedade mais igual e mais justa, mas se essas formas de discriminação positiva, uma vez adoptadas pelo legislador, são compatíveis com o princípio geral da igualdade e da não discriminação [31].

49. A este respeito, a referência à compensação, no artigo 141.º, n.º 4, CE, pode ser interpretada como significando que a necessidade de se compensarem as anteriores ou actuais desigualdades sociais pode justificar que se beneficiem indivíduos desses grupos e se discriminem membros dos grupos sobrerrepresentados, ou que a adopção de medidas de natureza compensatória é necessária tendo em conta o facto de que a aplicação não discriminatória das actuais regras sociais favorece estruturalmente os membros dos grupos sobrerrepresentados [32]. A primeira interpretação implica que os direitos individuais não sejam discriminados pelo facto de se pretender alcançar a igualdade entre grupos que é justificada pelo objectivo de compensar os membros do grupo sub-representado pelas discriminações anteriores

29 — A palavra «compensar» foi introduzida pelo Tratado de Amesterdão.

30 — Como foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Abrahamsson e Anderson, já referido, n.º 54.

31 — Ao analisar as opções do legislador, o Tribunal de Justiça deveria também ter em conta o facto de que admitir alguma diversidade em termos de opções políticas nacionais, numa área em que há muita incerteza e discussão quanto aos efeitos exactos e aos benefícios das medidas de discriminação positiva, pode proporcionar um certo grau de experimentação e de aprendizagem útil para os diferentes Estados-Membros. Outro factor a ter em conta é saber se, nas instâncias em que as medidas de discriminação positiva são adoptadas, os membros do sexo sobrerrepresentado têm uma representação e uma participação suficientes para expressarem as suas opiniões no processo político.

32 — Isto está no cerne das críticas feitas à igualdade formal, à qual se atribui o reforço da discriminação existente na sociedade.

e actuais. Esta interpretação é dificilmente compatível com a prioridade que o Tribunal de Justiça tem dado à igualdade de oportunidades e ao seu entendimento tradicional do princípio geral da igualdade de tratamento.

50. A segunda interpretação pode, contudo, ser mais facilmente conciliável com o princípio da igualdade de tratamento como interpretado e aplicado pelo Tribunal de Justiça. Nesta perspectiva, a igualdade de resultados não é o objectivo. Nem as finalidades da discriminação positiva justificam necessariamente a discriminação entre indivíduos. O que os seus defensores estimam, com efeito, é que as medidas frequentemente associadas à igualdade substancial, que compensam a sub-representação de determinados grupos (por exemplo, quotas, prioridades automáticas), são as únicas que podem conduzir efectivamente, a longo prazo, à igualdade de oportunidades. Medidas que beneficiem membros de determinados grupos não são, portanto, concebidas como meios para alcançar a igualdade entre grupos ou a igualdade de resultados, mas, pelo contrário, como um instrumento para atingir a efectiva igualdade de oportunidades. A finalidade das medidas compensatórias deste tipo passa a ser o restabelecimento da igualdade de oportunidades pela eliminação dos efeitos da discriminação e pela promoção da maximização a longo prazo da igualdade de oportunidades [33]. Neste caso, a compensação destina-se a restabelecer o equilíbrio entre as oportunidades dadas pela sociedade aos membros dos diferentes grupos.

51. Basear a admissibilidade de modalidades compensatórias de discriminação positiva na igualdade de oportunidades e não na igualdade de resultados levaria a que a igualdade entre indivíduos prevalecesse ainda sobre a igualdade entre grupos, impondo, no entanto, determinados limites e condições às medidas de discriminação positiva compensatória, que poderiam ser admissíveis nos termos do artigo 141.º, n.º 4, CE. A admissibilidade destas medidas de discriminação positiva dependeria, por exemplo, grandemente da sua natureza transitória [34]. De outra forma, estas medidas de discrimi-

33 — A este respeito, podem ser invocadas duas razões principais. Em primeiro lugar, a discriminação positiva é concebida simplesmente para melhorar as perspectivas das vítimas de discriminação, colocando-as na situação em que se encontrariam se não tivessem sido discriminadas. Em segundo lugar, a discriminação positiva é considerada a única medida eficaz para gerar os incentivos adequados a fim de permitir aos grupos sub-representados investirem em capital humano (rompendo com o círculo vicioso da discriminação) e para solucionar as falhas do mercado (monopólios sociais e custos da informação) que, reforçando a discriminação social corrente, evitam efectivamente que as melhores pessoas sejam escolhidas. Chama-se a atenção para o facto de a causalidade entre estas duas razões e os efeitos da discriminação positiva serem frequentemente contestados e objecto de várias estratégias alternativas. Não compete, contudo, ao Tribunal de Justiça avaliar os méritos dessas políticas, mas apenas analisar se, e em que medida, podem ser consideradas compatíveis com o princípio da igualdade de tratamento.

34 — Isto pode ser assegurado por cláusulas restritivas ou exigências de avaliações periódicas da legislação.

nação positiva podem, a longo prazo, criar direitos adquiridos, mesmo quando as condições que as justificavam já não se verificam. Consequentemente, a finalidade de criar a longo prazo uma igualdade de oportunidades efectiva ficaria comprometida. Outras condições podem estar relacionadas com a natureza e a medida do sacrifício imposto aos indivíduos do grupo sobrerrepresentado, com a susceptibilidade de as perspectivas acrescidas dos membros do grupo sub-representado poderem conduzir a uma efectiva igualdade de oportunidades e com a exigência de demonstrar a sub-representação não só em termos gerais mas também no sector ou na instituição específicos, sujeitos a modalidades de discriminação positiva.

52. No presente caso, na falta de provas quanto à finalidade prosseguida pela legislação, uma disposição como o artigo 8.º da lei controvertida não pode ser justificada ao abrigo do artigo 141.º, n.º 4, CE, pelo que não é necessário determinar se estas condições estão preenchidas.

III — Conclusão

53. Nestes termos, à questão submetida pelo órgão jurisdicional nacional deve, em minha opinião, responder-se da seguinte maneira:

«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, e o artigo 141.º, n.º 4, CE opõem-se a uma legislação nacional como o artigo 8.º da Lei francesa n.º 75-3, alterada, uma vez que discrimina entre viúvas e viúvos que não tenham voltado a casar, em relação ao limite de idade que lhes é imposto para efeitos de recrutamento pela Administração, sem que tenha como finalidade corrigir ou compensar uma desigualdade de facto.»