CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS apresentadas em 15 de Maio de 1997 *

1. O artigo 2.°, n.os 1 e 4, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (a seguir «directiva da igualdade de tratamento» ou «directiva») [1] opõe-se a que uma legislação nacional segundo a qual, nas actividades dos serviços públicos em que numa determinada categoria de uma carreira estejam colocadas menos mulheres do que homens, estas devem, em caso de igualdade de qualificações (aptidão, competência e eficiência profissional) dos candidatos masculinos e femininos, ser promovidas prioritariamente, excepto se predominarem razões específicas de um candidato masculino? Esta é a questão que foi apresentada ao Tribunal de Justiça pelo Verwaltungsgericht (tribunal administrativo) Gelsenkirchen.

A directiva da igualdade de tratamento

2. O artigo 1.°, n.° 1, da directiva da igualdade de tratamento afirma:

«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, incluindo a promoção, e à formação profissional, assim como no que se refere às condições de trabalho... Este princípio será a seguir denominado por "princípio da igualdade de tratamento".»

3. O artigo 2.° prevê, nas passagens que são relevantes para o caso em apreço:

«1. O princípio da igualdade de tratamento, na acepção das disposições adiante referidas, implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar.

...

4. 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.° 1 do artigo 1.°»

* Língua original: inglês.

1 — JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70.

4. O artigo 3.°, n.° 1, precisa:

«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.»

5. O artigo 6.° estipula:

«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.»

Os factos e a legislação nacional

6. O estatuto dos funcionários do Land Nordhrein-Westfalen enuncia o seguinte:

«Sempre que, no âmbito do serviço competente para a promoção, numa determinada categoria de uma carreira haja menos mulheres do que homens, estas devem, em caso de igualdade de aptidão, competência e eficiência profissional, ser promovidas prioritariamente, excepto se predominarem razões específicas de outro candidato» [2].

7. Segundo as observações do Land, esta disposição nacional visa contrabalançar a discriminação estrutural com que se confrontariam as mulheres, se aquela não existisse, em razão de certos critérios secundários tradicionais: face a qualificações iguais, a tendência é para recrutar um homem em vez de uma mulher a) pelo facto de ser mais provável que o homem tenha mais idade e possua maior antiguidade de serviço devido a menos interrupções da carreira e b) por razões de ordem «social» — tendência em oferecer um emprego a um homem que tem pessoas a cargo em vez de a uma mulher casada com um homem que trabalha. A disposição nacional controvertida introduz, com efeito, um critério suplementar, isto é, a qualidade de ser mulher, que deve, em princípio, primar obrigatoriamente sobre os critérios secundários tradicionais.

8. Esta norma tem no entanto uma possibilidade de derrogação: «excepto se predominarem razões específicas de outro candidato». O alcance exacto desta possibilidade

2 — Primeira parte da segunda frase do § 25, n.° 5, da Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen na versão publicada em 1 de Maio de 1981 [Gesetz und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen (GVNW), p. 234], com a última redacção introduzida pelo artigo 1.° da sétima lei que altera algumas normas da função pública (siebtes Gesetz zu Änderung dienstrechlicher Vorschriften), de 7 de Fevereiro de 1995 (GVNW, p. 102).

derrogação não é imediatamente evidente. Isto pode não ser fortuito: segundo as observações escritas do Land, o legislador entendeu deliberadamente, através da expressão «razões específicas de outro candidato», optar por uma terminologia jurídica imprecisa, para garantir suficiente flexibilidade e, em especial, deixar à administração uma margem de apreciação que permita ter em conta todas as espécies de razões que podem ser específicas de outro candidato. Conclui-se, no entanto, das observações escritas e orais do Land que as referidas razões devem pelo menos incluir os critérios secundários tradicionais, anteriormente citados, isto é, a antiguidade e as «razões sociais». Isto suscita, em si, dúvidas — que retomaremos — quanto a saber se a própria derrogação não poderia ser discriminatória e, deste modo, ilegal.

9. H. Marschall, professor, apresentou a sua candidatura para promoção. Foi informado de que o lugar seria atribuído a uma candidata feminina: estando os dois candidatos igualmente qualificados e, sendo o número de mulheres inferior ao dos homens no nível e no grau considerados, a mulher tinha que ser promovida em razão da regulamentação já referida. H. Marschall intentou uma acção judicial para que fosse ordenado à autoridade recorrida que lhe atribuísse o lugar controvertido. Tendo dúvidas quanto à compatibilidade da legislação nacional com o artigo 2.°, n.os 2 e 4, da directiva da igualdade de tratamento, o Verwaltungsgericht Gelsenkirchen suspendeu a instância e apresentou ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial anteriormente indicada.

10. Foram apresentadas observações escritas pelo Land Nordrhein-Westfalen, pelos Governos austríaco, do Reino Unido, espanhol, finlandês, francês, norueguês [3] e sueco, bem como pela Comissão. O Land Nordrhein-Westfalen, os Governos do Reino Unido, finlandês, neerlandês e sueco bem como a Comissão estiveram representados na audiência.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça

11. É importante observar desde já que, como se conclui da questão colocada, o Tribunal de Justiça não é, nem deveria ser, convidado a decidir sobre a oportunidade, a título geral, da «discriminação positiva» ou «acção positiva» [4]: a questão do órgão jurisdicional nacional incide sobre a conformidade da regulamentação nacional controvertida com duas disposições precisas da directiva da igualdade de tratamento. De igual modo, no recente acórdão Kalanke [5], que se referia a uma regulamentação nacional semelhante, o Tribunal de Justiça limitou-se a analisar — apesar do teor de uma parte das

3 — Nos termos do artigo 20.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, com a alteração que lhe foi introduzida pela declaração da Comunidade Europeia relativa aos direitos dos Estados da EFTA perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias anexa ao acto final que adopta o acordo sobre o Espaço Económico Europeu (JO 1994, L 1, p. 523).

4 — Relativamente a esta terminologia, v. as conclusões do advogado-geral G. Tesauro no processo Kalanke, acórdão de 17 de Outubro de 1995 (C-450/93, Colect., p. I-3051), nomeadamente n.° 8. V. também a comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a interpretação do acórdão proferido em 17 de Outubro de 1995 pelo Tribunal de Justiça no processo C-450/93, Kalanke/Freie Hansestadt Bremen, COM(96) 88 final, p. 3.

5 — Já referido na nota 4. Este acórdão foi objecto de numerosos artigos e comentários. As publicações alemãs são largamente citadas nas observações do Land.

reacções da doutrina a este acórdão [6] — a compatibilidade da regulamentação em causa com aquelas disposições. Retomaremos a questão, mais vasta, do papel que realmente incumbe ao Tribunal de Justiça em matéria de escolha de certas opções políticas.

12. Antes de abordar o acórdão Kalanke, examinaremos brevemente os dois acórdãos anteriores em que o Tribunal de Justiça forneceu indicações quanto ao âmbito de aplicação do artigo 2.°, n.° 4, disposição crucial no presente processo.

13. O acórdão Hofmann [7] dizia respeito à compatibilidade, com a directiva da igualdade de tratamento, de uma legislação nacional que reservava às mães a possibilidade de uma licença remunerada após o nascimento de uma criança. O Tribunal de Justiça não baseou a sua decisão no artigo 2.°, n.° 4, mas, ao invés, no artigo 2.°, n.° 3, que prevê que a directiva não constitui obstáculo às disposições relativas à protecção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade. O advogado-geral M. Darmon examinou, no entanto, o artigo 2.°, n.° 4, e concluiu:

«Do sistema [da directiva], resulta que as excepções dos n.os 2 a 4 do artigo 2.° dão a exacta medida do âmbito de aplicação fixado ao princípio consagrado pelo artigo 2.°, n.° 1. Esse arranjo revela, por si só, a importância conferida pelo legislador comunitário a essas reservas, o que a sua análise vai confirmar.

A enunciada pelo n.° 4 do artigo 2.° ocupa um lugar à parte. Essa disposição abre o caminho às medidas nacionais que têm em vista "promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular (corrigindo) as desigualdades de facto"; apenas faz excepção ao princípio aparentemente: tendo em vista compensar as discriminações de facto existentes, tende a restabelecer a igualdade e não a afectá-la. Dito de outra forma, desde que seja constatada a desigualdade de facto a suprimir, essa derrogação deve entender-se em sentido amplo» [8].

14. O segundo acórdão, Comissão/França [9], referia-se à compatibilidade, com a directiva da igualdade de tratamento, de uma derrogação introduzida numa legislação nacional que a transpunha. Esta derrogação visava excluir da proibição de discriminação os contratos de trabalho ou convenções colectivas

6 — V., por exemplo, o comentário de Eva Brems, na sua nota de jurisprudência publicada em 2 *Columbia Journal of European Law*, 172 (1995/96), p. 177: «Ora, em vez de concluir que era preciso combinar o conjunto dos três modelos de acções positivas, G. Tesauro aborda então o texto da directiva» bem como a afirmação de Anne Peters em «The Many Meanings of Equality and Positive action in Favour of Women under European Community Law — A conceptual analysis», 2 *European Law Journal*, 177 (1996), p. 190, de que este acórdão «ilustra a falta de vontade do Tribunal de Justiça de admitir as dificuldades que decorrem da multiplicidade dos paradigmas».

7 — Acórdão de 12 de Julho de 1984 (184/83, Recueil, p. 3047).

8 — N.° 9 das conclusões.

9 — Acórdão de 25 de Outubro de 1988 (312/86, Colect., p. 6315).

que concedessem certos direitos especiais às mulheres. Nesses direitos especiais figuravam a redução do tempo de trabalho para as mulheres que tivessem ultrapassado a idade de 59 anos, ou afectadas a determinadas tarefas tais como a dactilografia ou o trabalho com material informático, a antecipação da idade da reforma, a licença por adopção de um filho, a licença para cuidar de filhos doentes, a concessão de um dia de licença aquando do início do ano escolar ou de uma licença de algumas horas no dia da mãe, o pagamento de subsídio às mães que tenham de suportar despesas de creche ou de guarda dos filhos, uma licença de maternidade suplementar, a atribuição de dias de férias suplementares por cada filho e a concessão de bonificações para o cálculo da reforma a partir do segundo filho [10].

15. O Tribunal de Justiça considerou que estas medidas não se podiam justificar com base no artigo 2.°, n.° 4, e declarou:

«a excepção prevista pelo n.° 4 do artigo 2.° destina-se apenas e precisamente a autorizar medidas que, embora discriminatórias na aparência, têm de facto em vista eliminar ou reduzir as desigualdades de facto que possa existir na realidade da vida social» [11].

16. O acórdão Kalanke [12] é o mais recente em que o Tribunal de Justiça examinou o artigo 2.°, n.° 4, e o mais relevante para efeitos do actual processo. No processo Kalanke, a regulamentação controvertida previa que as candidatas a um lugar deviam, se tivessem qualificações iguais às dos seus concorrentes masculinos, ser tidas em consideração prioritariamente em sectores em que estivessem subrepresentadas, precisando-se que existia subrepresentação das mulheres quando elas não representavam pelo menos metade dos efectivos no grau em causa da carreira em questão num serviço [13]. Esta norma não tinha qualquer excepção, mas o órgão jurisdicional nacional considerava que devia ser interpretada em conformidade com a Grundgesetz (Lei Fundamental alemã) no sentido de que se, em princípio, devia ser concedida prioridade à mulher para uma promoção, a equidade devia no entanto levar a introduzir, caso necessário, uma excepção a este privilégio [14].

10 — V. n.° 8 do acórdão e conclusões do advogado-geral G. Slynn, p. 6327.

11 — N.° 15 do acórdão. A expressão «actual instances of inequality», que consta da versão inglesa do acórdão, é talvez preferível à utilizada na versão inglesa do artigo 2.°, n.° 4, que menciona as desigualdades existentes («existing inequalities»). Está também mais próxima das outras versões linguísticas dessa disposição. O advogado-geral G. Slynn considerou que as medidas em questão não podiam ser justificadas com base no artigo 2.°, n.° 4, dado que os homens nunca tinham beneficiado do tipo de direitos em causa, pelo que não existiam, em seu favor, desigualdades que afectassem as oportunidades das mulheres no domínio do trabalho. Este ponto de vista parece no entanto assentar numa leitura demasiado literal da versão inglesa do artigo 2.°, n.° 4.

12 — Acórdão já referido, nota 4.

13 — N.° 3 do acórdão.

14 — N.° 9 do acórdão.

17. E. Kalanke e H. Glissmann foram propostos para promoção. Admitiu-se que possuíam qualificações iguais para o lugar e que as mulheres estavam subrepresentadas no sector em questão. A regulamentação nacional exigia portanto que o lugar de promoção em questão fosse atribuído a H. Glissmann. E. Kalanke intentou uma acção em que contestou, nomeadamente, a validade da disposição nacional controvertida face ao direito alemão. Apesar de considerar que essa disposição era compatível com as disposições de direito interno invocadas por E. Kalanke, o Bundesarbeitsgericht (tribunal federal do trabalho) manifestou dúvidas quanto à sua compatibilidade com a directiva da igualdade de tratamento e apresentou ao Tribunal de Justiça questões relativas ao alcance do artigo 2.°, n.os 1 e 4.

18. O Tribunal partiu da ideia de que uma disposição nacional segundo a qual, numa promoção, as mulheres que tenham uma qualificação igual à dos seus concorrentes masculinos devem automaticamente beneficiar de prioridade em sectores em que estejam subrepresentadas, implica uma discriminação em razão do sexo [15]. Uma vez que a directiva da igualdade de tratamento visa aplicar, nos Estados-Membros, o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, nomeadamente no que se refere ao acesso ao emprego, incluindo a promoção, e que se precisa, no seu artigo 2.°, n.° 1, que o princípio da igualdade de tratamento implica «a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente», a violação deste princípio é, à primeira vista, manifesta.

19. O Tribunal de Justiça analisou em seguida a questão de saber se a regulamentação controvertida podia ser autorizada pelo artigo 2.°, n.° 4. Repetindo os termos do seu acórdão Comissão/França [16], afirmou que esta disposição tinha como finalidade precisa e limitada autorizar medidas que, embora na aparência discriminatórias, visavam efectivamente eliminar ou reduzir as desigualdades de facto que pudessem existir na realidade da vida social. Indicou que essa disposição 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 concorrer no mercado de trabalho e de prosseguir uma carreira em pé de igualdade com os homens [17].

20. O Tribunal de Justiça retomou em seguida a afirmação formulada pelo Conselho na recomendação relativa à promoção de acções positivas a favor das mulheres [18], segundo a qual «as normas jurídicas existentes sobre a igualdade de tratamento, que têm por objectivo conceder direitos aos indivíduos, são insuficientes para eliminar qualquer forma de desigualdade de facto se, simultaneamente, não forem empreendidas, por parte dos governos, dos parceiros sociais e de outros organismos competentes, acções com vista a compensar os efeitos prejudiciais que, para as mulheres na vida activa, resultam de atitudes, de comportamentos e de estruturas da sociedade» [19]. Prosseguiu declarando que, contudo, enquanto derrogação a

15 — N.° 16 do acórdão.

16 — Acórdão já referido, nota 9.

17 — N.os 18 e 19 do acórdão.

18 — Recomendação 84/635/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1984 (JO L 331, p. 34; EE 05 F2 p. 124).

19 — Terceiro considerando.

um direito individual consagrado pela directiva, o artigo 2.°, n.° 4, era de interpretação estrita [20].

21. O Tribunal de Justiça concluiu que uma regulamentação nacional que garante prioridade absoluta e incondicional às mulheres numa nomeação ou promoção vai para além de uma promoção da igualdade de oportunidades e exorbita dos limites da excepção contida no artigo 2.°, n.° 4, da directiva [21]. Acrescenta que um tal sistema, ao pretender estabelecer uma igualdade de representação das mulheres relativamente aos homens em todos os graus e níveis de um serviço, substitui a promoção da igualdade de oportunidades, prevista no artigo 2.°, n.° 4, pelo resultado a que só a concretização dessa igualdade de oportunidades permitiria chegar [22]. Consequentemente, respondeu às questões apresentadas pelo órgão jurisdicional nacional que a directiva se opunha a uma regulamentação nacional que, como a do caso vertente, existindo qualificações iguais entre os candidatos de sexo diferente considerados para uma promoção, atribua automaticamente prioridade aos candidatos femininos nos sectores em que as mulheres estão em minoria, segundo a definição dada pela referida regulamentação [23].

22. Tendo concluído que a regulamentação nacional controvertida era proibida pela directiva, o Tribunal de Justiça não tinha que examinar a questão da proporcionalidade. As críticas que certos comentadores [24] lhe dirigiram sobre esta questão não podem portanto ser consideradas justificadas. Outros assumiram erradamente que o Tribunal de Justiça considerou a regulamentação controvertida desproporcionada e que por isso a julgou ilegal [25].

Aplicação da jurisprudência Kalanke ao caso concreto

23. Recordamos que o ponto de partida do Tribunal de Justiça, no acórdão Kalanke, era a ideia de que uma regulamentação nacional que previa que, numa promoção para a qual candidatos masculinos e femininos possuíam qualificações iguais, as mulheres deveriam automaticamente beneficiar da prioridade, em sectores em que estivessem sub-representadas, era uma regulamentação que implicava uma discriminação em razão do sexo sendo portanto, em princípio, contrária à directiva. Em nosso entender, é evidente que a disposição nacional controvertida em apreço apresenta o mesmo carácter discriminatório e que é portanto contrária à directiva, excepto se puder ser considerada autorizada

20 — N.os 20 e 21 do acórdão.

21 — N.° 22 do acórdão.

22 — N.° 23 do acórdão.

23 — N.° 24 e dispositivo do acórdão. Para a definição pertinente de «subrepresentação», v. n.° 17 das presentes conclusões.

24 — V., por exemplo, Charpentier, Louis: «L'arrêt Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité», 32 *Revue trimestrielle de droit européen* 281 (1996), p. 288, Peters, Anne: «The Many Meanings of Equality...», já referido nota 6, pp. 192 e 193.

25 — V., por exemplo, a nota de jurisprudência de Jean-Louis Clergerie em *Recueil Dalloz Sirey* (1996) (*Jurisprudence*) 221, p. 223; nota de jurisprudência de Eva Brems, já referida na nota 6, pp. 174-175; Senden, Linda: «Positive Action in the EU Put to the Test. A Negative Score?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 146 (1996), pp. 151 e 152.

pelo artigo 2.°, n.° 4. Sendo certo que a disposição nacional controvertida no caso em apreço não se exprime sob a forma de um automatismo de promoção das mulheres nos caso em que se aplica, o ponto fulcral desta regra é, não obstante, a ideia de que, excepto circunstâncias excepcionais, uma mulher deve ser promovida porque é mulher, o que é manifestamente contrário, à primeira vista, ao princípio de igualdade de tratamento enunciado pela directiva. Mencione-se, em especial, o artigo 3.°, n.° 1 [26], que estipula que a aplicação deste princípio implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo nas condições *nomeadamente* de promoção, *incluindo os critérios de selecção*.

24. O ponto essencial é determinar se a disposição nacional controvertida é abrangida pelo artigo 2.°, n.° 4, e portanto compatível com a directiva. O órgão jurisdicional nacional decidiu apresentar uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça, no presente processo, dada a diferença entre a regulamentação nacional no caso concreto e a que estava em causa no processo Kalanke. Sublinha, em especial, o facto de, no acórdão Kalanke, o Tribunal de Justiça ter concluído que «uma regulamentação nacional que garante prioridade *absoluta* e *incondicional* às mulheres numa promoção» exorbita dos limites do artigo 2.°, n.° 4 [27], e pergunta se a possibilidade de derrogação existente na disposição nacional em questão torna esta compatível com a directiva.

25. Os Governos francês e do Reino Unido consideram que, não obstante esta possibilidade de derrogação, a disposição nacional controvertida é contrária à directiva. Indicam como argumento principal que, na medida em que esta disposição visa impor uma igualdade de representação e não promover a igualdade de oportunidades, se deve aplicar o raciocínio seguido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Kalanke.

26. O Land Nordrhein-Westfalen, os Governos austríaco, espanhol, finlandês, norueguês e sueco, bem como a Comissão [28], são de parecer contrário. Alegam, com efeito, que a flexibilidade que comporta a disposição nacional actualmente controvertida — a saber, a existência da possibilidade de derrogação — constitui um motivo suficiente para afastar o acórdão Kalanke a título de precedente: no caso em apreço, não existe garantia de prioridade absoluta e incondicional [29].

27. Esta tese apresenta, em nosso entender, alguns pontos fracos.

26 — Reproduzido no n.° 4.

27 — N.° 22 do acórdão; sublinhado nosso.

28 — V. também a comunicação já referida na nota 4, p. 9.

29 — Note-se também que o tribunal federal de trabalho que solicitou uma decisão a título prejudicial no processo Kalanke considerou, também, quando decidiu à luz do acórdão do Tribunal de Justiça, que o ponto crítico da regulamentação em causa era a ausência de uma norma específica de derrogação como a do presente processo: v. nota de Sacha Prechal sobre o acórdão Kalanke, 33 *Common Market Law Review* 1245 (1996), p. 1256 e Senden, Linda: «Positive Action in the EU Put to the Test...», já referido na nota 25, p. 157.

28. Em primeiro lugar, a regulamentação nacional em causa no acórdão Kalanke não era, de facto, nem absoluta nem incondicional: o Tribunal de Justiça salientou a nota do órgão jurisdicional nacional de que esta regulamentação devia ser interpretada «no sentido de que, embora, em princípio, deva dar-se prioridade às mulheres em caso de promoções, a equidade deve, contudo, levar a introduzir excepções a este privilégio, caso seja necessário» [30]. Esta interpretação assentava na ideia de que, caso contrário, existiria uma incompatibilidade entre a legislação nacional e os n.os 2 e 3 do artigo 3.° da Lei Fundamental alemã, que estipulavam, respectivamente, na época dos factos, que os homens e as mulheres devem ter os mesmos direitos, sendo proibida qualquer discriminação em razão do sexo [31]. Tendo o Tribunal de Justiça reconhecido, no acórdão Kalanke, que a regulamentação em causa continha certas excepções, é nesta perspectiva que se deve ler a fórmula relativa à prioridade «automática» que consta deste acórdão.

29. O raciocínio seguido no acórdão kalanke incita também a pensar que a disposição do caso em apreço é ilegal. No n.° 23 do seu acórdão, o Tribunal de Justiça declarou, a propósito do sistema que estava em causa, que esse sistema «ao pretender estabelecer uma igualdade de representação das mulheres relativamente aos homens... substitui a promoção da igualdade de oportunidades, prevista no artigo 2.°, n.° 4, pelo resultado a que só a concretização dessa igualdade de oportunidades permitiria chegar». Essa passagem foi criticada por alguns comentadores que a acusam de ser pouco clara [32]. Em nosso entender, o seu sentido é no entanto claro. O artigo 2.°, n.° 4, refere-se, explicitamente, às medidas «que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades». Segundo os termos do advogado-geral G. Tesauro, nas suas conclusões no processo Kalanke:

«Dar igualdade de oportunidades só pode significar, em minha opinião, colocar em situação de obter um resultado igual, logo de restabelecer as condições de igualdade à partida entre as pessoas dos dois sexos... Ora, que a legislação nacional em discussão não se destina a garantir a igualdade à partida parece-me demasiado evidente. A própria circunstância de dois candidatos de sexo diferente possuírem qualificações equivalentes implica, de facto, e por definição, que ambos tiveram e têm iguais oportunidades: encontram-se, portanto, em condições de igualdade no ponto de partida. A legislação nacional em causa, ao dar preferência às mulheres, visa, portanto, alcançar uma igualdade de resultado, ou melhor, uma igualdade na repartição dos postos de trabalho, em termos apenas numéricos, entre homens e mulheres. Não creio ser esta a finalidade nem a *ratio* do artigo 2.°, n.° 4, da directiva» [33].

30 — N.° 9 do acórdão.

31 — V. também Senden, Linda: «Positive Action in the EU Put to the Test...», já referido na nota 25, p. 146. Desde então, foi acrescentada, a título das disposições relativas aos objectivos do Estado («Staatszielbestimmungen»), uma nova disposição ao artigo 3.°, n.° 2, que prevê que o Estado «favorece a aplicação da igualdade de facto entre homens e mulheres e esforça-se por reduzir as desvantagens existentes». V. também Gornig, Gilbert H., e Reckewert, Sven: «The Revision of the German Basic Law. Currente Perspectives and Problems in German Constitutional Law» (1997) *Public Law* 137, p. 147 a 149.

32 — V., por exemplo, a nota de jurisprudência de Georges Friden em (1995) *Annales du droit luxembourgeois* 483, pp. 488 a 490, e de Schutter, Oliver e Renauld, Bernadette: «Égalité de traitement — L'action affirmative devant la Cour de justice des Communautés européennes à propos de l'arrêt Kalanke du 17 octobre 1995» (1996) *Journaux des tribunaux du travail* 125, p. 126.

33 — N.° 13.

30. É certo que o facto de os dois candidatos possuírem qualificações equivalentes não implica necessariamente que tenham tido anteriormente oportunidades iguais; com efeito, um dos candidatos pode muito simplesmente ter sido confrontado com maiores dificuldades de que o outro para a aquisição das suas qualificações, ou tê-las adquirido no âmbito de um programa de formação destinado a permitir ultrapassar tais dificuldades. (O Land parece efectivamente pressupor que, se um homem e uma mulher possuem qualificações iguais para uma promoção, a mulher é muitas vezes menos jovem ou terá uma menor antiguidade de serviço. Pode pensar-se que, nesta situação, a mulher terá provado deste modo uma maior capacidade de que o seu concorrente sendo portanto natural escolhê-la.) No entanto, este aspecto não nos parece pertinente para efeitos da questão que foi apresentada ao Tribunal de Justiça: na medida em que a disposição nacional só se aplica em caso de igualdade de qualificações dos candidatos, daqui resulta que, cada vez que se aplica, se está perante candidatos cujas qualificações são iguais e que possuem, por definição, igualdade de oportunidades de promoção se o processo de selecção não for discriminatório.

31. Nas suas conclusões, o advogado-geral G. Tesauro desenvolveu ainda mais esta explicação da distinção entre as medidas permitidas pelo artigo 2.°, n.° 4, isto é, as que «se destinem à eliminação dos obstáculos que impedem as mulheres de alcançar em condições de igualdade os mesmos resultados», e as medidas que o não são, isto é, as «que visam atribuir-lhes directamente os próprios resultados ou, pelo menos, conceder-lhe prioridade para os atingirem, *unicamente porque são mulheres*» [34]. Parece-nos manifesto que é esta distinção que está subjacente na concepção formulada pelo Tribunal de Justiça no n.° 23 do acórdão Kalanke. Que a imagem utilizada para a exprimir invoque a ideia de eliminar os obstáculos em vez de impor os resultados, a ideia de garantir a igualdade no ponto de partida e não no ponto de chegada ou a ideia de garantir a igualdade de oportunidades e não de resultados, a distinção é clara do ponto de vista conceptual e, em nosso entender, é normalmente possível ver de que lado da linha divisória se situa uma dada medida.

32. Cremos portanto que resulta do acórdão Kalanke que qualquer regulamentação que ultrapasse uma promoção de igualdade de oportunidades e que vise estabelecer, em vez desta, o resultado pretendido da igualdade de representação ultrapassa, também ela, os limites da excepção prevista no artigo 2.°, n.° 4, da directiva, sendo portanto contrária ao princípio da igualdade de tratamento enunciado no artigo 2.°, n.° 1, e, na fase actual do direito comunitário, ilegal. Esta abordagem parece-nos inteiramente em conformidade com a economia geral da directiva. Daqui decorre que, num dado caso, não existe igualdade de oportunidades entre homens e mulheres se, sendo tudo o resto igual, um dos dois tiver sido nomeado ou promovido de preferência ao outro unicamente em razão do sexo. Que a directiva visa a protecção dos direitos individuais conclui-se claramente do artigo 6.° [35], que impõe aos Estados-Membros que garantam as vias de direito necessárias «a qualquer pessoa que se considere lesada pela não aplicação do princípio da igualdade de tratamento na acepção dos artigos 3.°, 4.° e 5.°»

34 — N.° 22.

35 — Reproduzido no n.° 5, *supra*.

Se a norma nacional que estava em causa no processo Kalanke tivesse sido declarada legal, aos homens que trabalham em sectores onde essa norma se aplicasse nunca se aplicaria a igualdade de tratamento e a igualdade de oportunidades nas circunstâncias consideradas. Qualquer que seja o âmbito de aplicação previsto do artigo 2.°, n.° 4, este resultado pode dificilmente ser considerado compatível com o princípio da igualdade de tratamento consagrado pelo artigo 2.°, n.° 1, ou com a promoção da igualdade de oportunidades exigida no caso das medidas visadas no artigo 2.°, n.° 4.

33. Em nosso entender, a possibilidade de derrogação que existe na presente disposição nacional controvertida não afecta a conclusão de que esta disposição é ilegal, pelas seguintes razões.

34. Em primeiro lugar, como salienta o órgão jurisdicional nacional e o Governo do Reino Unido, se a possibilidade de derrogação entrar em aplicação, ela mais não faz do que substituir a norma que concede prioridade às mulheres num caso específico: não altera em nada o carácter discriminatório dessa norma no plano geral.

35. Além disso, como salienta o Governo francês, o âmbito de aplicação da possibilidade de derrogação não é claro (e isto corresponde aparentemente [36] à intenção do legislador). É ponto assente que os princípios da segurança jurídica e da protecção dos particulares exigem que, nos domínios abrangidos pelo direito comunitário, as normas jurídicas dos Estados-Membros sejam formuladas de maneira inequívoca que permita aos interessados conhecer os seus direitos e deveres de forma clara e precisa e aos órgãos jurisdicionais nacionais assegurar o seu respeito [37].

36. Em qualquer caso, admitindo mesmo que a presença de uma possibilidade de derrogação possa, em princípio, tornar uma disposição como a em causa compatível com a directiva, isto só se verificaria se a referida possibilidade de derrogação estivesse ao abrigo de qualquer crítica. Não parece ser o caso em apreço. Às notas formuladas nos números anteriores acrescenta-se um problema suplementar relacionado com o funcionamento da derrogação. O Land Nordrhein-Westfalen indicou que a disposição nacional controvertida visa afastar, nos processos de selecção, a aplicação de alguns «critérios secundários tradicionais» que considera — seguramente a justo título [38] — discriminatórios. Ora, a derrogação prevê precisamente que, apesar de tudo, esses critérios precisos possam ser utilizados sempre que aquela for invocada, podendo assim o lugar ser atribuído ao candidato masculino com base em critérios cujo carácter discriminató-

36 — V. n.° 8, *supra*.

37 — V., por exemplo, acórdão de 21 de Junho de 1988, Comissão/Itália (257/86, Colect., p. 3249, n.° 12).

38 — Este ponto será retomado no n.° 40.

rio se admite [39]. Se uma norma absoluta de prioridade das mulheres em razão do sexo é ilegal, *a fortiori* deve considerar-se ilegal uma norma condicional que confere prioridade, quer às mulheres pelo facto de pertencerem ao sexo feminino, quer aos homens com base em critérios cujo carácter discriminatório se admite.

37. Conclui-se desde já que, apesar da presença da possibilidade de derrogação, a disposição nacional controvertida é ilegal à luz do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo Kalanke. Gostaria de acrescentar, num plano geral, que é preciso, em nosso entender, resistir à tentação de singularizar o acórdão Kalanke por motivos de ordem estritamente formal. Como já foi anteriormente explicado, as razões que levaram o Tribunal de Justiça à decisão adoptada neste acórdão são claras e aplicam-se do mesmo modo ao presente processo. Esforçar-se por distinguir a qualquer preço casos semelhantes em razão de ligeiras diferenças da legislação controvertida conduz sem dúvida à confusão quanto ao direito, bem como a uma proliferação de recursos cujos resultados seriam arbitrários.

38. Pode talvez objectar-se [40] que a declaração de invalidade da disposição nacional controvertida teria por efeito provocar um regresso aos critérios que aquela pretende substituir cujo carácter discriminatório o Land Nordrhein-Westfalen admite, e que isto poderá dificilmente ser considerado como uma «realização... do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego» [41].

39. No entanto, o facto de as regulamentações nacionais em causa no presente processo e no processo Kalanke serem contrárias ao direito comunitário não implica que uma administração possa legalmente aplicar os referidos critérios de selecção secundários tradicionais, que alegadamente se aplicavam na ausência das referidas regulamentações [42]. Parece claro que estes critérios são não só aplicados como considerados aceitáveis: por exemplo, E. Kalanke alegou nos órgãos jurisdicionais nacionais que, mesmo admitindo que H. Glissmann fosse igualmente qualificada, era ele que deveria ser promovido por razões sociais (isto é, o facto de ser casado, de a sua mulher não trabalhar e de ter dois filhos) [43]. Parece também claro que a aplicação destes critérios num processo de selecção constitui em si uma violação da directiva da igualdade de tratamento: recorde-se que o artigo 2.°, n.° 1, enuncia «a ausência de qualquer discriminação em razão

39 — Segundo o que foi indicado, o órgão jurisdicional federal que recorreu ao Tribunal de Justiça no processo Kalanke sublinhou que o legislador do Land de Bremen, que tinha adoptado a norma controvertida nesse processo, se tinha deliberadamente abstido de prever uma excepção formulada de forma tão ampla como a do caso em apreço, considerando que havia demasiados riscos de ver a sua aplicação conduzir a uma discriminação indirecta; v. nota de Sacha Prechal, já referida na nota 30, p. 1257. Além disso, no caso concreto, o Land afirmou na audiência que a cláusula derrogatória, que comparou a uma «espada de Dâmocles», era raramente invocada por se temer que a sua aplicação desse lugar a uma acção judicial.

40 — V., por exemplo, Schiek, Dagmar: «Positive Action in Community Law», 25 *Industrial Law Journal* 239 (1996), p. 241.

41 — Artigo 1.°, n.° 1, da directiva.

42 — V. n.° 7 *supra*.

43 — V. Schiek, Dagmar: «Positive Action in Community Law», já referido nota 41, p. 240; Senden, Linda: «Positive Action in the EU Put to the Test...», já referido na nota 26, pp. 147 a 148 e a nota de jurisprudência de Sacha Prechal, já referida na nota 30, p. 1246.

do sexo, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar» e que o artigo 3.°, n.° 1, proíbe expressamente a discriminação «nas condições de acesso, incluindo os critérios de selecção, a empregos ou a postos de trabalho». Um Estado-Membro que admite a aplicação destes critérios discriminatórios viola as obrigações que lhe incumbem por força da directiva da igualdade de tratamento e dos artigos 5.° e 189.° do Tratado, tal como um Estado-Membro que tenha omitido garantir que qualquer pessoa que se considere indevidamente lesada por uma discriminação possa «fazer valer judicialmente os seus direitos» em conformidade com o artigo 6.° da directiva [44].

O âmbito de aplicação do artigo 2.°, n.° 4

40. Pelas razões anteriormente apresentadas, conclui-se que o artigo 2.°, n.^{os} 1 e 4, da directiva da igualdade de tratamento se opõe a que uma regulamentação nacional imponha, salvo se predominarem razões específicas de um candidato masculino, a promoção prioritária das mulheres em sectores de actividade do serviço público em que são menos numerosas que os homens no grau considerado de uma carreira, quando as qualificações (em termos de aptidão, competência e eficiência profissional) dos candidatos masculinos e femininos são iguais.

41. Pode ser útil acrescentar algumas notas relativas ao tipo de medidas que entendemos caírem ou não no âmbito de aplicação do artigo 2.°, n.° 4, que, recorde-se, enuncia que a 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.° 1 do artigo 1.°», isto é, o acesso ao emprego, incluindo a promoção, a formação profissional e as condições de trabalho.

42. Resulta claramente da redacção do artigo 2.°, n.° 4, e da interpretação feita pelo Tribunal de Justiça que esta disposição se refere à promoção da igualdade de oportunidades, e não à imposição da igualdade de representação, e que os Estados-Membros conservam o poder de adoptar medidas que, sendo aparentemente discriminatórias, visam de facto eliminar os obstáculos específicos ou as desvantagens com que se confrontam as mulheres no mercado do emprego para promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulher e, deste modo, melhorar a representação das mulheres no local de trabalho. O princípio da proporcionalidade exige, no entanto, que estas medidas sejam sempre adequadas e necessárias para atingir os seus objectivos.

43. Em nosso entender, uma medida expressamente dirigida a um único sexo não é proporcionada, face ao objectivo de eliminar as desigualdades específicas que afectam as mulheres na prática e de promover a igualdade de oportunidades, se uma medida

44 — V. acórdãos de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann (143/83, Recueil, p. 1891, n.° 18), e de 22 de Abril de 1997, Drachmpaehl (C-180/95, Colect., p. I-2195, n.^{os} 24 a 27).

neutra, aberta aos dois sexos, permitir atingir o mesmo resultado [45]. A título de exemplo de regra neutra, pode afirmar-se que, para o recrutamento do seu pessoal, as instituições comunitárias prevêem muitas vezes uma extensão do limite de idade a favor dos «candidatos que, para poderem ocupar-se de uma criança de pouca idade em casa, não exerceram actividade profissional durante pelo menos um ano» [46].

44. Apesar de formulado em termos neutros, uma disposição deste tipo tem todas as hipóteses, na prática, de se aplicar a um número muito maior de mulheres do que de homens. Não obstante esse efeito indirectamente discriminatório, esta disposição é, em nosso entender, legal nos termos do artigo 2.°, n.° 4.

45. No entanto, pode considerar-se que algumas medidas que visam eliminar as desvantagens específicas com que se confrontam as mulheres no mercado de trabalho podem atingir melhor o seu objectivo se forem expressamente concebidas de forma a só beneficiarem as mulheres. Consideramos que estas medidas são também abrangidas pelo artigo 2.°, n.° 4. Esta abordagem reflecte a afirmação do Tribunal de Justiça, no acórdão Kalanke, de que o artigo 2.°, n.° 4, «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 concorrer no mercado de trabalho e de prosseguir uma carreira em pé de igualdade com os homens» [47]. Estas medidas directamente discriminatórias autorizadas com base no artigo 2.°, n.° 4, devem «portanto ser dirigidas, intervindo por exemplo na orientação escolar e na formação profissional, para a eliminação de obstáculos que impedem às mulheres a igualdade de oportunidades» [48].

A questão da opção de uma certa política

46. Ao subscrever uma interpretação do artigo 2.°, n.° 4, que exclui as medidas que concedem directamente uma preferência às mulheres para a promoção e o recrutamento em sectores em que estão subrepresentadas, não manifestamos, de forma alguma, uma qualquer opinião quanto à oportunidade de princípio destas medidas. É incontestável que — como alegou o Governo do Reino Unido no processo Kalanke — [49] a desigualdade de representação das mulheres é o resultado de todo um conjunto de factores, e pode ser que o tratamento preferencial das mulheres constitua uma forma de melhorar um dos elementos desse conjunto (ainda que se possa

45 — Aliás, reservar às mulheres o benefício de medidas que dizem respeito aos filhos, em especial, pode mesmo parecer como indo contra o objectivo de considerar os homens e as mulheres como participantes iguais na mão-de-obra, uma vez que isto reforça a ideia de que a educação dos filhos deve incumbir principalmente às mulheres: v. O'Hare, Ursula A.: «Positive Action Before the European Court of Justice: Case C-450/93, Kalanke/Freie Hansestadt Bremen» [1996] *Web Journal of Current Legal Issues*, e nota de jurisprudência de Sacha Prechal, já referida na nota 30, p. 1253.

46 — V., por exemplo, o anúncio de concurso geral CJ/LA/18, JO 1996, C 268 A, p. 8, n.° 3, alínea c) (recrutamento de juristas linguistas para o Tribunal de Justiça); aviso de concurso geral CC/A//6/96, JO 1997, C 84 A, p. 5, n.° 1, alínea b) (recrutamento de estatísticos para o Tribunal de Contas).

47 — N.° 19 do acórdão.

48 — N.° 19 das conclusões do advogado-geral G. Tesauro no processo Kalanke.

49 — Citado por O'Hare, Ursula A.: «Positive Action Before the European Court of Justice...», já referido na nota 46.

observar que o impacto das normas em causa no processo Kalanke e no presente processo parece ter sido particularmente fraco [50], o que não é talvez muito surpreendente na medida em que os motivos da derrogação são essencialmente os mesmos que se verificariam na ausência da norma que se irá derrogar). No entanto, a questão de saber se tal política é desejável ou adequada é da competência do legislador, e não do Tribunal de Justiça [51], cujo papel consiste no caso em apreço, como no processo Kalanke, em interpretar a legislação existente. O Tribunal de Justiça deve resistir a qualquer tentação de dirigir o resultado em função de uma certa opção política, por muito atraente que esta possa ser. Como afirmou um Industrial Tribunal britânico no contexto análogo da legalidade de listas exclusivamente constituídas por mulheres estabelecidas no âmbito da selecção dos candidatos do Partido Trabalhista em certas circunscrições:

«Pode perfeitamente admitir-se que [a correcção do desequilíbrio da representação dos dois sexos na Câmara dos Comuns] seja considerado por muitos como um motivo louvável, mas este elemento não tem qualquer relevância face à questão de saber se o sistema aplicado no caso em apreço constitui uma discriminação directa ilegal contra dois candidatos do sexo masculino» [52].

47. Consideramos perfeitamente claro que — apesar de muitas ideias falsas da crítica — [53] o acórdão Kalanke correspondia ao texto da directiva. É certo que a legislação foi elaborada há vinte anos e que a evolução social verificada desde então pode significar que se tornou necessário rever uma disposição cujo objecto e âmbito de aplicação eram correctos no momento da sua adopção. No entanto, a revisão da legislação comunitária é da competência, também ela, do legislador e não do Tribunal de Justiça. É interessante observar que existem actualmente duas iniciativas paralelas que visam garantir, através de meios diferentes, certas formas de acção positiva.

48. Em 1996, por causa do acórdão Kalanke, a Comissão propôs uma alteração do artigo 2.°, n.° 4 [54]. Com a alteração proposta, esta disposição teria a seguinte redacção:

«A presente directiva não prejudica as medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular as que corrijam as desigualdades existentes que afectam as oportunidades do sexo que se que se encontra em minoria nos domínios referidos no n.° 1 do artigo 1.° Entre as medidas possíveis incluem-se a concessão de preferência, no tocante ao emprego ou à promoção, a indiví-

50 — Observações do Land no presente processo; Schiek, Dagmar: «Positive Action...», já referido na nota 40, p. 244. V., a título geral, Shaw, Josephine: «Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems» in *Discrimination: The Limits of Laws*, Bob Hepple and Erika Szyszczak, (Londres e Nova Iorque: Mansell Publishing Ltd, 1992), p. 386.

51 — Não obstante a opinião contrária emitida por alguns comentadores: v., por exemplo, a nota de jurisprudência de Eva Brems, já referida na nota 6, p. 178.

52 — Jepson/The Labour Party [1996] Industrial Relations Law Reports 116, p. 117.

53 — V., por exemplo, Loenen, Titia e Veldman, Albertine: «Preferential Treatment in the Labour Market After *Kalanke*: Some Comparative Perspectives», 12 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 43 (1996), p. 43: «The fundamental Attack on preferential treatment which the decision in Kalanke seems to imply...»

54 — Proposta de directiva do Conselho que altera a Directiva 76/207 (JO C 179, p. 8).

duos do sexo que se encontra em minoria, na condição de que tais medidas não excluam a tomada em consideração das circunstâncias particulares de cada caso» [55].

49. Considerando que o acórdão Kalanke se limitava às medidas de acção positiva do tipo preciso das que deram origem a esse acórdão, a Comissão considera que a alteração que propõe não muda em nada o âmbito de aplicação da directiva da igualdade de tratamento sendo, ao contrário, puramente «interpretativa», «declarativa» e «clarificadora» [56]. Pelas razões que foram indicadas, não concordamos com esta opinião; em nosso entender, a alteração proposta apresenta um carácter mais inovador do que o indicado pela Comissão. Além disso, não é clara [57]. Não obstante considerar-se desejável enunciar o princípio da admissibilidade de certos tipos de medidas de acção positiva, é essencial definir claramente o âmbito de aplicação preciso deste princípio (ainda que possa ser conveniente, tendo em conta as opiniões divergentes sobre as políticas a levar a cabo e as mutações económicas e sociais, deixar uma certa margem de apreciação aos Estados-Membros quanto à oportunidade de recorrer, e em que medida, a uma eventual derrogação deste tipo).

50. A segunda iniciativa é uma proposta de alteração do Tratado que se inscreve no âmbito da conferência intergovernamental. Pretende-se precisar que os Estados-Membros podem, sem violar os princípios da igualdade de tratamento e da igualdade de oportunidades, prever certas formas de acção positiva. Resta determinar quais são os termos precisos e o destino político desta proposta. Afigura-se provável que seja entendida como um complemento ao artigo 6.°, n.° 3, do protocolo n.° 14 sobre a política social (a «dimensão social»). Esta disposição estipula que o referido artigo 6.° (que enuncia, em termos muito próximos dos do artigo 119.° do Tratado, o princípio da igualdade de remunerações) «não impede a manutenção nem a adopção, por qualquer Estado-Membro, de medidas que prevejam regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma actividade profissional pelas mulheres ou a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional». Dado que se limita à igualdade de remunerações, o artigo 6.°, n.° 3, ainda que brevemente invocado pela Comissão, não tem qualquer utilidade no caso em apreço.

A relevância dos instrumentos internacionais

51. Várias observações apresentadas ao Tribunal de Justiça [58] mencionam convenções internacionais que, segundo alegam, apoiariam a tese de que o artigo 2.°, n.° 4, da directiva da igualdade de tratamento deve

55 — Artigo 1.° da proposta de directiva modificativa.

56 — V. exposição dos fundamentos, COM(96) 93 final, pp. 3, 4 e 7.

57 — V. também a crítica bem estruturada da alteração proposta que consta do parecer do Comité Económico e Social de 25 de Setembro de 1996 (JO 1997, C 30, p. 57, nomeadamente os pontos 3.1 e 3.2.

58 — V. também a comunicação da Comissão já referida na nota 4, pp. 7 e 8.

ser interpretado de forma suficientemente ampla para incluir no âmbito das medidas que autoriza medidas preferenciais tais como a norma nacional controvertida.

52. O Land Nordrhein-Westfalen e a Comissão invocam a convenção da Organização Internacional do Trabalho relativa à discriminação [59] ratificada por todos os Estados-Membros, com excepção da Irlanda, do Luxemburgo e do Reino Unido. O artigo 5.° prevê:

«1. As medidas especiais de protecção ou de assistência das mulheres previstas noutras convenções ou recomendações adoptadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminações.

2. Qualquer membro pode, após consulta, se existir, das organizações representativas dos empregadores e dos trabalhadores, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais destinadas a ter em conta as necessidades particulares das pessoas perante as quais uma protecção ou uma assistência especial é, de um modo geral, reconhecida como necessária por razões tais como o sexo, a idade, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.»

53. O Land da Nordrhein-Westfalen, os Governos austríaco, finlandês e norueguês e a Comissão mencionam a Convenção das Nações Unidas sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, ratificada por todos os Estados-Membros da Comunidade Europeia [60], e em especial o seu artigo 4.°, n.° 1, que tem a seguinte redacção:

«A adopção pelos Estados partes de medidas temporárias especiais visando acelerar a instauração de uma igualdade de facto entre os homens e as mulheres não é considerada como um acto de discriminação, tal como definido na presente Convenção, mas não deve por nenhuma forma ter como consequência a manutenção de normas desiguais ou distintas; estas medidas devem ser postas de parte quando os objectivos em matéria de igualdade de oportunidades e de tratamento tiverem sido atingidos.»

54. As duas convenções já referidas autorizam «medidas especiais», ainda que discriminatórias à primeira vista, a título de derrogações à proibição do princípio da discriminação que comportam. As partes que as invocam alegam, quer explícita quer implicitamente, que a norma nacional controvertida no caso em apreço não é contrária a essas convenções e que o artigo 2.°, n.° 4, da directiva deve ser interpretado em conformidade com aquelas.

59 — Convenção n.° 111, de 25 de Junho de 1958, relativa à discriminação em matéria de emprego e de profissão, United Nations Treaty Series, vol. 362, p. 31.

60 — Resolução 34/180 da assembleia geral, adoptada em 18 de Dezembro de 1979.

55. As disposições das convenções que foram invocadas são inegavelmente vagas: não é de forma alguma evidente que englobem o tipo de medida preferencial imposta pela regulamentação nacional controvertida no caso em apreço. Por este motivo, as convenções invocadas não são portanto de qualquer utilidade a título de instrumentos de auxílio à interpretação das disposições mais específicas do artigo 2.°, n.° 4.

56. Além disso, os termos em que estão redigidas são manifestamente facultativos, e não peremptórios. A interpretação do artigo 2.°, n.° 4, que preconizamos não dá portanto lugar a um conflito directo com essas convenções o que aconteceria se estas, por exemplo, impusessem explicitamente aos Estados-Membros a adopção de medidas de acção positiva do tipo em causa no presente processo. Consequentemente, é inútil examinar o que daqui resultaria em caso de conflito. Isto suscitaria uma série de questões delicadas quanto ao efeito directo das convenções em causa e ao âmbito de aplicação do artigo 234.° do Tratado CE [61].

57. No entanto, tratando-se da questão mais geral do âmbito de aplicação do artigo 2.°, n.° 4, da directiva, os tipos de medidas que são autorizados, em nosso entender, por esta disposição são, em qualquer caso, os que as convenções invocadas parecem ser destinadas a facilitar.

Conclusão

58. Deste modo convém, em nosso entender, responder à questão apresentada pelo Verwaltungsgericht Gelsenkirchen do seguinte modo:

«O artigo 2.°, n.^{os} 1 e 4, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, opõe-se a que uma regulamentação nacional imponha a promoção prioritária das mulheres nos sectores de actividade do serviço público em que são menos numerosas do que os homens ao nível do posto considerado de uma carreira, quando as qualificações (aptidão, competência e eficiência profissional) dos candidatos masculinos e femininos são iguais, excepto se predominarem razões específicas de um candidato masculino.»

61 — V. o recente acórdão de 14 de Janeiro de 1997, Centro-Com (C-124/95, Colect., p. I-81, n.^{os} 55 a 60).