ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

28 de Março de 2000 *

No processo C-158/97,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), pelo Staatsgerichtshof des Landes Hessen (Alemanha), destinado a obter, no quadro de um processo de controlo de legalidade a requerimento de

Georg Badeck e o.,

com intervenção de:

Hessische Ministerpräsident

e

Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do 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

* Língua do processo: alemão.

no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: G. C. Rodríguez Iglesias, presidente, J. C. Moitinho de Almeida e R. Schintgen, presidentes de secção, P. J. G. Kapteyn (relator), C. Gulmann, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann e M. Wathelet, juízes,

advogado-geral:A. Saggio,
secretário: H. A. Rühl, administrador principal,

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação de G. Badeck e o., por M. Sachs, professor na Universidade de Düsseldorf,

— em representação do Hessische Ministerpräsident, por E. Denniger e S. Simitis, professores na Universidade de Frankfurt-am-Main, na qualidade de agentes,

— em representação do Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, por K. Apel, Landesanwalt,

— em representação do Governo neerlandês, por A. Bos, consultor jurídico no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,

— em representação do Governo finlandês, por H. Rotkirch, embaixador, chefe do Serviço dos Assuntos Jurídicos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por J. Grunwald, consultor jurídico, e M. Wolfcarius, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações de G. Badeck e o., representados por M. Sachs, do Hessische Ministerpräsident, representado por E. Denninger e S. Simitis, do Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, representado por K. Apel, do Governo neerlandês, representado por J. S. van den Oosterkamp, consultor jurídico no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, do Governo finlandês, representado por T. Pynnä, consultor jurídico no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, e da Comissão,

representada por J. Grunwald e M. Wolfcarius, na audiência de 13 de Outubro de 1998,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 10 de Junho de 1999,

profere o presente

Acórdão

1 Por despacho de 16 de Abril de 1997, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 24 de Abril seguinte, o Staatsgerichtshof des Landes Hessen submeteu, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), uma questão prejudicial sobre a interpretação do 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 (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70, a seguir «directiva»).

2 Essa questão foi suscitada no quadro de um processo de controlo de legalidade («Normenkontrollverfahren»), a requerimento de G. Badeck e o., com intervenção do Hessische Ministerpräsident (a seguir «Ministerpräsident») e do Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen (a seguir «Landesanwalt»).

Enquadramento jurídico

A — *Disposições comunitárias*

3 O artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva prevê:

«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.°»

4 Segundo o terceiro considerando da Recomendação 84/635/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1984, relativa à promoção de acções positivas a favor das mulheres (JO L 331, p. 34; EE 05 F4 p. 124), «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». Referindo-se expressamente ao artigo 2.°, n.° 4, da directiva, o Conselho fez a seguinte recomendação aos Estados-Membros:

«1) Que adoptem uma política de acção positiva com o objectivo de eliminar as desigualdades de facto que afectam as mulheres na vida profissional e de promover a participação de ambos os sexos nos empregos, e que inclua medidas gerais e específicas adequadas, no âmbito das políticas e práticas nacionais e no pleno respeito das competências dos parceiros sociais, a fim:

a) De eliminar ou de compensar os efeitos prejudiciais que, para as mulheres que trabalham ou que procuram emprego, resultam de atitudes, de comportamentos ou de estruturas que se baseiam na ideia duma repartição tradicional do papel do homem e da mulher na sociedade;

b) De encorajar a participação da mulher nas diferentes actividades nos sectores da vida profissional onde actualmente estão sub-representadas, em particular nos sectores do futuro, e aos níveis superiores de responsabilidade, a fim de obter uma melhor utilização de todos os recursos humanos;

...»

5 Desde a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, em 1 de Maio de 1999, o artigo 141.° CE dispõe, nos seus n.os 1 e 4:

«1. Os Estados-Membros assegurarão a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, por trabalho igual ou de valor igual.

...

4. A fim de assegurar, na prática, a plena igualdade entre homens e mulheres na vida profissional, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adoptem 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.»

6 A declaração n.° 28, relativa ao n.° 4 do artigo 141.° (ex-artigo 119.°) do Tratado que institui a Comunidade Europeia, anexa ao Tratado de Amesterdão, prevê:

«Ao adoptarem as medidas a que se refere o n.° 4 do artigo 141.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia, os Estados-Membros deverão ter antes de mais como objectivo melhorar a situação das mulheres na vida profissional.»

B — *Disposições nacionais*

7 A Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung (lei do *Land* de Hesse relativa à igualdade entre homens e mulheres e à eliminação das discriminações contra as mulheres na função pública (a seguir «HGlG») foi adoptada em 21 de Dezembro de 1993 (*GBVBl.* I, p. 729). O período de validade foi fixado em treze anos a partir da sua entrada em vigor em 31 de Dezembro de 1993.

8 Segundo o seu § 1, a HGlG tem por objectivo a igualdade de acesso dos homens e das mulheres aos lugares da função pública, pela adopção de planos de promoção relativos às condições de acesso, de trabalho e de carreira das mulheres, que implicam objectivos vinculativos.

9 Resulta do despacho de reenvio que as outras disposições pertinentes da HGlG para efeitos do processo a título principal são as seguintes:

«§ 3 Princípios

1) Os serviços têm o dever de, através do plano de promoção das mulheres (§§ 4 a 6) e outras medidas de promoção (§§ 7 a 14), implementar a igualdade entre

mulheres e homens nos serviços públicos bem como eliminar a sub-representação das mulheres e a discriminação em razão do sexo e do estado civil.

2) As mulheres estão sub-representadas quando, no âmbito de aplicação de um plano de promoção das mulheres (§ 4) num grupo salarial, num grupo de remuneração ou num grupo de vencimento de uma carreira, estão empregadas menos mulheres do que homens. Nos empregos de ingresso na carreira as mulheres estão sub-representadas quando, no conjunto da carreira, estão empregadas menos mulheres do que homens. O segundo período aplica-se por analogia ao acesso à carreira judicial e do Ministério Público. No âmbito de aplicação de um plano de promoção das mulheres, constituem cada grupo de vencimento uma carreira, cada grupo salarial e cada grupo de remuneração um sector. Os lugares incluídos no plano de promoção das mulheres podem ser submetidos a outras subdivisões.

3) Mulheres e homens não devem ser discriminados em razão do sexo ou do estado civil...

§ 5 Conteúdo do plano de promoção das mulheres

...

3) O plano de promoção das mulheres contém, para cada dois anos, objectivos vinculativos visando o aumento da quota de mulheres na admissão e na promoção nas áreas em que as mulheres estão sub-representadas. Para a

determinação dos objectivos, são tidas em conta as especialidades nas respectivas áreas e serviços.

4) Em cada plano de promoção das mulheres, quando haja lugares de pessoal a preencher numa área em que as mulheres estão sub-representadas, mais de metade desses lugares deverão ser ocupados por mulheres. Isto não se aplica quando é necessário para uma função um pressuposto indispensável de determinado sexo. Quando se provar devidamente que não se conseguirão suficientes mulheres com as qualificações necessárias, podem ser reservados proporcionalmente menos lugares de pessoal para as mulheres. Para promoções sem ocupação de lugar em áreas em que as mulheres estão sub-representadas, prevê-se uma quota de mulheres correspondente pelo menos à quota das mulheres no grupo de vencimentos mais baixos mais próximo. Aplica-se, no que for necessário, o terceiro período. Quando forem previstas medidas de economia de pessoal de que resultem o congelamento de lugares ou a sua diminuição, é garantido através do plano de promoção das mulheres que a quota das mulheres nas áreas afectadas permaneça pelo menos igual.

...

7) Os lugares do serviço científico que, de acordo com o § 57a em conjugação com o § 57b, n.º 2, primeiro ou terceiro parágrafos, da Hochschulrahmengesetz (lei-quadro do ensino superior), devem ser limitados no tempo devem ser ocupados pelo menos com a quota de mulheres que corresponde à quota que existe em cada especialidade entre as licenciadas e os licenciados. Os lugares do serviço científico que, segundo o § 48 da Hochschulrahmengesetz, devem ser ocupados com limitação no tempo devem ser ocupados pelo menos com a quota de mulheres que em cada especialidade forem doutoradas. Os lugares para emprego de assistentes sem estudos concluídos devem ser preenchidos pelo menos com a quota para mulheres que existe entre os estudantes de cada uma das especialidades.

§ 7 Distribuição de lugares de formação

1) Nas profissões de formação, em que as mulheres estejam sub-representadas, devem estas ser tidas em consideração na distribuição dos lugares de formação pelo menos até metade. O período anterior não se aplica a cursos de formação que apenas o Estado oferece.

2) Devem tomar-se as medidas adequadas para que as mulheres sejam informadas dos lugares de formação disponíveis nas profissões a que se refere o n.º 1, primeiro período, e para as incentivar a apresentar a sua candidatura. Se apesar de semelhantes medidas não existirem suficientes candidaturas de mulheres, então podem, em contrário do disposto no n.º 1, primeiro período, mais de metade dos lugares de formação ser ocupados por homens.

§ 9 Entrevistas de admissão

1) Em áreas em que as mulheres estejam sub-representadas, serão convidadas, pelo menos, tantas mulheres como homens, ou todas as candidatas para a entrevista de admissão, na medida em que semelhante entrevista for feita, quando reúnam as condições legais e outras previstas para o preenchimento de lugares no Serviço do Pessoal ou para o lugar proposto.

...

§ 10 Processo de escolha

1) Para garantir a igualdade de direitos de homens e mulheres na admissão e na promoção bem como a realização do plano de promoção de mulheres devem ter-se em consideração a capacidade, a competência e as prestações especializadas (qualificação) de cada um dos pretendentes ao lugar a preencher ou do serviço em causa. No julgamento das qualificações, devem ter-se em conta as capacidades e a experiência que se obtêm através do cuidado com as crianças ou com as pessoas que necessitam de cuidados no âmbito do lar (trabalho em família), na medida em que estas forem relevantes para a capacidade de prestação e competência das candidatas e dos candidatos. Isto aplica-se mesmo quando o trabalho na família é prestado além do trabalho profissional.

2) A antiguidade no serviço, a idade e a data da última promoção só devem ser tidas em consideração na medida em que forem relevantes para a capacidade de prestação e competência das candidatas e dos candidatos.

3) O estado civil ou o rendimento do companheiro ou da companheira não devem ser tidos em consideração. Ocupações a tempo parcial, períodos de férias ou suspensões em caso de termo da formação em razão de crianças ou de parentes que necessitam de cuidados por recomendação médica não devem influenciar negativamente a apreciação da prestação de serviço e não devem impedir a promoção profissional. Uma igualdade de tratamento das férias com a ocupação não está necessariamente estabelecida.

4) Se os objectivos do plano de promoção de mulheres para cada dois anos não forem preenchidos, é necessária, até à sua realização, para cada admissão ou promoção de um homem num sector em que as mulheres estejam sub-representadas a aprovação do serviço que estabeleceu o plano de promoção de mulheres, e, no sector dos planos de promoção de mulheres dos ministérios, do

Staatskanzlei e do Serviço do Pessoal do *Land*, a aprovação do Governo do *Land*... O primeiro período não se aplica nos casos previstos no artigo 127.°, n.° 3 da Constituição do *Land* de Hesse.

5) Enquanto não forem estabelecidos planos de promoção das mulheres, não são determinadas admissões e promoções nas áreas em que as mulheres estão sub-representadas. Se o plano de promoção de mulheres ainda não estiver em vigor por causa do processo nos termos dos §§ 70 ou 71 da lei de representação do pessoal do Hesse, não devem efectuar-se admissões e promoções que entrem em contradição com o plano de promoção de mulheres já estabelecido.

...

§ 14 Órgãos colectivos

No preenchimento de comissões, conselhos consultivos, conselhos de administração e conselhos gerais, bem como em outros órgãos colectivos, devem pelo menos metade dos seus membros ser mulheres.»

O litígio no processo principal

10 Em 28 de Novembro de 1994, 46 deputados do Landtag de Hesse solicitaram a intervenção do órgão jurisdicional de reenvio, a fim de controlar a legalidade da HGlG, em particular dos seus §§ 3, 5, 7, 8 a 11, 14, 16 e 18, que consideram incompatível com a Constituição do *Land* de Hesse.

11 Os demandantes no processo principal consideram que a HGlG é contrária, por um lado, ao princípio constitucional da «selecção dos melhores», porquanto implica a preferência dos candidatos em função não do seu mérito, mas do seu sexo, e, por outro, ao princípio da igualdade de tratamento, que não só proíbe reconhecer privilégios a um grupo específico mas confere também um direito fundamental a todos os indivíduos, direito que garante aos cidadãos oportunidades iguais à partida e não a criação de situações definitivas vantajosas para uma categoria específica de pessoas. Além disso, a HGlG é igualmente contrária à directiva, tal como interpretada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 17 de Outubro de 1995, Kalanke (C-450/93, Colect., p. I-3051).

A questão prejudicial

12 Nestas condições, o Staatsgerichtshof des Landes Hessen decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«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 (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70), opõe-se às disposições nacionais, segundo as quais:

1. no caso de sub-representação, nos termos do § 3, n.os 1 e 2, da HGlG, em situação de igualdade de qualificação entre uma candidata e um candidato, segundo o § 10 da HGlG, as decisões de nomeação, dado o carácter vinculativo dos objectivos do plano de promoção das mulheres, nos termos do § 5, n.os 3 e 4, da HGlG, devem ser sempre em benefício da candidata, quando isto é necessário para se atingirem esses objectivos e a tal não se oponham fundamentos de importância jurídica prioritária;

2. os objectivos vinculativos do plano de promoção das mulheres para provimento de lugares temporários nos serviços científicos e de assistentes destes serviços, nos termos do § 5, n.º 7, da HGlG, devem estabelecer a quota mínima de mulheres em correspondência com a existente em cada especialidade para licenciadas e licenciados (n.º 7, primeiro período), doutorados (n.º 7, segundo período) e estudantes (n.º 7, terceiro período);

3. as mulheres em profissões qualificadas, em que estejam sub-representadas, nos termos do § 7, n.º 1, da HGlG, no caso de atribuição de lugares de formação, pelo menos metade serão reservados a mulheres, excepto se se tratar de cursos de formação que apenas o Estado oferece;

4. em áreas em que as mulheres estejam sub-representadas, nos termos do § 9, n.º 1, da HGlG, devem ser convocadas para uma entrevista pelo menos tantas mulheres como homens ou todas as candidatas, quando reúnam as condições legais e outras previstas para o preenchimento do lugar ou para a função a prover;

5. no preenchimento de comissões, conselhos consultivos, conselhos de administração e conselhos gerais, bem como em outros órgãos colectivos, devem, nos termos do § 14 da HGlG, pelo menos metade dos seus membros ser mulheres?»

Observações preliminares

13 A título preliminar, há que reconhecer que a questão prejudicial incide sobre a compatibilidade das diferentes medidas de acção positiva tomadas pelo

legislador do *Land* de Hesse a favor das mulheres com o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva.

14 A interpretação do artigo 141.°, n.° 4, CE, que diz respeito a tais medidas, apresenta, por isso, utilidade para a solução do litígio no processo principal apenas no caso de o Tribunal de Justiça considerar que o referido artigo 2.° se opõe a uma regulamentação nacional como a do caso em apreço no processo principal.

15 Em seguida, deve recordar-se que, segundo o artigo 1.°, n.° 1, da directiva, esta visa realizar, 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 a formação profissional. Este princípio da igualdade de tratamento implica «a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente».

16 Nos termos do seu artigo 2.°, n.° 4, 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.°».

17 No acórdão Kalanke, já referido, n.° 16, o Tribunal de Justiça afirmou que uma disposição nacional que, aquando de uma promoção, confere automaticamente prioridade aos candidatos do sexo feminino que tenham qualificação igual à dos seus concorrentes do sexo masculino nos domínios de actividade em que as mulheres estão em menor número que os homens ao nível do lugar em causa implica uma discriminação em razão do sexo.

18 No acórdão de 11 de Novembro de 1997, Marschall (C-409/95, Colect., p. I-6363), o Tribunal de Justiça foi levado a pronunciar-se sobre a questão de saber se uma regulamentação nacional, dotada de um cláusula segundo a qual as

mulheres não devem ser promovidas, com prioridade, se motivos atinentes à pessoa de um candidato do sexo masculino fazem pender a balança a seu favor («Öffnungsklausel», a seguir «cláusula de abertura»), visa promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres na acepção do artigo 2.°, n.° 4, da directiva.

19 A este propósito, o Tribunal de Justiça lembrou, em primeiro lugar, que essa disposição, que tem como finalidade precisa e limitada autorizar 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 (acórdão Marschall, já referido, n.os 26 e 27).

20 Em seguida, referiu-se ao terceiro considerando da Recomendação 84/635, mencionado no n.° 4 do presente acórdão (acórdão Marschall, já referido, n.° 28).

21 Finalmente, o Tribunal de Justiça reconheceu que, mesmo em caso de igualdade de qualificações, os candidatos masculinos tendem a ser promovidos preferencialmente aos candidatos femininos devido, nomeadamente, a certos preconceitos e ideias estereotipadas sobre o papel e as capacidades da mulher na vida activa, de forma que o facto de dois candidatos de sexo diferente terem qualificações iguais não implica, só por si, que tenham oportunidades iguais (acórdão Marschall, já referido, n.os 29 e 30).

22 É à luz destas considerações que o Tribunal de Justiça, no n.° 33 do acórdão Marschall, já referido, decidiu no sentido de que, contrariamente à regulamentação em causa no processo Kalanke, já referido, uma regulamentação nacional que inclui uma cláusula de abertura não ultrapassa os limites da excepção prevista no artigo 2.°, n.° 4, da directiva se, em cada caso individual, garantir aos candidatos masculinos com uma qualificação igual à dos candidatos femininos que as candidaturas são objecto de uma apreciação objectiva tendo em conta

todos os critérios relativos à pessoa dos candidatos e que afasta a prioridade concedida aos candidatos femininos, quando um ou vários desses critérios dão preferência ao candidato masculino.

23 Segue-se 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 femininos 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.

24 É ao órgão jurisdicional de reenvio que incumbe determinar se estão preenchidas estas condições, com base numa análise do alcance da regulamentação controvertida.

25 Todavia, resulta da jurisprudência que o Tribunal de Justiça é competente para fornecer ao órgão jurisdicional nacional todos os elementos de interpretação que se prendam com o direito comunitário que possam permitir-lhe apreciar essa compatibilidade para julgar o processo que lhe é submetido (v., nomeadamente, acórdãos de 12 de Julho de 1979, Grosoli, 223/78, Recueil, p. 2621, n.° 3, e de 25 de Junho de 1997, Tombesi e o., C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, Colect., p. I-3561, n.° 36).

Quanto à primeira parte da questão prejudicial

26 Através da primeira parte da sua questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva se opõe a uma regulamentação nacional que, nos sectores da função pública em que as mulheres estão sub-representadas, confere, em caso de igualdade de qualificações entre candidatos de sexo diferente escolhidos para efeitos de selecção, prioridade aos candidatos do sexo feminino, quando tal se afigure necessário para assegurar o respeito dos objectivos vinculativos do plano de promoção das mulheres, a menos que um motivo com uma importância superior, no plano jurídico, a tal se oponha.

27 Os demandantes no processo principal e o Landesanwalt consideram que o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva se opõe à uma regulamentação nacional que confira a prioridade às mulheres, desde que ela tenha um carácter absoluto e incondicional.

28 A esse propósito, resulta do despacho de reenvio que o legislador do *Land* de Hesse optou a favor do que é geralmente designado pela expressão «quota de resultado ('Ergebnisquote') flexível». As características deste sistema são, por um lado, que a HGlG não fixa de maneira uniforme as quotas válidas para todos os sectores e serviços em causa, mas precisa que as características desses sectores e serviços são determinantes para a fixação de objectivos vinculativos. Por outro lado, a HGlG não prevê necessariamente *a priori* — de maneira automática — que o resultado de cada processo de selecção, numa situação «de impasse», devido à igual qualificação dos candidatos, deva obrigatoriamente favorecer o candidato do sexo feminino.

29 Segundo o despacho de reenvio, o sistema aplicado pela HGlG garante que o sexo do candidato nunca é determinante para efeitos de um processo de selecção quando, numa situação determinada, tal não for necessário. Isso acontece em particular quando o valor de indício de uma situação desfavorável das mulheres, que decorre da circunstância de elas estarem sub-representadas, for refutado.

30 A fim de dar uma resposta útil ao órgão jurisdicional de reenvio, importa dizer que, segundo o § 10, n.os 1 a 3, da HGlG, o processo de selecção dos candidatos se efectua, primeiro, pela apreciação da aptidão, da qualificação e da capacidade profissional (qualificação) dos candidatos face às exigências do lugar vago ou da função a exercer.

31 Para efeitos dessa apreciação, são tidos em conta certos critérios positivos ou negativos. Assim, devem ser tomadas em consideração a capacidade e a experiência adquiridas no exercício de tarefas familiares desde que elas revelem importância para a aptidão, para a qualificação e para a capacidade profissional dos candidatos e das candidatas, enquanto a antiguidade, a idade e a data da última promoção são de tomar em conta apenas na medida em que tenham importância para esse efeito. Da mesma forma, a situação familiar ou o rendimento do ou da parceira não tem qualquer incidência e os empregos a tempo parcial, as licenças e os atrasos na obtenção do diploma de formação ligados à necessidade de se ocupar dos filhos ou dos pais que requerem cuidados não devem ter qualquer efeito negativo.

32 Tais critérios, se bem que formulados em termos neutros quanto ao sexo, e dos quais podem beneficiar, portanto, também os homens, favorecem em geral as mulheres. Visam manifestamente atingir uma igualdade substancial e não formal, reduzindo as desigualdades de facto que podem surgir na vida social. A sua legitimidade não é, aliás, contestada no processo principal.

33 Tal como salientou o órgão jurisdicional de reenvio, é apenas no caso de a qualificação não permitir desempatar uma candidata de um candidato que se deve optar pela candidata, desde que tal se afigure necessário para respeitar os objectivos do plano de promoção em causa e que nenhum motivo juridicamente superior a isso se oponha.

34 Resulta da resposta do Ministerpräsident a uma pergunta por escrito feita pelo Tribunal de Justiça que esses motivos juridicamente superiores dizem respeito a vários elementos normativos, regidos, em parte, pela lei e, em parte, por decreto,

que são formulados sem referência ao sexo e apresentados muitas vezes como «pontos de vista de carácter social». Esses elementos de carácter social procedem, à luz do direito constitucional, em parte, do princípio do Estado Social (artigos 20.°, n.° 1, e 28°, n.° 1, da Lei Fundamental) e, em parte, do direito fundamental da protecção do casamento e da família (artigo 6.° da Lei Fundamental).

35 Nesta perspectiva, o Ministerpräsident salientou a existência de cinco grupos de regras que justificam que a regra da promoção das mulheres seja afastada. Trata-se, em primeiro lugar, do tratamento preferencial concedido aos antigos membros do pessoal do serviço público que, em virtude do trabalho familiar na acepção do § 10, n.° 1, da HGlG, deixaram o seu serviço ou que, pela mesma razão, não puderam, após um estágio preparatório, pedir uma contratação definitiva no serviço público. Beneficiam, em segundo lugar, de prioridade em relação a novas nomeações as pessoas que, por razões ligadas ao trabalho familiar, exerceram uma actividade a tempo parcial e desejam retomar uma actividade a tempo inteiro. Trata-se, em terceiro lugar, dos antigos soldados temporários, isto é, aqueles que, como voluntários, prestaram serviço por período determinado mais longo que o serviço obrigatório (com um mínimo de doze anos). Em quarto lugar, as possibilidades de promoção são flexibilizadas em proveito das pessoas afectadas por uma deficiência grave. A obrigação de promoção dos deficientes tem prioridade em relação à das mulheres. Em último lugar, é mencionada a possibilidade de pôr termo, por recrutamento, a um desemprego de longa duração.

36 Diferentemente do que pretendem os demandantes no processo principal e o Landesanwalt, segue-se que a norma de prioridade concretizada pela HGlG não é absoluta e incondicional no sentido do n.° 16 do acórdão Kalanke, já referido.

37 Cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar, à luz do que precede, se a regulamentação em causa no processo principal assegura que as candidaturas são objecto de uma apreciação objectiva que tenha em conta situações particulares de carácter pessoal de todos os candidatos.

38 Há, portanto, que responder que o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva não se opõe a uma regulamentação nacional que, nos sectores da função pública em que as mulheres estão sub-representadas, confere, em caso de igualdade de qualificações entre candidatos de sexo diferente, prioridade aos candidatos do sexo feminino, quando tal se afigure necessário para assegurar o respeito dos objectivos do plano de promoção das mulheres, a menos que um motivo que, no plano jurídico, tenha uma importância superior a isso se oponha, na condição de a referida regulamentação garantir que as candidaturas são objecto de uma apreciação objectiva que tenha em conta situações particulares de carácter pessoal de todos os candidatos.

Quanto à segunda parte da questão prejudicial

39 Na segunda parte da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva se opõe a uma regulamentação nacional que prevê que os objectivos vinculativos do plano de promoção das mulheres para os lugares temporários do serviço científico e para os auxiliares científicos devem prever uma percentagem mínima de pessoal do sexo feminino correspondente, pelo menos, ao que elas representam entre os diplomados, os doutorados e os estudantes de cada disciplina.

40 Os demandantes no processo principal consideram que o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva se opõe a tal sistema, uma vez que tem por objectivo atingir um resultado determinado no que toca à representação proporcional dos sexos e não visa eliminar certos obstáculos à igualdade de oportunidades das mulheres. O Landesanwalt alega igualmente que o sistema de quota mínima é contrário ao princípio da igualdade dos sexos e da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, porquanto as medidas em causa não têm uma finalidade individual e não se prendem com uma desvantagem concreta encontrada pelos trabalhadores femininos na sua vida profissional e social.

41 A esse propósito, resulta do despacho de reenvio que o § 5, n.° 7, da HGlG limita da mesma forma a aplicação do princípio da «selecção dos melhores», tanto em

matéria de selecção como no que toca ao conjunto das decisões de selecção que devem ser tomadas, tendo em consideração os objectivos de um plano de promoção das mulheres. De qualquer modo, essa disposição só pode ter influência na selecção em caso de qualificações iguais dos candidatos. A esse propósito, as considerações de ordem geral quanto ao carácter vinculativo dos objectivos de um plano de promoção das mulheres são igualmente válidas.

42 Deve reconhecer-se, tal como salientou o advogado-geral no n.º 39 das suas conclusões, que o regime especial para o sector científico em causa no processo principal não fixa o limite máximo absoluto, antes o faz por referência ao número de pessoas que adquiriram uma formação profissional adequada, o que equivale a utilizar um dado real como parâmetro quantitativo para instituir a preferência pelas mulheres.

43 Segue-se que a existência de tal regime especial para o sector científico não levanta objecção específica face ao direito comunitário.

44 Há, portanto, que responder que o artigo 2.º, n.os 1 a 4, da directiva não se opõe a uma regulamentação nacional que prevê que os objectivos vinculativos do plano de promoção das mulheres para os lugares temporários do sector científico e para os auxiliares científicos devem prever uma percentagem mínima de mulheres correspondente, pelo menos, à que elas representam entre os licenciados, os doutorados e os estudantes de cada disciplina.

Quanto à terceira parte da questão prejudicial

45 Na terceira parte da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva se opõe a uma regulamentação nacional para a função pública que reserva, nas profissões qualificadas em que as mulheres estão sub-representadas e para as quais o Estado não detém o monopólio da formação, pelo menos, metade dos lugares de formação às mulheres.

46 Os demandantes no processo principal consideram que o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva se opõe a uma regulamentação tal como a prevista no § 7, n.° 1, da HGlG. Alegam que, à semelhança do § 5, n.° 7, da HGlG, o § 7, n.° 1, prevê claramente que a HGlG não tem por objectivo eliminar certos obstáculos à igualdade de oportunidades das mulheres, mas unicamente assegurar um resultado determinado no que toca à representação proporcional dos sexos, proibido pelo direito comunitário, nomeadamente pelo acórdão Kalanke, já referido. Em sua opinião, a HGlG não visa a realização da igualdade de oportunidades nas condições de partida, mas influencia directamente o resultado da atribuição de lugares de formação. Daí resulta que a disposição em causa no processo principal constitui uma discriminação directa na acepção do artigo 2.°, n.° 1, da directiva, que não é coberta pela excepção do artigo 2.°, n.° 4.

47 Segundo o Landesanwalt, as medidas que visam promover a concretização da igualdade de oportunidades das mulheres devem ter uma finalidade individual e ligar-se a situações profissionais e extraprofissionais concretas que desfavorecem ou podem desfavorecer de forma típica uma mulher. A quota mínima aplicável aos lugares de formação por virtude do § 7, n.° 1, da HGlG é uma quota predeterminada, na medida em que fixa de forma vinculativa uma proporção mínima de mulheres em determinados sectores. Tal quota mínima em favor das mulheres não pode ser considerada como uma medida que vise promover a igualdade de oportunidades na acepção do artigo 2.°, n.° 4, da directiva, porquanto substitui a promoção da igualdade de oportunidades pelo resultado ao qual só a realização de tal igualdade de oportunidades pode chegar.

48 A este propósito, o órgão jurisdicional de reenvio reconheceu que uma formação qualificada é uma condição prévia para uma participação positiva no mundo do trabalho. Deduz daí que a obrigação legal de compensar, neste domínio, a situação desfavorável das mulheres é, por isso, eventualmente legitimada pela exigência da igualdade.

49 Resulta igualmente do despacho de reenvio que, aquando da adopção da HGlG, o legislador do *Land* de Hesse considerou que «apesar da base constitucional federal do princípio da igualdade de direitos entre mulheres e homens e da proibição da discriminação com base no sexo, constante do artigo 3.° da Lei Fundamental, as mulheres continuam, na realidade social, a ser prejudicadas em relação aos homens» e que elas, apesar de uma igualdade jurídica formal, «especialmente na vida profissional... [não têm] acesso, em igualdade de condições, a empregos qualificados». Este reconhecimento foi considerado pelo legislador do *Land* de Hesse como uma injustiça intolerável à luz da evolução recente mas constante do marcado sucesso escolar das mulheres jovens em relação aos homens jovens.

50 Tal como resulta da exposição de motivos relativa ao § 7, n.° 1, da HGlG, o legislador do *Land* de Hesse, ao instaurar uma «quota de resultado ('Ergebnisquote') rígida» no domínio da formação profissional que abre a via para tal acesso, pretendeu estabelecer uma repartição equilibrada dos lugares de formação, pelo menos na função pública.

51 Essa vontade não conduz, no entanto, mesmo assim a uma rigidez absoluta. Com efeito, o § 7, n.° 2, prevê claramente que, se, a despeito das medidas apropriadas a fim de chamar a atenção das mulheres para os lugares de formação disponíveis, o número de candidaturas femininas for insuficiente, é possível que mais de metade desses lugares seja ocupada por homens.

52 A disposição em causa no processo principal inscreve-se no quadro de um conceito restrito de igualdade de oportunidades. Não são postos de trabalho que são reservados às mulheres, mas lugares de formação com vista a obter uma qualificação na perspectiva de um acesso posterior a profissões qualificadas na função pública.

53 Dado que a quota se aplica apenas aos lugares de formação dos quais o Estado não tem o monopólio e que se trata, por isso, de casos de formação em relação aos quais estão igualmente disponíveis lugares no sector privado, nenhum candidato do sexo masculino é definitivamente excluído de uma formação. Numa perspectiva global da formação (sectores público e privado), a disposição em causa no processo principal contenta-se, por isso, em melhorar as oportunidades dos candidatos do sexo feminino no sector público.

54 As medidas previstas fazem, assim, parte das que se propõem eliminar as causas das menores oportunidades de acesso ao trabalho e de carreira conferidas às mulheres e consistem, ademais, em intervenções na orientação e formação profissionais. Esse tipo de acções integra-se, por isso, nas medidas admitidas pelo artigo 2.°, n.° 4, da directiva, que têm por finalidade melhorar as possibilidades das mulheres para competirem no mercado de trabalho e para prosseguirem uma carreira em pé de igualdade com os homens.

55 Há, portanto, que responder que o artigo 2.°, n.^{os} 1 e 4, da directiva não se opõe a uma regulamentação nacional que, na medida em que tem por objectivo eliminar uma sub-representação das mulheres, reserva, nas profissões qualificadas em que as mulheres estejam sub-representadas e de cuja formação o Estado não detém o monopólio, pelo menos metade dos lugares de formação às mulheres, a menos que, não obstante as medidas apropriadas para chamar a

atenção das mulheres para os lugares de formação disponíveis, o número de candidaturas femininas seja insuficiente.

Quanto à quarta parte da questão prejudicial

56 Na quarta parte da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva se opõe a uma regulamentação nacional que confere, em caso de igualdade de qualificações entre candidatos de sexo diferente, uma garantia, a favor das mulheres qualificadas, de serem convocadas para entrevistas de recrutamento nos sectores em que estão sub-representadas.

57 Deve recordar-se que a disposição em causa no processo principal prevê duas abordagens diferentes. Segundo a primeira, a totalidade dos candidatos do sexo feminino que preencham todas as condições previstas no anúncio para apresentação de candidaturas são convocados. Neste caso, o número de candidatos do sexo masculino a convocar pode ser igual, superior ou inferior ao dos candidatos do sexo feminino. De acordo com a segunda, somente um número restrito de candidatos do sexo feminino qualificados são convocados. Neste caso, os candidatos do sexo masculino só podem ser convocados, no máximo, na mesma proporção.

58 Os demandantes no processo principal consideram que o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva se opõe a tal regulamentação. Trata-se de uma discriminação directa na acepção do artigo 2.°, n.° 1, da directiva, que não é coberta pela excepção do seu n.° 4.

59 O Landesanwalt entende que a disposição em causa no processo principal constitui uma quota rígida, na medida em que diz respeito ao número de mulheres que devem ser convidadas para uma entrevista de selecção. Na hipótese

de todos os candidatos poderem ser para ela convidados, a disposição prevê que, pelo menos, tantas mulheres como homens devam sê-lo. Nestas condições, pode haver homens desfavorecidos e, por isso, discriminados em razão do sexo. Segundo o Landesanwalt, isto é contrário ao princípio da igualdade dos sexos e da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

60 Tal como salientou o advogado-geral, no n.º 41 das suas conclusões, a disposição em causa no processo principal não implica a busca de um resultado definitivo — recrutamento ou promoção —, antes oferece possibilidades suplementares às mulheres qualificadas para facilitar a sua entrada no mundo do trabalho e a sua carreira.

61 Em seguida, deve reconhecer-se que resulta do despacho de reenvio que tal disposição, se bem que preveja regras para o número de entrevistas de recrutamento que devem ser concedidas às mulheres, prevê igualmente que seja efectuado um exame preliminar das candidaturas e que só sejam chamados a nela participar os candidatos qualificados que preenchem as condições requeridas ou previstas.

62 Trata-se, por conseguinte, de uma disposição que, ao conferir, em caso de igualdade de qualificações, uma garantia a favor das mulheres qualificadas de serem convocadas para entrevistas de recrutamento, visa promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, na acepção do artigo 2.º, n.º 4, da directiva.

63 Há, por isso, que responder que o artigo 2.º, n.ºs 1 e 4, da directiva não se opõe a uma regulamentação nacional que confere, em caso de igualdade de qualificações entre candidatos de sexo diferente, uma garantia, a favor das mulheres qualificadas que preencham todas as condições requeridas ou previstas, de serem convocadas para entrevistas de recrutamento nos sectores em que elas estejam sub-representadas.

Quanto à quinta parte da questão prejudicial

64 Na quinta parte da sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva se opõe a uma regulamentação nacional segundo a qual metade, pelo menos, dos membros dos órgãos representativos dos trabalhadores e dos órgãos de administração e de fiscalização devem ser mulheres.

65 Resulta do despacho de reenvio, tal como da exposição de motivos, que o § 14 da HGlG, que diz respeito à composição dos comités, não tem valor vinculante, na medida em que esta disposição não imperativa reconhece que numerosas instâncias são criadas por disposições legislativas e que a aplicação integral da exigência de uma participação igual das mulheres nessas instâncias exigiria, de qualquer forma, uma modificação da lei pertinente. Além disso, esta disposição não se aplica às funções exercidas na sequência de eleições. Seria também necessário, nessa hipótese, modificar as disposições legislativas de base pertinentes. Finalmente, não sendo esta disposição imperativa, deixa uma certa margem para a tomada em conta de outros critérios.

66 Deve, portanto, responder-se que o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva não se opõe a uma regulamentação nacional relativa à composição dos órgãos representativos dos trabalhadores e dos órgãos de administração e de fiscalização, que preconiza que as disposições legislativas adoptadas para a sua execução tomem em conta o objectivo de uma participação, pelo menos, igual das mulheres nessas instâncias.

67 Tendo em conta o que precede, não há que decidir sobre a interpretação a dar ao artigo 141.°, n.° 4, CE.

Quanto às despesas

68 As despesas efectuadas pelos Governos neerlandês e finlandês, bem como pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

pronunciando-se sobre a questão submetida pelo Staatsgerichtshof des Landes Hessen, por despacho de 16 de Abril de 1997, declara:

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, não se opõe a uma regulamentação nacional

— que, nos sectores da função pública em que as mulheres estão sub-representadas, confere, em caso de igualdade de qualificações entre candidatos de sexo diferente, prioridade aos candidatos do sexo feminino, quando tal se afigure necessário para assegurar o respeito dos objectivos do plano de promoção das mulheres, a menos que um motivo que, no plano jurídico, tenha uma importância superior a isso se oponha, na condição de a referida regulamentação garantir que as candidaturas são objecto de uma apreciação objectiva que tenha em conta situações particulares de carácter pessoal de todos os candidatos,

— que prevê que os objectivos vinculativos do plano de promoção das mulheres para os lugares temporários no sector científico e para os auxiliares científicos devem prever uma percentagem mínima de mulheres correspondente, pelo menos, à que elas representam entre os licenciados, os doutorados e os estudantes de cada disciplina,

— que, na medida em que tem por objectivo eliminar uma sub-representação das mulheres, reserva, nas profissões qualificadas em que as mulheres estejam sub-representadas e de cuja formação o Estado não detém o monopólio, pelo menos metade dos lugares de formação às mulheres, a menos que, não obstante as medidas apropriadas para chamar a atenção das mulheres para os lugares de formação disponíveis, o número de candidaturas femininas seja insuficiente,

— que confere, em caso de igualdade de qualificações entre candidatos de sexo diferente, uma garantia, a favor das mulheres qualificadas que preencham todas as condições requeridas ou previstas, de serem convocadas para entrevistas de recrutamento nos sectores em que elas estejam sub-representadas,

— relativa à composição dos órgãos representativos dos trabalhadores e dos órgãos de administração e de fiscalização, que preconiza que as disposições legislativas adoptadas para a sua execução tomem em conta o objectivo de uma participação, pelo menos, igual das mulheres nessas instâncias.

Rodríguez Iglesias Moitinho de Almeida

Schintgen Kapteyn Gulmann Puissochet

Hirsch Jann Wathelet

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 28 de Março de 2000.

O secretário

R. Grass

O presidente

G. C. Rodríguez Iglesias