CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS

apresentadas em 6 de Julho de 2000 *

1. A legislação comunitária sobre a igualdade de tratamento é contrária a uma regulamentação nacional em virtude da qual, quando o número de candidatos com os requisitos para a admissão ao estágio prático destinado aos juristas em formação excede o número de lugares disponíveis para um dado estágio, a prioridade deve ser atribuída, dentro de certos limites temporais, àqueles que preenchem os critérios, definidos em termos gerais, como «casos de necessidade», enquanto um dos exemplos — o do cumprimento do serviço militar — pode, realmente, ser aplicável unicamente aos homens? Tal é, em substância, a questão no presente pedido de decisão prejudicial do Verwaltungsgericht (Tribunal Administrativo), Frankfurt-am-Main (Alemanha).

A directiva relativa à igualdade de tratamento

2. A Directiva 76/207/CEE do Conselho [1] foi adoptada para a realização, nos Estados-Membros, do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que diz respeito, *inter alia,* ao acesso à formação profissional (artigo 1.°). Nos termos do artigo 2.°, n.° 1, o princípio da igualdade de tratamento implica «a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa quer indirectamente». No entanto, o artigo 2.°, n.° 4, dispõe, entre outras excepções, 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 aos quais é aplicável.

3. O artigo 4.° dispõe:

«A aplicação do princípio da igualdade de tratamento no que se refere ao acesso à todos os tipos e a todos os níveis de orientação profissional, de formação, de aperfeiçoamento e de reciclagem profissionais, implica que os Estados-Membros tomem as medidas necessárias a fim de que:

a) Sejam suprimidas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento;

* Língua original: inglês.

1 — Directiva relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que diz respeito ao acesso ao emprego, à formação e à promoção profissional, e as condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70).

...

c) A orientação, a formação, o aperfeiçoamento e a reciclagem profissionais... sejam acessíveis, segundo os mesmos critérios e aos mesmos níveis sem discriminação em razão do sexo.»

4. Nos termos do artigo 6.°:

«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.»

Disposições nacionais e o seu contexto

5. Na Alemanha, a formação nas profissões jurídicas é profunda e prolongada. Embora as modalidades possam variar de um Land ao outro, a organização geral é a seguinte.

6. Depois do ensino secundário, são necessários quatro anos de estudos universitários em direito, que terminam com o primeiro exame de Estado em direito, o qual geralmente leva um semestre suplementar. Embora haja a possibilidade de um número limitado de oportunidades de carreira em funções subordinadas, neste estádio, a maioria dos futuros juristas deve fazer, durante geralmente dois anos, uma série de estágios/de experiências profissionais em diversas funções, sob o controlo do poder judicial. Durante este período, os estagiários são remunerados e adquirem direitos à pensão na qualidade de funcionários públicos temporários. No fim deste período, fazem o segundo exame de Estado em direito, que lhes permite, no caso de sucesso, ter acesso a qualquer profissão jurídica.

7. Este processo refere-se à admissão ao estágio jurídico preparatório no Land Hessen. Este era regido, no momento dos factos (Março de 1998), pelos artigos 23.° e 24.° da Hessisches Juristenausbildungsgesetz (lei sobre a formação dos juristas, a seguir «JAG») e pelo artigo 14.°a do Juristenausbildungsanordnung («JAO»), um regulamento de aplicação.

8. O artigo 23.°, n.° 1, da JAG garante a admissão ao estágio jurídico preparatório a qualquer pessoa que tenha êxito no primeiro exame de Estado. O artigo 24.°, n.° 1, prevê que os estágios começam no primeiro dia útil dos meses de Janeiro, Março, Maio, Julho, Setembro e Novem-

bro de cada ano. O número de lugares disponíveis para cada estágio é limitado a 140, em virtude de disposições distintas de ordem orçamental. O artigo 24.°, n.° 2, da JAG regulamenta as situações nas quais o número de pedidos de admissão excede o número de lugares disponíveis. Este artigo, no momento dos factos, tinha a redacção seguinte:

«Se o número de pedidos de admissão ao estágio preparatório entrados no devido prazo e relativos a uma determinada data de recrutamento exceder o número disponível dos lugares reservados para a formação, o recrutamento pode ser diferido por um período que pode ir até doze meses, salvo se circunstâncias excepcionais constitutivas de um caso de necessidade militarem contra o diferimento. A selecção das pessoas cujo recrutamento deve ser diferido é feita por tiragem à sorte.»

9. «Casos de necessidade» foram definidos no artigo 14.°a da JAG:

«1) Verificam-se as circunstâncias excepcionais constitutivas de um caso de necessidade, na acepção do artigo 24.°, n.° 2, da JAG, quando o diferimento apresentar para a candidata ou o candidato inconvenientes que, utilizando um critério rigoroso, excedam consideravelmente os que habitualmente resultam de um diferimento.

2) São nomeadamente considerados casos de necessidade:

1. a existência de invalidez grave;

2. situação social e familiar especial, certificada por atestado de autoridade pública;

3. perdas de tempo na admissão e frequência do curso que não devam ser atribuídas ao candidato, em especial as resultantes da escolha da segunda via de formação ou da pertença a um órgão da autogestão universitária ou estudantil;

4. o cumprimento de um serviço obrigatório na acepção do artigo 12.°a n.^{os} 1 ou 2, da Grundgesetz (Lei Fundamental) ou o exercício de uma actividade com uma duração mínima de dois anos enquanto cooperante na acepção da Entwicklungshelfergesetz (lei sobre os cooperantes), ou o exercício de uma actividade benévola no domínio social durante um ano na acepção da Gesetz zur Förderung eines freiwilligen sozialen Jahres (lei destinada a promover o exercí-

cio, durante um ano, de uma actividade benévola no domínio social).»

10. A menção do serviço obrigatório visa o serviço militar obrigatório (artigo 12.°a, n.° 1, do Grundgesetz), de uma duração de dez meses, e o serviço civil obrigatório (artigo 12.°a, n.° 2), de uma duração de treze meses. Estas duas formas aplicam-se unicamente aos homens. De agora em diante, referimo-nos aos mesmos como «serviço nacional obrigatório».

11. A legislação no Land Hessen foi modificada em Maio de 1998. Desde então, essencialmente, 50% dos lugares a cada recrutamento são atribuídos em função das qualificações e resultados dos requerentes, 15% em função dos «casos de necessidade» e 35% em função do período decorrido desde o primeiro pedido. A definição de «caso de necessidade» permaneceu praticamente inalterada, embora a ordem dos exemplos nos n.os 3 e 4 fosse invertida, e foi precisado que, se o número de pessoas que invocam «um caso de necessidade» excedesse 15% dos lugares disponíveis, as situações abrangidas pelo exemplo referido no n.° 1 beneficiariam da prioridade, seguidas das incluídas no exemplo referido no n.° 2, e os lugares eventualmente restantes são atribuídos por sorteio.

Processo principal e despacho de reenvio

12. J. Schnorbus teve êxito no primeiro exame de Estado em direito em Outubro de 1997 e pediu a sua admissão ao estágio jurídico preparatório com início em Janeiro de 1998. Fazia parte dos 360 candidatos nessa data, de modo que o artigo 24.°, n.° 2, da JAG foi aplicado para decidir da atribuição dos 140 lugares disponíveis. Após aplicação da regra dos «casos de necessidade», os lugares restantes foram atribuídos por sorteio. J. Schnorbus não teve sucesso. Introduziu um novo pedido para o recrutamento de Março de 1998, mas outra vez sem sucesso, encontrando-se em 250.ª posição após o sorteio. Finalmente, obteve um lugar para o estágio com início em Maio de 1998, depois de um novo sorteio.

13. No entanto, ao mesmo tempo, J. Schnorbus tinha interposto recurso tanto administrativo como contencioso contra a decisão de 11 de Fevereiro de 1998 que recusa atribuir-lhe um lugar para o estágio com início em Março.

14. J. Schnorbus, por um lado, apresentou ao Verwaltungsgericht Frankfurt-am-Main um pedido de medidas provisórias para que seja nomeada estagiária a contar do primeiro dia útil do mês de Março de 1998. O despacho foi deferido em 23 de Fevereiro de 1998, mas foi anulado quatro dias

depois pelo Hessische Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Administrativo do Land Hessen).

15. Por outro lado, interpôs recurso administrativo da decisão de indeferimento, que foi indeferido em 2 de Abril de 1998 por uma carta, indicando que o procedimento em causa não constituía uma discriminação directa ilegal em relação às mulheres, e que a regra que faz referência às pessoas que cumpriram um serviço nacional obrigatório era fundada sobre um critério objectivo de diferenciação.

16. Finalmente, interpôs novo recurso no Verwaltungsgericht Frankfurt-am-Main, pedindo a declaração de que o indeferimento do seu recurso administrativo era ilegal e violava os seus direitos. (Desistiu de um pedido de obtenção de um lugar de estagiária com início em Maio de 1998, quando o lugar lhe foi atribuído.) Foi no âmbito deste procedimento que o Verwaltungsgericht submeteu ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial que contém oito questões, que podem ser resumidas do seguinte modo:

«A preferência dada aos homens que cumpriram o serviço nacional obrigatório (uma condição que as mulheres não podem preencher) é do âmbito da Directiva 76/207/CEE (questão 1)? Em caso afirmativo, constitui, directa ou indirectamente, uma discriminação com base no sexo na acepção do artigo 2.°, n.° 1, desta directiva (questões 2 e 3)?

Não existe qualquer justificação, nos termos do artigo 2.°, n.° 4, da directiva, ou porque a preferência é atribuída automaticamente aos homens, sem referência às circunstâncias individuais ou a outras considerações, indo assim além de uma medida destinada a promover a igualdade de oportunidades (questão 4), ou porque este artigo autoriza somente medidas destinadas a promover a igualdade de oportunidades em favor das mulheres (questão 5)?

Se tal não é o caso, o facto de o serviço nacional obrigatório incumbir somente aos homens deve ser considerado em si como 'uma desigualdade de facto' — em prejuízo dos homens — na acepção do artigo 2.°, n.° 4, da directiva, ou deve-se também ter em consideração as desvantagens que as mulheres podem encontrar no mercado do trabalho em razão do sexo (questão 6)? Ou, a título subsidiário, pode a preferência ser justificada nos termos do artigo 2.°, n.° 4, simplesmente com o fundamento de que compensa inconvenientes aos quais as mulheres não estão expostas porque não são obrigadas a cumprir um serviço nacional obrigatório (questão 7)?

Finalmente, o artigo 6.° da directiva confere um direito de acesso à formação quando a recusa desse acesso é fundada

numa discriminação e não existe direito a indemnização (questão 8)?»

17. O Land Hessen (recorrido no processo principal) apresentou observações escritas, bem como a Comissão. J. Schnorbus não apresentou observações, mas os seus argumentos foram amplamente expostos no despacho de reenvio do Verwaltungsgericht, que parece disposto a examinar-los favoravelmente. Não houve fase oral.

Análise

Admissibilidade

18. O Land Hessen exprime dúvidas em relação à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial. Alega que, como a legislação desde então foi objecto de modificações, qualquer decisão em relação à sua compatibilidade com o direito comunitário ficaria sem objecto em futuros casos. Tal decisão não teria também incidência no resultado do processo principal: dado que J. Schnorbus obteve o 250.° lugar depois do sorteio, não poderia ter obtido um lugar, mesmo na ausência de candidatos prioritários. Além disso, a sua acção declarativa é inadmissível por falta de interesse em agir.

19. É verdade que nada de substancial parece depender da interpretação do direito comunitário no presente processo. É verdade também que o Verwaltungsgericht sublinha explicitamente no seu despacho de reenvio que um dos motivos que o levaram a apresentar um pedido prejudicial reside no facto de as questões a resolver apresentarem também uma importância para futuros processos relativos a outras disposições legais, independentemente do resultado deste processo, o que implica que o seu interesse é, até um certo ponto, hipotético.

20. No entanto, não pensamos que haja qualquer objecção séria à admissibilidade do pedido.

21. A esse respeito, a alteração da legislação é irrelevante. No seu acórdão Pierrel e o.[2], o Tribunal de Justiça julgou que o artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE) «atribui competência ao Tribunal de Justiça para interpretar o direito comunitário e que, deste modo, as mudanças ocorridas na legislação nacional posteriormente ao reenvio não têm influencia nesta interpretação». A presente situação não é diferente em substância (embora a modificação da legislação tivesse ocorrido antes do despacho de reenvio), na medida em que o tribunal nacional deve aplicar o direito interno na sua forma anterior à modificação, e que pediu uma interpretação do direito comunitário neste contexto. Como as questões têm por objecto precisa-

2 — Acórdão do 7 de Dezembro de 1993 (C-83/92, Colect., p. I-6419, n.° 32).

mente o critério do cumprimento do serviço nacional obrigatório e que este critério continua na legislação alterada, embora com consequências mais limitadas, a alteração não põe em causa a incidência inicial.

22. De resto, o Verwaltungsgericht mostrou claramente que o único pedido da J. Schnorbus ainda pendente é de uma declaração de que a decisão sobre o seu recurso administrativo era ilegal e constituía uma violação dos seus direitos. Não é da competência do Tribunal de Justiça decidir sobre a admissibilidade deste pedido — que ela pode apresentar em virtude do artigo 6.° da directiva [3] — e a maioria das questões não se mostram irrelevantes em relação à decisão. Mesmo a oitava questão do tribunal nacional, embora não seja imediatamente relevante em relação à questão, pode ser necessária por razões de ordem processual ligadas a um pedido ulterior de indemnização nos órgãos jurisdicionais civis.

O acórdão Kreil

23. Em 11 de Janeiro de 2000, ou seja, após o fim da fase escrita no presente processo, o Tribunal proferiu o seu acórdão no processo Kreil [4], que parecia ter alguma relevância neste caso. No entanto, um exame mais aprofundado revela rapidamente que é só uma aparência.

24. A questão que se punha no processo Kreil era a de saber se a Directiva 76/207 se opunha à aplicação de disposições nacionais, tais como as disposições da lei alemã, que excluem as mulheres dos empregos militares que envolvem a utilização de armas e que autoriza apenas o seu acesso ao serviço de saúde e às formações de música militar. A resposta do Tribunal a esta questão foi afirmativa.

25. No entanto, o acórdão não respeitava à obrigação imposta unicamente aos homens de cumprir um serviço militar ou civil, o que é relevante no presente processo, mas a recusa generica às mulheres do direito de servirem voluntariamente em empregos militares que comportem a utilização de armas. Assim, a discriminação julgada existente distinguia-se radicalmente, por conseguinte, de uma eventual discriminação que pudesse existir no presente processo.

3 — Cuja importância o Tribunal sublinhou numa série de processos que começa com o acórdão de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann/Land Nordrhein-Westfalen (14/83, Recueil, p. 1891) até ao acórdão de 22 de Setembro de 1998, Coote (C-185/97, Colect., p. I-5199).

4 — C-285/98.

As questões levantadas no presente processo

— As disposições impugnadas incluem-se no âmbito de aplicação da Directiva 76/207?

26. O tribunal nacional considera que a Directiva 76/207 é aplicável ao sistema de prioridades previsto na legislação impugnada, porque afecta o momento da admissão ao estágio jurídico preparatório, ainda que não afectem o direito de acesso ao próprio estágio. O Land Hessen considera, pelo contrário, que não é aplicável: as regras em causa não afectam o direito de qualquer pessoa ao estágio jurídico preparatório, mas limitam-se a regulamentar a duração do período eventual de espera. No entanto, a Comissão considera que a «igualdade de tratamento no que diz respeito ao acesso» não levanta somente a questão do «se», mas também a do «quando»; qualquer espera imposta a uma pessoa para o acesso a uma formação profissional — e por conseguinte à actividade profissional consecutiva — pode constituir uma desvantagem discriminatória em relação àqueles que não têm de esperar e, quando a sua duração é excessiva, pode mesmo equivaler a uma recusa de acesso. É importante garantir que as disposições da directiva não sejam contornadas.

27. Compartilhamos a opinião do tribunal nacional e da Comissão. É evidente que um candidato admitido imediatamente a um estágio profissional remunerado é tratado mais favoravelmente do que um candidato que deve esperar, mesmo se o período de espera não excede doze meses. A diferença de tratamento a este nível provoca não somente certas dificuldades financeiras momentâneas, mas terá igualmente repercussões sobre o desenrolar da carreira durante certo tempo. Além disso, qualquer atraso a este nível dos estudos de direito pode ser significativamente perturbador, interferindo com a aquisição contínua e a retenção activa dos conhecimentos, particularmente se se prolonga por um período completo de doze meses. Quando uma insuficiência de recursos torna necessária a adopção de regras destinadas a determinar que candidatos são admitidos imediatamente e quais devem esperar, a Directiva 76/207 — em particular o seu artigo 4.° — é aplicável sem outra restrição à estas regras, que devem, por conseguinte, evitar qualquer discriminação, directa ou indirecta, em razão do sexo.

— A regra em questão

28. Algumas das observações submetidas ao Tribunal pelo Land Hessen bem como pela Comissão insistem no facto de as disposições impugnadas da JAG e da JAO concederem prioridade nos «casos de necessidade» em geral, e que o cumprimento de um serviço nacional obrigatório constitui unicamente um exemplo entre outros citados numa lista não exaustiva de tais casos. Salientam que outros casos, sejam mencionados especificamente na legislação ou não, podem aplicar-se igualmente às mulheres, e tiram desse facto certas conclusões em relação à natureza discriminatória ou não destas disposições.

29. Consideramos que esta abordagem é errada. As questões submetidas pelo tribunal nacional referem-se especifica e explicitamente à legalidade, em relação à directiva, da prioridade atribuída aos que cumpriram um serviço nacional obrigatório. O que tem de ser considerado é se uma desigualdade de tratamento resultando eventualmente da prioridade concedida em tais circunstâncias constitui uma discriminação ilegal, ou se pode ser justificada [5]. O facto que a prioridade pode ser atribuída noutras circunstâncias sem constituir uma discriminação ilegal não tem incidência a este respeito. Ao invés, se, por exemplo, uma obrigação de natureza comparável fosse imposta às mulheres sem que esta mesma prioridade lhes fosse atribuída, seria relevante. No entanto, J. Schnorburs não baseia o seu pedido em tal alegação e não há nenhuma outra indicação de tal circunstância no despacho de reenvio do tribunal nacional. Limitaremos por conseguinte a nossa análise à regra específica em questão, que atribui a prioridade aos que cumpriram um serviço nacional obrigatório.

— Discriminação directa e indirecta em razão do sexo: considerações gerais e justificações possíveis

30. Não é sempre necessário distinguir entre discriminação directa e discriminação indirecta em razão do sexo. O artigo 119.° do Tratado CE (os artigos 117.° a 120.° do Tratado CE foram substituídos pelos artigos 136.° CE a 143.° CE), por exemplo, não faz nenhuma distinção, do mesmo modo que a directiva sobre a igualdade das remunerações [6]. De facto, a combinação dos termos utilizados pela Directiva 76/207 («ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente») parece mais destinada a abranger todos os tipos de discriminação do que a estabelecer duas categorias distintas de discriminação.

31. Contudo, como veremos, a distinção pode ter incidência na questão das justificações possíveis.

32. Uma definição legal de discriminação indirecta, que tem em consideração uma grande parte do desenvolvimento jurisprudencial desde que o Tribunal afirmou o princípio da distinção, é fornecida no artigo 2.°, n.° 2, da Directiva 97/80/CE [7]: «verifica-se uma situação de discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra afecte uma proporção consideravelmente mais elevada de pessoas de um sexo, salvo quando essas disposições, critérios ou práticas sejam adequadas e necessárias e

5 — É necessário superar a esse respeito uma dificuldade terminológica: «Discriminação» implica, em certo sentido, nada mais do que um reconhecimento de diferenças. No entanto, discriminação foi definida em direito comunitário como «a aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou a aplicação da mesma regra a situações diferentes» (v., por exemplo, acórdão do Tribunal de 27 de Outubro de 1998, Boyle e o. (C-411/96, Colect., p. I-6401, n.° 39). A questão de saber se uma discriminação no sentido que lhe dá a jurisprudência do Tribunal de Justiça pode ser «justificada», que examinaremos agora, pode prestar-se, de novo, a confusão.

6 — Directiva 75/117/CEE do Conselho do 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remunerações entre os trabalhadores masculinos e femininos (JO L 45, p. 19).

7 — Directiva do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo (JO L 14, p. 6); v. igualmente o seu décimo nono considerando. Esta directiva é aplicável às situações que são da competência, *inter alia*, da Directiva 76/207, mas o prazo para a sua transposição expira em 1 de Janeiro de 2001.

possam ser justificadas por factores objectivos não relacionados com o sexo».

33. A situação pode ser exprimida simplesmente dizendo que há discriminação em razão do sexo, quando pessoas de um sexo são tratadas mais favoravelmente que as do outro. A discriminação é directa quando a desigualdade de tratamento é fundada sobre um critério que é quer explicitamente o do sexo, quer necessáriamente ligado a uma característica inseparável do sexo. É indirecta, quando um outro critério é aplicável, mas este afecta uma proporção claramente mais elevada de pessoas de um sexo que do outro.

34. Uma desigualdade de tratamento pode ser «justificada» de duas maneiras. Por um lado, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, uma desigualdade de tratamento «justificada por factores objectivos e sem relação com uma discriminação em razão do sexo» [8] não constitui uma discriminação ilegal. Por outro lado, certas disposições que proíbem qualquer discriminação determinam que não impedem certas medidas julgadas necessárias ou de interesse geral [9]. Existe, em particular, a cláusula de excepção do artigo 2.°, n.° 4, da Directiva 76/207, sobre que incidem as quarta e sétima questões do tribunal nacional, e que excepciona «as medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular, as que corrijam as desigualdades de facto que afectam as oportunidades das mulheres» — por outras palavras, qualquer «acção afirmativa» ou «positiva».

35. Os dois tipos de justificações são de natureza distinta. O primeiro tem por objecto a definição da discriminação ilegal; se este for o caso, não há discriminação e nenhuma verificação suplementar é necessária. O último constitui um «meio de defesa» eventual a examinar após ter estabelecido a existência de tal discriminação. Além disso, o primeiro parece ser aplicável unicamente à discriminação indirecta, dado que, quando há discriminação directa, o critério é, por definição, necessáriamente ligado ao sexo, enquanto o último parece poder ser aplicável a cada uma das duas categorias.

— A regra em questão causa uma discriminação directa em razão do sexo?

36. O Verwaltungsgericht tem a opinião de que há discriminação directa em razão do sexo, porque a regra em questão favorece uma categoria que pode incluir unicamente homens. O Land Hessen bem como a Comissão consideram que não é o caso, insistindo, essencialmente, sobre as diferen-

8 — V., por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Fevereiro de 1999, Seymour-Smith e Perez (C-167/97, Colect., p. I-623, n.os 60 e 65).

9 — V., por exemplo, artigos 4.°, n.° 2, e 7.° da Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à aplicação progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social (JO L 6, p. 24), ou (agora) o artigo 141.°, n.° 4, CE; v. também Directiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes (JO L 348, p. 1).

tes categorias mencionadas no artigo 14.°a, n.° 2, da JAO, que podem incluir mulheres.

37. Nós consideramos que não há discriminação directa em razão do sexo — embora, como explicámos acima, por razões diversas das afirmadas pelo Land Hessen e pela Comissão, dado que é unicamente a prioridade atribuída aos que cumpriram um serviço nacional obrigatório que está em causa.

38. É verdade que, nos termos da lei alemã, as mulheres não podem beneficiar de prioridade em virtude da regra contestada, enquanto a maioria esmagadora dos homens pode, pelo próprio facto de o critério utilizado — o cumprimento do serviço nacional obrigatório — se referir a uma obrigação imposta pela lei a todos os homens, e unicamente aos homens.

39. Isto poderia ser comparado com a situação relativa à gravidez. Efectivamente, o Tribunal de Justiça julgou, numa série de processos que começa pelo processo Dekker [10], que, dado que uma recusa de emprego em razão da gravidez pode opor-

10 — Acórdão de 8 de Novembro de 1990 (C-177/88, Colect., p. I-3941, n.° 12); v. também acórdãos do Tribunal de Justiça de 8 de Novembro de 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, Colect., p. I-3979, n.° 13); de 5 de Maio de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Colect., p. I-1657, n.° 15); de 14 de Julho de 1994, Webb (C-32/93, Colect., p. I-3567, n.° 19), e de 3 de Fevereiro de 2000, Mahlburg (C-207/98, Colect., p. I-549, n.° 20).

-se unicamente às mulheres, tal recusa constitui uma discriminação directa em razão do sexo.

40. No entanto, é necessário distinguir entre um critério baseado numa obrigação imposta pela lei a um sexo e um critério baseado numa característica física inerente a um sexo. Nenhuma lei pode permitir aos homens dar à luz, enquanto a legislação pode facilmente pôr um termo a qualquer discriminação entre homens e mulheres a respeito do serviço nacional obrigatório.

41. No presente processo, resulta que não há discriminação directa, porque a regra em questão distingue entre os que cumpriram e os que não cumpriram o serviço nacional obrigatório em virtude de uma obrigação legal e não entre homens e mulheres enquanto tais.

— A regra em questão consttui uma discriminação indirecta em razão do sexo?

42. O tribunal nacional considera que há, em qualquer caso, uma discriminação indirecta, baseando-se em números fornecidos pelo Land Hessen: dos 394 candidatos à admissão ao estágio com início em Março

de 1998, 157 eram homens e 237 eram mulheres; dos 140 candidatos admitidos, 94 eram homens e 46 eram mulheres; 107 destes 140 candidatos foram admitidos com benefício de um caso de necessidade — 84 homens (67 dos quais tinham cumprido o serviço nacional obrigatório) e 23 mulheres. Assim, uma proporção consideravelmente mais elevada de mulheres do que homens foi desfavorecida, sem que esta desigualdade resultasse de um critério objectivo sem relação com o sexo. O próprio Land Hessen não se explica especificamente a esse respeito nas suas observações ao Tribunal, mas contesta a pertinência de apenas uma série de números. Em contraste com a situação de Março de 1998, por exemplo, a percentagem das mulheres admitidas era 51,2% para o estágio com início em Julho de 1997, e 50,9% para o estágio com início em Setembro de 1997. A Comissão compartilha a opinião do Verwaltungsgericht sobre este ponto, baseando-se nos números que figuram no despacho de reenvio, mas sublinha que o tribunal nacional deve proceder às necessárias averiguações de facto. Faz referência à jurisprudência do Tribunal, segundo a qual há discriminação indirecta quando uma regra afecta «uma percentagem consideravelmente menor», «um número muito mais elevado» ou «uma percentagem consideravelmente mais elevada» de pessoas de um sexo do que do outro sexo [11].

43. Também neste aspecto consideramos que não é correcto examinar os números de uma maneira global. O número a examinar é o número de candidatos que obtêm um lugar de estágio por aplicação da regra em questão — ou seja, em razão do cumprimento do serviço nacional obrigatório.

44. A este respeito, a jurisprudência do Tribunal insiste no facto de que deve haver uma diferença «considerável» em percentagem para se poder declarar a existência de uma discriminação indirecta [12]. No que diz respeito ao critério do cumprimento do serviço nacional obrigatório, a diferença é incontestavelmente «considerável»; 100% dos que o preenchem são necessáriamente homens, 0% são mulheres.

45. Deste ponto de vista, não temos nenhuma dificuldade em concluir que a regra em questão causa, à primeira vista, uma discriminação indirecta em razão do sexo.

46. No entanto, se for decidido examinar as estatísticas globais — o que implicaria avaliar o regime dos casos de necessidade no seu conjunto em vez de avaliar a única regra em questão — seria insensato fundar qualquer conclusão unicamente sobre os dados globais do mês de Março de 1998. Como sugere a Comissão, o tribunal nacional deveria proceder a outras investigações antes de poder tirar conclusões justas; outros recrutamentos deveriam então ser

11 — V. acórdãos do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1981, Jenkins (96/80, Recueil, p. 911, n.° 13); de 13 de Maio de 1986, Bilka (170/84, Colect., p. 1607, n.° 29); de 6 de Fevereiro de 1996, Lewark (C-457/93, Colect., p. I-243, n.° 28), e de 7 de Março de 1996, Freers e Speckmann (C-278/93, Colect., p. I-1165, n.° 22).

12 — V., por exemplo, nos n.os 63 e 64 do acórdão Seymour-Smith e Perez, citado na nota 8, onde o Tribunal não julgou «considerável» a diferença entre 77,4% de homens e 68,9% de mulheres.

examinados. No entanto, não consideramos que os outros números apresentados pelo Land Hessen provam qualquer ponto específico. Se, como parece ser o caso, as sessões principais do primeiro exame de Estado se verificam uma ou duas vezes por ano, mas as admissões ao estágio preparatório têm lugar de dois em dois meses, e se a discriminação existe da maneira alegada, poderíamos esperar encontrar uma percentagem mais elevada de homens nas admissões imediatamente depois de cada sessão e uma percentagem mais elevada de mulheres nas admissões que precedem a sessão seguinte. Ora, se não levamos em consideração o número de homens que beneficiam de prioridade em virtude do único critério do cumprimento do serviço nacional obrigatório, verificamos que foi atribuído um lugar a 27 homens em Março de 1998 (17 dos quais segundo o regime dos «casos de necessidade»), contra 46 mulheres (23 das quais segundo o regime dos «casos de necessidade»). Assim, estes números não parecem indicar qualquer discriminação para lá da relacionada com a regra em questão, pela qual a conclusão é inevitável.

— A regra em questão é «justificada por factores objectivos sem relação com qualquer discriminação em razão do sexo»?

47. A fórmula habitual do Tribunal pode parecer banal. Afirmar que não há discriminação em razão do sexo quando uma desigualdade de tratamento é justificada por factores sem relação com qualquer discriminação em razão do sexo parece uma evidência. Contudo, em conformidade com a definição da Directiva 97/80 [13], consideramos que significa que uma discriminação (indirecta) não é ilegal, quando a desigualdade de tratamento é justificada por factores objectivos que não são (ou seja, directamente) ligados ao sexo.

48. Pode ser útil sublinhar aqui que o regime dos «casos de necessidade» em geral não tem por efeito impor uma desigualdade de tratamento a um conjunto de pessoas que beneficiariam de condições idênticas. A desigualdade de tratamento resulta da necessidade de limitar o número de candidatos que obtêm um lugar em cada estágio. Quando o número de candidatos qualificados não excede o número de lugares disponíveis, todos os candidatos são tratados da mesma maneira. Quando o número de lugares disponíveis é insuficiente em relação ao número de candidatos qualificados, alguns deles devem ser tratados menos favoravelmente do que os outros. O regime dos «casos de necessidade» prevê certas prioridades fundadas sobre o princípio claro de uma distribuição tão justa quanto possível dos inevitáveis inconvenientes, tratando mais favoravelmente — na presente fase — os que têm já sofrido certos inconvenientes e menos favoravelmente os que não sofreram certos inconvenientes. É igualmente útil recordar que a prioridade atribuída produz efeitos unicamente quanto ao momento da atribuição de um estágio, e isto unicamente em limites temporais definidos.

13 — V. *supra*, n.° 32.

49. No que diz respeito ao critério do cumprimento do serviço nacional obrigatório, existe uma justificação fundada sobre factores objectivos que — como o próprio critério — não são directamente ligados ao sexo. A regra em questão é destinada a compensar (ou, sobretudo, a evitar agravar) um atraso de aproximadamente um ano no início dos estudos de direito. Esta desvantagem é definida objectivamente e aplica-se unicamente às pessoas de um só sexo, porque a lei (de momento) a impõe unicamente às pessoas de um só sexo. Assim, as medidas destinadas a atenuar os seus efeitos não encaixam na definição de discriminação ilegal — a menos que as pessoas do outro sexo sofram de uma outra desvantagem comparável face a qual nenhuma medida equivalente foi tomada (e, como indicámos acima, tal questão não se põe no presente processo) ou que tais medidas vão além do necessário para compensar esta desvantagem (a regra em questão não é susceptível de conceder uma vantagem superior a doze meses, o que corresponde ao atraso sofrido devido ao cumprimento do serviço nacional obrigatório).

50. Não ignoramos que as sexta e sétima questões do tribunal nacional concerne à preocupação que o atraso das carreiras dos homens, devido ao cumprimento do serviço nacional obrigatório, não deveria ser compensado em detrimento das mulheres, na medida em que as mulheres sofrem ulteriormente atrasos ainda mais longos relacionados com a maternidade. No entanto, a regra em questão refere-se à desvantagens já sofridas e objectivamente determináveis, e não a futuras desvantagens, estatisticamente prováveis, embora incertas.

51. Isto não quer dizer que medidas adequadas tomadas para compensar os atrasos sofridos devido à maternidade seriam constitutivas de uma discriminação ilegal. Não seria evidentemente o caso — elas são autorizadas pelo artigo 2.°, n.° 4, da Directiva 76/207 e, agora, pelo artigo 141.°, n.° 4, CE. Contudo, o facto de estas medidas serem legais — e recomendáveis — se forem tomadas, não implica que a sua ausência possa tornar outras medidas ilegais para compensar os efeitos de outros atrasos, definidos objectivamente.

— A regra em questão pode ser justificada nos termos do artigo 2.°, n.° 4, da Directiva 76/207 (acção positiva)?

52. Consideramos que a regra em questão não conduz a nenhuma discriminação ilegal porque a desigualdade de tratamento é justificada por factores objectivos e sem relação directa com o sexo. Consideramos consequentemente que não é necessário examinar o artigo 2.°, n.° 4. No entanto,

qualquer exame de justificações eventuais em relação a esta disposição [14] teria que levar em conta, em larga medida, considerações idênticas às expostas acima a respeito de uma justificação objectiva.

53. Seja como for, parece ser claro que o tribunal nacional está errado quando sugere que o artigo 2.°, n.° 4, é aplicável unicamente às medidas tomadas em favor das mulheres. A Comissão tem razão em sublinhar que a directiva é aplicável à igualdade de tratamento dos homens e das mulheres, e que a referência às «desigualdades de facto que afectam as oportunidades das mulheres» é meramente um exemplo. O facto de que somente as mulheres sejam citadas neste exemplo tem de ser atribuído ao facto de a maioria das discriminações existentes em razão do sexo, que sejam directas ou indirectas, serem em seu detrimento.

— O artigo 6.° da Directiva 76/207 pode conferir um direito de acesso à formação sem existir direito a indemnização?

54. À luz da nossa conclusão a respeito da questão da discriminação, consideramos que a última questão do tribunal nacional não necessita de resposta.

55. Se, no entanto, o Tribunal tivesse que dar uma resposta, pareceria justo insistir na jurisprudência claramente expressa de que qualquer pessoa tem direito a um recurso efectivo contra as infracções ao princípio da igualdade de tratamento [15]. Conforme as explicações do Tribunal de Justiça no acórdão Marshall II [16] quanto ao sentido da disposição do artigo 6.° da directiva, medidas devem existir para restabelecer a igualdade, quando esta não foi respeitada; no presente processo, tais medidas deveriam implicar quer garantir um acesso não discriminatório ao estágio quer, se isso não for possível, conceder uma compensação financeira adequada para permitir a compensação dos prejuízos sofridos, devido a uma discriminação ilegal, de acordo com as regras nacionais aplicáveis.

14 — Ou, se fosse aplicável, *ratione temporis*, do artigo 141.°, n.° 4, CE.

15 — V., por exemplo, o acórdão Coote, já referido na nota 3, n.° 22.

16 — Acórdão de 2 de Agosto de 1993 (C-271/91, Colect., p. I-4367, n.os 17 a 26, e em particular os n.os 24 a 26).

Conclusão

56. Em conclusão, sugerimos ao Tribunal que responda às questões submetidas pelo Verwaltungsgericht Frankfurt-am-Main nos seguintes termos:

«As leis, regulamentos e disposições administrativas de um Estado-Membro que regulam a ordem de prioridade de admissão a uma formação profissional incluem-se no âmbito de aplicação 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, e devem ser conformes com o princípio da igualdade de tratamento estabelecido por esta directiva.

Uma regulamentação que concede a prioridade de acesso a uma formação profissional a todas as pessoas que cumpriram uma obrigação legal imposta às pessoas de um só sexo não constitui uma discriminação directamente fundada sobre o sexo, mas pode determinar uma discriminação indirectamente fundada sobre o sexo.

Tal regulamentação, no entanto, é justificada por factores objectivos que não são directamente ligados ao sexo, quando se limita a compensar um atraso já sofrido devido ao respeito da obrigação legal em questão, e quando as pessoas do outro sexo não são sujeitas a qualquer atraso de natureza comparável para qual não há nenhuma compensação equivalente; nestas circunstâncias, a desigualdade de tratamento não constitui uma discriminação ilegal.»