ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

6 de Julho de 2000 *

No processo C-407/98,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), pela Överklagandenämnden för Högskolan (Suécia), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Katarina Abrahamsson,

Leif Anderson

e

Elisabet Fogelqvist,

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 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),

* Língua do processo: sueco.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: D. A. O. Edward, presidente de secção, L. Sevón, P. J. G. Kapteyn (relator), P. Jann e H. Ragnemalm, juízes,

advogado-geral: A. Saggio,
secretário: R. Grass,

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação de L. Anderson, pelo próprio,

— em representação do Governo sueco, por A. Kruse, departementsråd no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por K. Oldfelt, consultora jurídica principal, e A. Aresu, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes,

visto o relatório do juiz-relator,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 16 de Novembro de 1999,

profere o presente

Acórdão

1 Por decisão de 14 de Outubro de 1998, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 26 de Outubro seguinte, a Överklagandenämnden för Högskolan (comissão de recursos de decisões dos estabelecimentos de ensino superior), colocou, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), quatro questões prejudiciais 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 Estas questões foram suscitadas no quadro de um litígio que opõe K. Abrahamsson e L. Anderson à E. Fogelqvist relativamente à nomeação desta última como professora de ciências da hidrosfera na Universidade de Göteborg.

Enquadramento jurídico

Direito comunitário

3 O artigo 2.°, n.^{os} 1 e 4 da directiva dispõe:

«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 a 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 De acordo com 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 recomendava 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, afim:

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, afim 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 artigo 141.° (ex-artigo 119.°), n.° 4, do Tratado que institui a Comunidade Europeia, anexa à acta final do 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.»

A lei nacional

7 A jämställdhetslagen (1991:433) (lei sueca relativa à igualdade) prevê, no seu § 16, segundo parágrafo, ponto 2, que as medidas de discriminação positiva são autorizadas no caso de contribuírem para o esforço com vista a promover a igualdade na vida profissional. Este artigo dispõe:

«Considera-se que existe uma discriminação ilegal em razão de sexo quando uma entidade patronal, no recrutamento, promoção ou formação com vista à promoção, nomeia uma pessoa em vez de outra do sexo oposto, se bem que a pessoa não escolhida satisfaça melhor as condições objectivas para ocupar este lugar ou participar na formação.

Essas condições não se aplicam quando a entidade patronal puder provar que:

1) a decisão não tem nexo directo ou indirecto com o sexo da pessoa desfavorecida;

2) a decisão entra no âmbito de esforços a favor da igualdade entre homens e mulheres na vida profissional, ou

3) a decisão é justificada por ter em conta um interesse moral ou outro interesse particular que não deve manifestamente ceder ao interesse da igualdade na vida profissional.»

8 O § 15 do capítulo 4 do högskoleförordningen (1993:100) (regulamento sueco sobre o ensino superior), na sua versão em vigor antes de 1 de Janeiro de 1999 (a seguir «regulamento 1993:100»), dispõe, no que se refere às razões de promoção e de nomeação para os lugares de ensino:

«As razões para a nomeação para um lugar de ensino devem ser os méritos de natureza científica, artística, pedagógica, administrativa ou outra relacionado com o conteúdo disciplinar do lugar a prover e com a sua natureza em geral. Deve igualmente ser tida em conta a capacidade do candidato para informar sobre a sua investigação e o seu trabalho de desenvolvimento.

Devem igualmente ser tidas em conta, quando da nomeação, razões objectivas que concordem com os fins gerais da política do mercado de trabalho, da igualdade, da política social e da política de emprego.»

9 O § 15-A do capítulo 4 do regulamento 1993:100 institui uma forma de discriminação positiva específica no caso em que uma escola superior decidiu que tal discriminação pode ser concretizada quando do provimento de lugares ou de certas categorias de lugares com vista a favorecer a igualdade na actividade profissional. Neste caso, um candidato pertencente a um sexo sub-representado e que possua qualificações suficientes para o lugar pode ser escolhido prioritariamente em relação a um candidato pertencente ao sexo oposto que se assim não fosse seria escolhido, desde que a diferença entre as qualificações respectivas não seja de uma importância tal que a aplicação da regra seria contrária à exigência de objectividade no provimento do lugar.

10 Em conformidade com o § 16 do capítulo 4 do regulamento 1993:100, num processo de provimento de um professor, deve ser atribuída uma importância particular às competências científicas e pedagógicas.

11 Segundo o § 4, n.º 2 da lagen (1994:260) om offentlig anställning (lei sueca da função pública), aplicável às autoridades públicas, deve ser dada prioridade à competência se nenhuma razão particular justificar que se proceda de outra forma. Resulta dos trabalhos preparatórios desta disposição que o objectivo da igualdade pode constituir uma tal razão particular.

12 O förordningen (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte (regulamento sueco relativo a determinados empregos de professor e assistente de investigação criados com o objectivo de favorecer a igualdade, a seguir «regulamento 1995:936») entrou em vigor em 1 de Julho de 1995.

13 Resulta dos trabalhos preparatórios deste regulamento (proposta 1994/95:164) que, segundo o Governo sueco, a evolução para uma repartição mais equitativa entre os sexos nos corpos docentes processa-se a um ritmo particularmente lento, de forma que se impõe um esforço extraordinário com vista a assegurar, a curto prazo, aumentos significativos do número de professores do sexo feminino. O regulamento 1995:936 traduz este esforço pontual, cuja finalidade é aplicar, se necessário e quando for possível, medidas ditas de discriminação positiva. Na sequência de uma decisão do Governo sueco de 14 de Março de 1996 (dnr U 96/91), este esforço abrangeu 30 lugares de professor.

14 Os §§ 1 a 3 do regulamento 1995:936 dispõem:

«§ 1

O presente regulamento refere-se aos lugares de professor e de assistente de investigação que são criados e providos por afectação especial durante o exercício

orçamental de 1995/96 em determinadas universidade e escolas superiores do Estado no quadro do esforço para favorecer a igualdade na vida profissional.

§ 2

As universidades e escolas superiores às quais são concedidas estas afectações devem criar e prover estes lugares em conformidade com o [regulamento 1993:100], tendo em conta as derrogações enunciadas nos §§ 3 a 5 do presente regulamento. Estas derrogações só se aplicam contudo na primeira vez em que estes lugares são providos.

§ 3

Quando da nomeação, as disposições do § 15-A do capítulo 4 do [regulamento 1993:100] são substituídas pelas disposições seguintes.

A um candidato pertencente a um sexo sub-representado que possua qualificações suficientes em conformidade com o § 15, primeiro parágrafo, do capítulo 4 do [regulamento 1993:100] deve ser atribuída uma prioridade em relação a um candidato do sexo oposto que se assim não fosse teria sido escolhido ('discriminação positiva'), no caso de tal se afigurar necessário para que seja nomeado um candidato pertencente ao sexo sub-representado.

Deve contudo ser afastada a discriminação positiva quando a diferença entre as qualificações dos candidatos é tão importante que daí resultaria uma inobservância da exigência de objectividade no provimento do lugar.»

15 Resulta da proposta 1994/95:164 que a limitação que figura no § 3, terceiro parágrafo, do regulamento 1995:936 foi inserida em consideração do § 9 do capítulo 11 da Constituição sueca, segundo o qual, no quadro das nomeações para as funções do Estado, só são tomados em consideração critérios objectivos, tais como os méritos (duração dos serviços anteriores), e a competência (aptidão para ocupar o lugar demonstrado pela formação teórica e prática e pela experiência anterior). Vem igualmente declarado, na proposta de 1994/95:164, que, «se bem que o objectivo com vista a favorecer a igualdade constitua uma razão objectiva nos termos da Constituição sueca, resulta desta disposição que a diferença de nível de méritos permitida em caso de discriminação positiva está sujeita a determinados limites».

O litígio no processo principal e as questões prejudiciais

16 Em 3 de Junho de 1996, a Universidade de Göteborg anunciou a vaga de uma cátedra de professor de ciências da hidrosfera. A oferta de emprego indicava que a designação para este lugar devia contribuir para promover a igualdade dos sexos na vida profissional e que poderia ser aplicada uma discriminação positiva em conformidade com o regulamento 1995:936.

17 Apresentaram-se oito candidatos, entre os quais as Sr.as K. Abrahamsson, G. Destouni e E. Fogelqvist e o Sr. L. Anderson.

18 A comissão de nomeação das faculdades de ciências (a seguir «júri»), encarregada da selecção procedeu, a dois votos, o primeiro dos quais tinha em conta unicamente as qualificações científicas dos candidatos. Nessa votação, L. Anderson ficou em primeiro lugar com cinco votos e G. Destouni obteve três votos. Na segunda votação, tomando em conta tanto os méritos científicos como o regulamento 1995:936, G. Destouni ficou em primeiro lugar com seis votos contra dois para L. Anderson. O júri propôs ao reitor da Universidade de Göteborg de, nomear G. Destouni, indicando expressamente que a nomeação desta candidata em lugar de L. Anderson não constituía uma inobservância da

exigência de objectividade na acepção do § 3, terceiro parágrafo, do regulamento 1995:936. Remetendo, nos dois casos, para os relatórios de peritos, o júri classificou L. Anderson em segundo e E. Fogelqvist em terceiro.

19 Depois de G. Destouni ter retirado a sua candidatura, o reitor da universidade decidiu, em 27 de Junho de 1997, recorrer novamente ao júri para que este se pronunciasse sobre as candidaturas restantes à luz da igualdade entre homens e mulheres e, mais precisamente, sob o ângulo do regulamento 1995:936 e do plano de igualdade homens-mulheres da universidade. Em 6 de Novembro de 1997, o júri declarou que não podia reexaminar o processo tendo em conta estes elementos uma vez que o aspecto da igualdade já tinha sido tomado em conta quando da primeira decisão. Relativamente ao restante, declarou que uma maioria dos seus membros considerava que a diferença entre L. Anderson e E. Fogelqvist era considerável, mas que lhe era difícil interpretar o alcance do § 3, terceiro parágrafo, do regulamento 1995:936.

20 Em 18 de Novembro de 1997, o reitor da universidade de Göteborg decidiu nomear E. Fogelqvist para a cátedra de professor. Na sua decisão, o reitor fez referência ao regulamento 1995:936 e ao plano de igualdade homens-mulheres da universidade e indicou que a diferença entre os méritos respectivos de L. Anderson e de E. Fogelqvist não era tão considerável que a discriminação positiva a favor desta última constituísse uma inobservância da exigência de objectividade no provimento do lugar.

21 L. Anderson e K. Abrahamsson recorreram para a Överklagandenämnden för Högskolan. L. Anderson alegou que a nomeação era contrária não só ao disposto no § 3 do regulamento 1995:936 como ao acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Outubro de 1995, Kalanke (C-450/93, Colect., p. I-3051). K. Abrahamsson sustentou que a apreciação dos candidatos pelo júri não tinha sido igual e que a sua produção científica era melhor do que a de E. Fogelqvist. Reconheceu contudo que os méritos de L. Anderson eram superiores aos seus.

22 Em 13 de Março de 1998, o júri, novamente reunido, referiu que não tinha razões para rever as suas posições anteriores. Em 26 de Junho de 1998, o reitor pronunciou-se igualmente de forma negativa sobre os recursos.

23 A Överklagandenämnden considerou que L. Anderson e E. Fogelqvist eram os candidatos mais qualificados e que resultava da investigação efectuada que L. Anderson era nitidamente mais competente no plano científico do que E. Fogelqvist. No que se refere às competências pedagógicas, nenhum dos dois candidatos podia, segundo a Överklagandenämnden, ser considerado nitidamente mais qualificado do que o outro. O critério da competência administrativa também não se revelava determinante e, embora se pudesse considerar que E. Fogelqvist possuía quanto a este ponto uma certa vantagem, esta era contudo de natureza bastante limitada.

24 A Överklagandenämnden indicou ainda que, por tradição e segundo a jurisprudência aplicável, atribui-se uma importância particular, na apreciação de conjunto, aos méritos científicos. No caso concreto, a ligeira superioridade de E. Fogelqvist no plano administrativo não podia compensar a superioridade de L. Anderson no plano científico. Por conseguinte, a questão de princípio que se colocava era saber se, quando de uma apreciação em conformidade com o regulamento 1995:936 sobre a discriminação positiva, a pertença de E. Fogelqvist a um sexo sub-representado podia compensar a vantagem de E. Anderson e se, além disso, a aplicação do regulamento 1995:936 era conforme ao direito comunitário e, nomeadamente, ao artigo 2.°, n.° 4, da directiva.

25 No que se refere à aplicação do regulamento 1995:936, a Överklagandenämnden alegou que o alcance da limitação do seu § 3, terceiro parágrafo (observância da exigência de objectividade no provimento do lugar), às medidas de discriminação positiva não era esclarecido por outras fontes de natureza jurídica. Avançou contudo que podia presumir-se que esta limitação significa que o objectivo de igualdade deve ser ponderado com o desejo de que funções importantes para a sociedade, tais como a investigação e o ensino superior, sejam exercidas com a maior eficiência possível. Neste contexto, pareceu à Överklagandenämnden que a exigência de objectividade implica que uma medida de discriminação positiva não possa ser aplicada quando manifestamente se arrisca a reduzir o nível de

eficiência no âmbito das referidas funções no caso de o candidato mais qualificado não ter sido escolhido. A Överklagandenämnden considerou que, no âmbito de uma apreciação do processo principal à luz deste critério, não se revelava claramente uma inobservância da exigência de objectividade em caso de nomeação de E. Fogelqvist.

26 No que se refere à questão da compatibilidade da forma de discriminação positiva prevista no § 3 do regulamento 1995:936 com o direito comunitário, a Överklagandenämnden considerou que as disposições da directiva não dão uma resposta inequívoca. Após ter realçado que o significado da excepção ao princípio da igualdade de tratamento, previsto no artigo 2.°, n.° 4, da directiva, tinha sido, em certa medida, examinado pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Kalanke, já referido, e de 11 de Novembro de 1997, Marschall (C-409/95, Colect., p. I-6363), a Överklagandenämnden considerou que não era contudo manifestamente inútil interrogar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação do direito comunitário na matéria, em conformidade com o artigo 177.° do Tratado CE.

27 Nestas condições, a Överklagandenämnden för Högskolan decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as quatro questões prejudiciais seguintes:

«1) O artigo 2.°, n.^{os} 1 e 4, da directiva do Conselho das Comunidades Europeias, 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 (76/207/CEE), constitui obstáculo a uma legislação nacional segundo a qual um candidato de um sexo sub-representado com qualificações suficientes para um lugar na função pública seja nomeado com preferência sobre um candidato do sexo oposto que, se assim não fosse, seria nomeado ('discriminação positiva'), se tal for necessário para a nomeação dum candidato do sexo sub-representado e em que, segundo a mesma legislação, a aplicação da discriminação positiva só deixará de ser feita se a diferença entre as qualificações dos candidatos for de tal forma ampla que tal aplicação seria contrária à exigência de objectividade no provimento do lugar?

2) Se a resposta à primeira questão for afirmativa, a aplicação da discriminação positiva em tal caso é proibida mesmo que a legislação nacional restrinja as possibilidades de nomeação, *quer* a um número limitado de lugares antecipadamente determinado (como segundo o regulamento 1995:936) *quer* a lugares que são criados no âmbito de um programa especificamente estabelecido numa escola superior segundo o qual é aplicável a discriminação positiva (como nos termos do capítulo 4, § 15-A, do regulamento 1993:100)?

3) Se a resposta à segunda questão de qualquer forma implicar que tal discriminação positiva é proibida, pode então a regra, baseada na prática administrativa sueca e no capítulo 4, § 15, segundo parágrafo, do regulamento 1993:100, — admitida pela Överklagandenämnden — de que um candidato que pertença a um sexo sub-representado terá preferência sobre um candidato do sexo oposto, no pressuposto de que os candidatos podem ser considerados iguais ou quase iguais no que se refere ao mérito, ser de qualquer forma considerada contrária à directiva referida na primeira questão?

4) Para apreciação das questões *supra*, faz alguma diferença o facto de a legislação dizer respeito ao preenchimento de lugares inferiores no quadro de um órgão da administração ou dos lugares mais elevados na hierarquia desse órgão?»

Quanto à admissibilidade

28 Antes de responder às questões colocadas, importa examinar se a Överklagandenämnden för Högskolan deve ser considerada um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado.

29 Para apreciar se um organismo possui a natureza de um órgão jurisdicional na acepção desta disposição, questão que releva unicamente do direito comunitário, o Tribunal de Justiça tem em conta um conjunto de elementos, tais como a origem legal do órgão, a sua permanência, o carácter obrigatório da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação pelo órgão das normas de direito, bem como a sua independência (v., nomeadamente, acórdão de 21 de Março de 2000, Gabalfrisa e o., C-110/98 a C-147/98, Colect., p. I-1577, n.º 33).

30 No caso vertente, a Överklagandenämnden, que é um órgão permanente, foi instituído pela högskolelagen (1992:1434) (lei do ensino superior, a seguir «lei 1992:1434»), cujo § 1, n.º 1, do capítulo 5 dispõe que uma comissão de recurso especial examina os recursos de determinadas decisões tomadas em matéria de ensino superior.

31 Resulta do förordningen (1992:404) med instruktion för Överklagandenämnden för Högskolan (regulamento que contém as instruções aplicáveis à comissão de recurso do ensino superior) que, entre os oito membros da Överklagandenämnden, o presidente e o vice-presidente devem ser ou ter sido juízes titulares. Entre os outros membros, pelo menos três devem ser juristas. Todos os membros são nomeados pelo governo.

32 A Överklagandenämnden examina de maneira autónoma os recursos de decisões de provimento de lugares na universidade e nas escolas superiores. Em conformidade com o § 9 do capítulo 1 da Constituição sueca, deve tomar em consideração neste contexto a igualdade de todos perante a lei e fazer respeitar a objectividade e a imparcialidade. Em conformidade com o § 7, do capítulo 11 da Constituição sueca, nenhuma autoridade, nem mesmo o Parlamento, pode decidir da forma como a Överklagandenämnden deve julgar um determinado processo que lhe é submetido. Só são examinados os recursos com vista a declarar que o próprio recorrente deveria ter sido nomeado para um lugar.

33 A Överklagandenämnden está em condições de julgar quando estão presentes o presidente e pelos menos três outros membros, um dos quais pelo menos é um jurista. As normas respeitantes ao processo na Överklagandenämnden estão contidas na förvaltningslagen (1986:223) (lei sobre a gestão administrativa, a seguir «lei 1986:223»). Os processos são normalmente decididos após um relatório a que se segue a possibilidade facultada às partes de apresentarem observações e de tomarem conhecimento das informações fornecidas por outras partes. Está igualmente prevista uma audiência.

34 A apreciação conduz a uma decisão obrigatória que não é susceptível de recurso (§ 1, n.° 2, do capítulo 5 da lei 1992:1434).

35 Resulta das disposições legislativas e regulamentares mencionadas nos n.^{os} 30 a 34 do presente acórdão que a Överklagandeämnden tem uma origem legal e um carácter permanente, que, embora sendo uma autoridade administrativa, está investida de uma função jurisdicional, que aplica normas de direito e que o processo perante ela é de natureza contraditória, mesmo que a lei 1986:223 não o indique expressamente.

36 No que se refere ao critério da independência, resulta das disposições constitucionais suecas, mencionadas no n.° 32 do presente acórdão, que a Överklagandenämnden julga sem receber qualquer instrução e com total imparcialidade os recursos de certas decisões tomadas nas universidades e nas escola superiores.

37 Tais garantias conferem à Överklagandenämnden a qualidade de terceiro relativamente às instâncias que adoptaram a decisão objecto do recurso e a independência necessária para poder ser considerada um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado.

38 Resulta do que antecede que a Överklagandenämnden för Högskolan deve ser considerada um órgão jurisdicional na acepção do artigo 177.° do Tratado, de forma que as questões prejudiciais são admissíveis.

Quanto ao mérito

Observações liminares

39 A título liminar, importa antes de mais observar que, com as suas questões, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva se opõe a uma regulamentação nacional, como a regulamentação sueca em causa no processo principal, que prevê, no sector do ensino superior, uma discriminação positiva no emprego a favor de candidatos pertencentes ao sexo que está sub-representado.

40 A interpretação do artigo 141.°, n.° 4, CE, que incide sobre tais medidas, só apresenta utilidade para a solução do litígio no processo principal no caso de o Tribunal de Justiça considerar que o referido artigo 2.° se opõe a uma regulamentação nacional tal como a do caso em apreço no processo principal.

41 Importa seguidamente recordar que, nos termos do artigo 1.°, n.° 1, da directiva, esta tem em vista a realização, nos Estados-Membros, do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere, nomeadamente, ao acesso ao emprego, que inclui a promoção, e à formação profissional. Em conformidade com o artigo 2.°, n.° 1, da directiva, este princípio implica a ausência de qualquer discriminação em razão de sexo, quer directa quer indirectamente.

42 Todavia, nos termos do seu artigo 2.°, n.° 4, a directiva não constitui obstáculo a 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 nos domínios referidos no n.° 1 do artigo 1.°

43 Importa recordar finalmente que, no seu acórdão de 28 de Março de 2000, Badeck e o. (C-158/97, Colect., p. I-1875, n.° 23), o Tribunal de Justiça declarou 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.

Quanto à primeira questão

44 Na primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 2.°, n.^{os} 1 e 4, se opõem a uma regulamentação nacional como a regulamentação sueca em causa no processo principal, segundo a qual um candidato a um emprego público pertencendo ao sexo sub-representado e possuindo qualificações suficientes para esse emprego deve ser escolhido prioritariamente a um candidato do sexo oposto que teria, de outro modo, sido nomeado, isto no caso de esta medida ser necessária para que um candidato pertencente ao sexo sub-

representado seja nomeado e de a diferença entre os méritos respectivos dos candidatos não ser de tal importância que daí resultasse uma inobservância da exigência de objectividade no provimento do lugar.

45 Importa observar desde já que, diversamente das regulamentações nacionais em matéria de discriminação positiva examinadas pelo Tribunal de Justiça nos já referidos acórdãos Kalanke, Marshall e Badeck e o., a regulamentação nacional em causa no processo principal permite dar prioridade a um candidato pertencente ao sexo sub-representado que, embora suficientemente qualificado, não possui uma qualificação igual à de outros candidatos do sexo oposto.

46 Um processo de selecção dos candidatos a um emprego efectua-se, em princípio, através da apreciação das suas qualificações à luz dos imperativos do lugar vago e da função a exercer.

47 Ora, nos n.^{os} 31 e 32 do acórdão Badeck e o., já referido, o Tribunal de Justiça declarou que é legítimo ter em conta, para efeitos de tal apreciação, certos critérios positivos e negativos que, embora formulados em termos neutros quanto ao sexo, e dos quais podem beneficiar também os homens, favorecem em geral as mulheres. É assim que pode ser decidido que a antiguidade, a idade e a data da última promoção apenas sejam tomadas em conta na medida em que tiverem importância para a aptidão, a qualificação e a capacidade profissional dos candidatos ou candidatas. Das mesma forma, pode prever-se que a situação familiar ou o rendimento do companheiro ou da companheira não tenham qualquer influência e que os empregos a tempo parcial, as licenças e os atrasos para a obtenção dos diplomas de formação ligados à necessidade do se ocupar dos filhos ou dos pais que requerem cuidados não tenham qualquer efeito negativo.

48 Com efeito, tais critérios visam manifestamente conduzir a uma igualdade substancial e não formal reduzindo as desigualdades de facto que podem surgir na vida social e, assim, prevenir ou compensar, em conformidade com o

artigo 141.°, n.° 4, CE, desvantagens na carreira profissional das pessoas que pertencem ao sexo sub-representado.

49 Importa sublinhar a este propósito que a aplicação de critérios como os mencionados no n.° 47 do presente acórdão deve ser efectuada de maneira transparente e poder ser controlada a fim de excluir qualquer apreciação arbitrária da qualificação dos candidatos.

50 No que se refere ao processo de selecção em causa no processo principal, não resulta da regulamentação sueca aplicável que a apreciação da qualificação dos candidatos à luz dos imperativos do lugar vago se baseie em critérios claros e certos susceptíveis de prevenir ou de compensar desvantagens na carreira profissional das pessoas que pertencem ao sexo sub-representado.

51 Pelo contrário, segundo esta regulamentação, um candidato a um emprego público que pertença ao sexo sub-representado e que possua qualificações suficientes para esse emprego deve ser escolhido prioritariamente a um candidato de sexo oposto que, de outro modo, teria sido nomeado, isto no caso de esta medida ser necessária para que o candidato pertencente ao sexo sub-representado seja nomeado.

52 Daqui resulta que a regulamentação em causa no processo principal concede de forma automática a prioridade aos candidatos que pertencem ao sexo sub-representado, desde que estes sejam suficientemente qualificados, com a única condição de a diferença entre os méritos dos candidatos de cada um dos sexos não ser de uma importância tal que daí resultasse uma inobservância da exigência de objectividade no provimento do lugar.

53 Neste contexto, importa realçar que o alcance desta condição não pode ser determinado de forma precisa, pelo que a selecção de um candidato, entre os que têm qualificações suficientes, assenta, afinal, unicamente na pertença ao sexo sub-representado, e isto mesmo que os méritos do candidato assim escolhido sejam inferiores aos de um candidato do sexo oposto. Acresce que as candidaturas não são submetidas a uma apreciação objectiva tendo em conta situações particulares de ordem pessoal de todos os candidatos. Daqui resulta que tal método de selecção não é susceptível de ser legitimado pelo artigo 2.°, n.° 4, da directiva.

54 Nestas condições, importa determinar se uma regulamentação como a que está em causa no processo principal se justifica nos termos do artigo 141.°, n.° 4, CE.

55 Quanto a este aspecto, basta verificar que, embora o artigo 141.°, n.° 4, CE autorize os Estados-Membros a manter ou adoptar medidas que prevejam regalias específicas destinadas a prevenir ou compensar desvantagens na carreira profissional, a fim de assegurar a plena igualdade entre homens e mulheres na vida profissional, não pode daí deduzir-se que esta disposição permite um método de selecção como o que está em causa no processo principal, que se revela, em qualquer hipótese, desproporcionado em relação ao objectivo prosseguido.

56 Assim, deve responder-se à primeira questão que o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva e o artigo 141.°, n.° 4, CE se opõem a uma regulamentação nacional segundo a qual um candidato a um emprego público pertencendo ao sexo sub-representado e possuindo qualificações suficientes para este emprego deve ser escolhido prioritariamente a um candidato do sexo oposto que teria, de outro modo, sido nomeado, isto no caso de esta medida ser necessária para que um candidato pertencente ao sexo sub-representado seja nomeado e de a diferença entre os méritos respectivos dos candidatos não ser de tal importância que daí resultasse uma inobservância da exigência de objectividade no provimento do lugar.

Quanto à segunda questão

57 Na segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva se opõe igualmente a essa regulamentação nacional na hipótese de a mesma se aplicar unicamente quer aos processos com vista ao provimento de um número previamente limitado de lugares, quer aos lugares criados no quadro de um programa específico de uma escola superior particular que permita a aplicação de medidas de discriminação positiva.

58 Quanto a este aspecto, basta observar que o facto de restringir o âmbito de aplicação de uma medida de discriminação positiva como a que está em causa não é susceptível de alterar o seu carácter absoluto e desproporcionado.

59 Deve, portanto, responder-se à segunda questão que o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva e o artigo 141.°, n.° 4, CE se opõem igualmente a uma tal regulamentação nacional na hipótese da mesma se aplicar unicamente quer aos processos com vista ao provimento de um número previamente limitado de lugares, quer aos lugares criados no quadro de um programa específico de uma escola superior particular que permite a aplicação de medidas de discriminação positiva.

Quanto à terceira questão

60 Na terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 2.°, n.os 1 e 4, da directiva se opõe a uma regra jurisprudencial nacional, segundo a qual pode ser concedida a um candidato que pertence ao sexo sub-representado a prioridade relativamente a um concorrente do sexo oposto, desde que os candidatos possuam méritos equivalentes ou sensivelmente equivalentes.

61 Quanto a este aspecto, basta realçar que, como foi recordado no n.º 43 do presente acórdão, tal regra deve ser considerada compatível com o direito comunitário quando as candidaturas são objecto de uma apreciação objectiva que tem em conta situações particulares de ordem pessoal de todos os candidatos.

62 Deve, portanto, responder-se à terceira questão que o artigo 2.º, n.ºs 1 e 4, da directiva não se opõe a uma regra jurisprudencial nacional, segundo a qual pode ser concedida a um candidato que pertence ao sexo sub-representado a prioridade relativamente a um concorrente de sexo oposto, desde que os candidatos possuam méritos equivalentes ou sensivelmente equivalentes, quando as candidaturas são objecto de uma apreciação objectiva que tem em conta situações particulares de ordem pessoal de todos os candidatos.

Quanto à quarta questão

63 Na quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a resposta às primeiras segunda e terceira questões varia conforme as regras nacionais que digam respeito à selecção de candidatos para lugares de nível inferior ou para lugares de nível elevado.

64 Quanto a este aspecto, basta realçar que o direito comunitário não faz de forma alguma depender a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego do nível dos lugares a prover.

65 Assim, deve responder-se à quarta questão que a apreciação da conformidade das normas nacionais que instituem uma discriminação positiva no emprego no ensino superior não pode depender do nível do lugar a prover.

Quanto às despesas

66 As despesas efectuadas pelo Governo sueco e 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 (Quinta Secção),

pronunciando-se sobre as questões submetidas pela Överklagandenämnden för Högskolan, por decisão de 14 de Outubro de 1998, declara:

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, e o artigo 141.°, n.° 4, CE opõem-se a uma regulamentação nacional segundo a qual um candidato a um emprego público pertencendo ao sexo sub-representado e possuindo qualificações suficientes para este emprego deve ser escolhido prioritariamente a um candidato do sexo oposto que teria, de outro modo, sido nomeado, isto no caso de esta medida ser necessária para que um candidato pertencente ao sexo sub-representado seja nomeado e de a diferença entre os méritos respectivos dos candidatos não ser de tal importância que daí resultasse uma inobservância da exigência de objectividade no provimento do lugar.

2) O artigo 2.°, n.os 1 e 4, da Directiva 76/207 e o artigo 141.°, n.° 4, CE opõem-se igualmente a uma tal regulamentação nacional na hipótese da mesma se aplicar unicamente quer aos processos com vista ao provimento de um número previamente limitado de lugares, quer aos lugares criados no quadro de um programa específico de uma escola superior particular que permite a aplicação de medidas de discriminação positiva.

3) O artigo 2.°, n.os 1 e 4, da Directiva 76/207 não se opõe a uma regra jurisprudencial nacional, segundo a qual pode ser concedida a um candidato que pertence ao sexo sub-representado a prioridade relativamente a um concorrente de sexo oposto, desde que os candidatos possuam méritos equivalentes ou sensivelmente equivalentes, quando as candidaturas são objecto de uma apreciação objectiva que tem em conta situações particulares de ordem pessoal de todos os candidatos.

4) A apreciação da conformidade das normas nacionais que instituem uma discriminação positiva no emprego no ensino superior não pode depender do nível do lugar a prover.

Edward Sevón Kapteyn

Jann Ragnemalm

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 6 de Julho de 2000.

O secretário

R. Grass

O presidente da Quinta Secção

D. A. O. Edward