ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
17 de Outubro de 1995 *

No processo C-450/93,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, pelo Bundesarbeitsgericht, destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre

Eckhard Kalanke

e

Freie Hansestadt Bremen,

apoiada por

Heike Glißmann,

interveniente,

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, C. N. Kakouris, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet e G. Hirsch, presidentes de secção, G. F. Mancini, F. A. Schockweiler, J. C. Moitinho de Almeida, P. J. G. Kapteyn (relator), C. Gulmann e J. L. Murray, juízes,

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

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação de Eckhard Kalanke, por Rüdiger Haubrock, advogado em Brema,

— em representação da Freie Hansestadt Bremen, por Hartmuth Sager, advogado em Hamburgo,

— em representação de Heike Glißmann, por Klaus Richter, advogado em Brema,

— em representação do Governo do Reino Unido, por S. Lucinda Hudson, Assistant Treasury Solicitor, na qualidade de agente, assistida por Eleanor Sharpston, barrister,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por Marie Wolfcarius e Angela Bardenhewer, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações de Eckhard Kalanke, representado por Rüdiger Haubrock e por Karsten Kuehne, advogados em Berlim, da Freie Hansestadt Brema, representada por Gerhard Lohfeld, advogado em Brema, de Heike Glißmann, do Governo do Reino Unido e da Comissão, na audiência de 13 de Dezembro de 1994,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 6 de Abril de 1995,

profere o presente

Acórdão

1 Por acórdão de 22 de Junho de 1993, entrado no Tribunal em 23 de Novembro seguinte, o Bundesarbeitsgericht submeteu, nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, duas questões prejudiciais relativas à 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 Essas questões foram suscitadas no âmbito de um litígio que opõe E. Kalanke à Freie Hansestadt Bremen (a seguir «município de Brema»).

3 O § 4 da Landesgleichstellungsgesetz de 20 de Novembro de 1990 (lei do Land de Brema relativa à igualdade entre homens e mulheres nos serviços públicos, *Bremisches Gesetzblatt*, p. 433, a seguir «LGG»), dispõe:

«Recrutamento, mudança de colocação e promoção.

1. No recrutamento efectuado para fins que não sejam o de um estágio de formação, incluindo a titularização de um funcionário ou de um juiz, as mulheres com qualificações iguais às dos seus concorrentes masculinos devem ser prioritariamente consideradas nos sectores em que estejam em minoria.

2. Na nomeação para uma categoria mais elevada na escala dos salários, retribuições e vencimentos, as mulheres com qualificações iguais às dos seus concorrentes masculinos devem ser prioritariamente consideradas quando estejam em minoria. O mesmo acontece em caso de nomeação para outro lugar e em caso de promoção.

3. ...

4. As qualificações devem ser apreciadas tendo em vista exclusivamente as exigências da profissão, do lugar a prover ou da carreira. A experiência e as aptidões específicas, adquiridas por exemplo no âmbito das tarefas familiares, da participação na vida associativa ou de actividades de voluntariado fazem parte das qualificações, na acepção dos n.^{os} 1 e 2, quando sejam úteis ao exercício da actividade considerada.

5. Considera-se que as mulheres estão em minoria quando, num serviço, nos diversos graus da escala dos salários, retribuições e vencimentos da categoria de pessoal considerada, não constituam pelo menos metade dos efectivos. O mesmo se passa com os níveis de funções previstos no organigrama.»

4 Resulta do acórdão de reenvio que, na fase final de um processo de recrutamento destinado a prover um lugar de chefe de departamento no serviço dos espaços verdes do município de Brema, foram seleccionados dois candidatos, ambos classificados no grau III BAT:

— E. Kalanke, recorrente no processo principal, engenheiro de jardinagem paisagista diplomado, que trabalha desde 1973 como técnico de horticultura no serviço dos espaços verdes e que exerce as funções de adjunto permanente do chefe de departamento;

— H. Glißmann, engenheira paisagista diplomada desde 1983, que trabalha desde 1975 no mesmo serviço, também como técnica de horticultura.

5 O comité do pessoal não concordou com a promoção de E. Kalanke, proposta pela direcção dos serviços dos espaços verdes. Uma tentativa de arbitragem concluiu-se com uma recomendação a favor de E. Kalanke. O comité do pessoal declarou então que a arbitragem se frustrara e recorreu à comissão de conciliação. Esta, em decisão vinculativa para a entidade patronal, considerou que os dois candidatos tinham as mesmas qualificações e que, por força da LGG, devia ser dada prioridade à candidata do sexo feminino.

6 No Arbeitsgericht, E. Kalanke alegou que possui qualificações superiores às de H. Glißmann, facto que a comissão de conciliação teria ignorado. Em seu entender,

a LGG, devido ao seu regime de quotas, seria contrária à Constituição do Land de Brema, à Grundgesetz (Lei Fundamental alemã) e ao § 611 do BGB (Código Civil alemão). Todavia, o seu pedido não teve provimento no Arbeitsgericht nem, em recurso, no Landesarbeitsgericht.

7 A Primeira Secção do Bundesarbeitsgericht, em recurso de revista, considera que a solução do litígio depende essencialmente da aplicabilidade da LGG. Salienta que, se a comissão de conciliação tivesse aplicado erradamente essa lei, a sua decisão seria ilegal devido à vantagem concedida, unicamente em razão do sexo, a uma candidata com qualificações iguais. O tribunal de reenvio reitera a conclusão do Landesarbeitsgericht segundo a qual os dois candidatos eram igualmente qualificados para o lugar. Considerando-se também vinculado pela conclusão do tribunal recorrido segundo a qual existe uma minoria de mulheres no serviço dos espaços verdes, afirma que, por força do § 4, n.° 2, da LGG, a comissão de conciliação devia recusar dar o seu assentimento à nomeação do recorrente para o lugar vago.

8 O Bundesarbeitsgericht esclarece que, no caso vertente, não se trata de um regime rígido de quotas que reserve às mulheres uma certa percentagem dos lugares vagos, independentemente das suas qualificações. Trata-se, na realidade, de um regime de quotas que depende da aptidão dos candidatos. As mulheres apenas têm prioridade quando candidatos e candidatas tenham qualificações iguais.

9 O tribunal de reenvio considera que o regime de quotas é compatível com as disposições constitucionais e legislativas alemãs acima mencionadas, no n.° 6. Faz notar muito especialmente que o § 4 da LGG deve ser interpretado em conformidade com a Constituição alemã, no sentido de que, embora, em princípio, deva dar-se prioridade às mulheres em caso de promoções, a equidade deve, contudo, levar a introduzir excepções a este privilégio, caso seja necessário.

10 Aponta vários elementos susceptíveis de levar a admitir que este regime não é contrário à directiva.

11 Todavia, considerando que subsistem dúvidas a esse respeito, suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 2.°, n.° 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, deve ser interpretado no sentido de que também abrange disposições legislativas por força das quais, em caso de nomeação para uma categoria salarial mais elevada, as mulheres com qualificações iguais às dos seus concorrentes masculinos devem ser prioritariamente consideradas no caso de estarem em minoria, entendendo-se que estão em minoria se, num serviço, nos vários graus da categoria de pessoal em causa, as mulheres não constituírem pelo menos metade dos efectivos e o mesmo se verificar relativamente aos níveis de funções previstos no organigrama?

2) Em caso de resposta negativa à primeira questão.

Tendo em conta o princípio da proporcionalidade, o artigo 2.°, n.° 1, da mesma directiva deve ser interpretado no sentido de que não podem ser aplicadas disposições legislativas por força das quais, em caso de nomeação para uma categoria profissional mais elevada, as mulheres com qualificações iguais às dos seus concorrentes masculinos devem ser prioritariamente consideradas no caso de estarem em minoria, entendendo-se que estão em minoria se, num serviço, nos vários graus da categoria de pessoal em causa, as mulheres não constituírem pelo menos metade dos efectivos e o mesmo se verificar relativamente aos níveis de funções previstos no organigrama?»

12 Como as questões submetidas ao Tribunal visam ambas que seja esclarecido o conteúdo da derrogação introduzida pelo artigo 2.°, n.° 4, da Directiva 76/207 ao princípio da igualdade de tratamento, elas devem ser examinadas em conjunto.

13 Através destas questões, o tribunal de reenvio pergunta em substância se o artigo 2.°, n.^{os} 1 e 4, da directiva se opõe a uma regulamentação nacional que, como a do caso vertente, existindo qualificações iguais entre candidatos de sexos diferentes considerados para uma promoção, atribua automaticamente prioridade aos candidatos femininos nos sectores em que as mulheres estão em minoria, considerando-se que estão em minoria quando não constituam pelo menos metade dos efectivos nos vários graus da categoria de pessoal em causa e o mesmo se verifique relativamente aos níveis de funções previstos no organigrama.

14 No acórdão de reenvio, o mesmo tribunal observa que um regime de quotas, como o que está em causa, pode contribuir para ultrapassar de futuro as dificuldades actualmente sentidas pelas mulheres e que perpetuam as desigualdades do passado, uma vez que cria o hábito de as mulheres assumirem também determinadas funções mais prestigiosas. A atribuição tradicional de determinadas actividades às mulheres e a concentração do trabalho feminino nos postos inferiores da hierarquia profissional seriam contrárias aos critérios de igualdade de direitos actualmente aplicáveis. A este respeito, o tribunal nacional menciona números que demonstrariam a escassa representação das mulheres nas carreiras superiores dos serviços do município de Brema, sobretudo se não se considerarem sectores de emprego como a educação, em que a presença de mulheres nos níveis superiores é já um dado adquirido.

15 Liminarmente, há que notar que resulta do artigo 1.°, n.° 1, da directiva que ela tem em vista a realização, nos Estados-Membros, do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, entre outros aspectos no que se refere ao acesso ao emprego, incluindo a promoção. Este princípio da igualdade de tratamento implica, nos termos do artigo 2.°, n.° 1, da directiva, «a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente».

16 Ora, uma disposição nacional que prevê que, aquando de uma promoção, as mulheres que tenham qualificações iguais às dos seus concorrentes masculinos têm automaticamente prioridade nos sectores em que estão em minoria, implica uma discriminação em razão do sexo.

17 Todavia, deve examinar-se se tal disposição nacional é autorizada pelo artigo 2.°, n.° 4, nos termos do qual a 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».

18 Deve observar-se que esta disposição 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 (v. acórdão de 25 de Outubro de 1988, Comissão/França, 312/86, Colect., p. 6315, n.° 15).

19 Assim, ela autoriza medidas nacionais no domínio do acesso ao emprego, incluindo a promoção, que, favorecendo especialmente as mulheres, têm como finalidade melhorar a sua capacidade de concorrer no mercado de trabalho e de prosseguir uma carreira em pé de igualdade com os homens.

20 Como o Conselho referiu no terceiro considerando da sua Recomendação 84/635/CEE, 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».

21 Deve contudo esclarecer-se que o artigo 2.°, n.° 4, enquanto derrogação a um direito individual consagrado pela directiva, é de interpretação estrita (v. acórdão de 15 de Maio de 1986, Johnston, 222/84, Colect., p. 1651, n.° 36).

22 Ora, uma regulamentação nacional que garante prioridade absoluta e incondicional às mulheres numa nomeação ou promoção vai para além de uma promoção da igualdade de oportunidades e exorbita dos limites da excepção contida no artigo 2.°, n.° 4, da directiva.

23 Deve acrescentar-se ainda que tal sistema, ao pretender estabelecer uma igualdade de representação das mulheres relativamente aos homens em todos os graus e níveis de um serviço, substitui a promoção da igualdade de oportunidades, prevista no artigo 2.°, n.° 4, pelo resultado a que só a concretização dessa igualdade de oportunidades permitiria chegar.

24 Assim, deve responder-se ao tribunal de reenvio que o artigo 2.°, n.^{os} 1 e 4, da directiva se opõe a uma regulamentação nacional que, como a do caso vertente, existindo qualificações iguais entre candidatos de sexo diferente considerados para uma promoção, atribua automaticamente prioridade aos candidatos femininos nos sectores em que as mulheres estão em minoria, considerando-se que estão em minoria se, num serviço, nos vários graus da categoria de pessoal em causa, não constituírem pelo menos metade dos efectivos e o mesmo se verificar relativamente aos níveis de funções previstos no organigrama.

Quanto às despesas

25 As despesas efectuadas pelo Governo do Reino Unido e pela Comissão das Comunidades Europeias, 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 as questões submetidas pelo Bundesarbeitsgericht, por acórdão de 22 de Junho de 1993, 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, opõe-se a uma regulamentação nacional que, como a do caso vertente, existindo qualificações iguais entre candidatos de sexo diferente considerados para uma promoção, atribua automaticamente prioridade aos candidatos femininos nos sectores em que as mulheres estão em minoria, considerando-se que estão em minoria se, num serviço, nos vários graus da categoria de pessoal em causa, não constituírem pelo menos metade dos efectivos e o mesmo se verificar relativamente aos níveis de funções previstos no organigrama.

Rodríguez Iglesias Kakouris Edward

Puissochet Hirsch Mancini

Schockweiler Moitinho de Almeida Kapteyn

Gulmann Murray

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 17 de Outubro de 1995.

O secretário

R. Grass

O presidente

G. C. Rodríguez Iglesias