CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 5 de Março de 1996 *

Índice

I — Quanto ao enquadramento jurídico do litígio ..... I - 3290

A — As disposições comunitárias ..... I - 3290

B — A jurisprudência comunitária ..... I - 3291

C — A acção da Comissão ..... I - 3295

D — O direito nacional em causa ..... I - 3296

1) Serviços de distribuição de água, gás e electricidade ..... I - 3296

2) Serviços operacionais de saúde pública ..... I - 3297

3) Ensino público ..... I - 3298

4) Transportes marítimos e aéreos ..... I - 3298

5) Caminhos-de-ferro e transportes públicos urbanos ou interurbanos .... I - 3299

6) Investigação científica e tecnológica ..... I - 3300

7) Correios (ELTA), telecomunicações (OTE) e radiotelevisão (ET) ..... I - 3301

8) Teatro Lírico Nacional e orquestras filarmónicas municipais e de freguesias ..... I - 3301

II — Quanto à existência de um incumprimento ..... I - 3301

A — As perspectivas da jurisprudência comunitária ..... I - 3302

1) A jurisprudência consagrou o princípio de uma análise emprego por emprego? ..... I - 3302

2) Os poderes públicos nacionais podem justificar a excepção ab initio em todos os sectores da sua actividade, ou é preciso distinguir consoante os sectores? ..... I - 3305

a) Quanto à questão de uma distinção consoante os sectores de actividade ..... I - 3305

b) Quanto às grandes linhas de uma distinção consoante os sectores de actividade ..... I - 3309

* Língua original: francês.

B — A execução da escolha efectuada ..... I - 3310

1) Análise dos sectores de actividades mencionados na petição da Comissão I - 3310

2) Fundamentos apresentados pela demandada ..... I - 3311

a) O artigo 4.°, n.° 4, da Constituição helénica ..... I - 3311

b) Dificuldades políticas internas ..... I - 3312

c) Decreto presidencial n.° 12/1992 ..... I - 3313

d) Decisão judicial e decisão administrativa individual nacionais ..... I - 3314

1. No âmbito da acção por incumprimento intentada em 25 de Outubro de 1994, a Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— declarar que a República Helénica, ao impor como condição a nacionalidade helénica para o acesso a postos de trabalho:

a) que dependem de empresas e sociedades públicas, semipúblicas ou municipais, que gerem os serviços de distribuição de água, gás e electricidade;

b) que dependem dos serviços operacionais de saúde pública;

c) no ensino, no sector do ensino público, pré-primário, primário e secundário, superior e universitário, dependente do Ministério da Educação Nacional;

d) que dependem dos serviços, sociedades ou de outros organismos que gerem os meios de transporte marítimos e aéreos;

e) existentes no Serviço dos Caminhos-de-Ferro da Grécia (OSE) e nos organismos, sociedades ou empresas públicos ou municipais que gerem os serviços de transportes públicos urbanos ou interurbanos;

f) para pessoal científico e não científico dos centros públicos de investigação para fins civis;

g) que dependem dos organismos ou empresas públicos ou semipúblicos que gerem os serviços de correios (ELTA), de telecomunicações (OTE), e de radiotelevisão (ET), e

h) de músicos, no Teatro Lírico Nacional, bem como nas orquestras municipais e de freguesia

não cumpriu as obrigações que lhe incumbem, por força do artigo 48.° do Tratado CEE [1] e do Regulamento (CEE) n.° 1612/68 (artigos 1.° e 7.°) relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade [2];

— condenar a República Helénica nas despesas do processo.

2. Durante a fase pré-contenciosa, a República Helénica não contestou as análises incluídas em sete das oito notificações enviadas pela Comissão. Não respondeu à oitava notificação, relativa ao Teatro Lírico Nacional e às orquestras filarmónicas municipais e de freguesia.

3. Na sua resposta às sete primeiras notificações, prestou os seguintes esclarecimentos:

— tinha tomado a iniciativa de fazer o inventário das dificuldades eventualmente levantadas pela abolição da discriminação baseada na nacionalidade para o acesso a empregos no sector público;

— as modalidades de aplicação do artigo 48.° do Tratado, e em especial as relativas à derrogação prevista no n.° 4 desse artigo como interpretado pelo Tribunal de Justiça, haviam já sido integradas nos objectivos do primeiro programa de modernização da administração 1992-1994;

— para executar este objectivo, tinha encarregado uma comissão especial do estudo e da preparação das adaptações a introduzir na legislação helénica, bem como da determinação, por um lado, dos empregos públicos aos quais seria possível o acesso e, por outro, dos que deveriam ser excluídos da liberdade de acesso.

4. Em resposta aos sete pareceres fundamentados relativos a estas notificações, a República Helénica comunicou à Comissão um projecto de lei relativo ao acesso dos cidadãos comunitários aos empregos no sector

1 — A petição indica de forma incorrecta, em nosso entender, o artigo 48.° do Tratado *CE* em vez do Tratado *CEE*, sendo que os pareceres fundamentados são anteriores a 1 de Novembro de 1993, data da entrada em vigor do Tratado da União Europeia, e que a existência de uma violação das obrigações decorrentes do artigo 48.° deve em princípio apreciar-se na altura dos referidos pareceres fundamentados. A diferença de redacção é meramente formal, uma vez que o artigo 48.° não foi alterado. Esta diferença poderia no entanto ter consequências quanto ao mérito se o texto tivesse sido alterado.

2 — JO L 257, p. 2; EE 05 F1 p. 77.

público, precisando que este projecto deveria ser submetido a votação no Parlamento em Fevereiro de 1993.

5. Um oitavo parecer fundamentado, relativo ao Teatro Lírico Nacional e às orquestras filarmónicas municipais e de freguesia, não obteve resposta.

6. Finalmente, não tendo sido adoptada nenhuma medida nacional nos prazos indicados pelos pareceres fundamentados, a Comissão deu início ao presente processo.

7. Actualmente, a República Helénica conclui pedindo que seja negado provimento ao pedido. No entanto, no final da sua contestação indica que, independentemente dos fundamentos adiantados, «... continua a examinar as possibilidades e as formas de concretizar os princípios do artigo 48.° na administração pública».

8. Parece-nos que esta acção, como as outras duas que o Tribunal é chamado a conhecer [3], coloca o Tribunal na encruzilhada de várias vias jurisprudenciais. Deve levá-lo a fazer o balanço da sua jurisprudência actual e daí retirar as consequências adequadas quanto ao domínio da derrogação da livre circulação dos trabalhadores, admitido pelo artigo 48.°, n.° 4, do Tratado. A este respeito, a República Helénica convida o Tribunal a excluir uma análise por sectores inteiros em benefício de uma análise emprego por emprego.

9. Recordaremos antes de mais o enquadramento jurídico do litígio (I), antes de analisarmos se a acção por incumprimento é ou não procedente (II).

I — Quanto ao enquadramento jurídico do litígio

10. Após recordarmos as disposições comunitárias invocadas pela Comissão (A), faremos o balanço da jurisprudência do Tribunal nesta matéria (B). Com base nesta jurisprudência, a Comissão decidiu efectuar uma «acção sistemática» (C), que pôs em causa diferentes disposições do direito nacional helénico (D).

A — *As disposições comunitárias*

11. O artigo 48.°, n.os 1 a 3 do Tratado consagra o princípio da livre circulação dos trabalhadores e o seu corolário, a abolição de

3 — V. as nossas conclusões separadas nos processos Comissão/Luxemburgo (C-473/93) e Comissão/Bélgica (C-173/94), da mesma data.

qualquer discriminação, baseada na nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que se refere ao emprego, à remuneração e às outras condições de trabalho.

12. O artigo 48.°, n.° 4, enuncia que:

«O disposto no presente artigo não é aplicável aos empregos na administração pública.»

13. O artigo 1.° do Regulamento n.° 1612/68 prevê no que se refere ao acesso ao emprego que:

«1. Os nacionais de um Estado-Membro, independentemente do local da sua residência, têm o direito de aceder a uma actividade assalariada e de a exercer no território de outro Estado-Membro, em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais deste Estado.

2. Beneficiarão, nomeadamente, no território de outro Estado-Membro, da mesma prioridade que os nacionais deste Estado no acesso aos empregos disponíveis.»

14. Quanto ao artigo 7.°, n.^{os} 1 e 2, do mesmo regulamento, relativo ao exercício do emprego e à igualdade de tratamento, afirma:

«1. O trabalhador nacional de um Estado-Membro não pode, no território de outros Estados-Membros, sofrer, em razão da sua nacionalidade, tratamento diferente daquele que é concedido aos trabalhadores nacionais no que respeita a todas as condições de emprego e de trabalho, nomeadamente em matéria de remuneração, de despedimento e de reintegração profissional ou de reemprego, se ficar desempregado.

2. Aquele trabalhador beneficia das mesmas vantagens sociais e fiscais que os trabalhadores nacionais.»

B — *A jurisprudência comunitária*

15. No acórdão de 12 de Fevereiro de 1974, Sotgiu [4], o Tribunal declarou [5] que, «Tendo em consideração o carácter fundamental, na economia do Tratado, dos princípios da livre circulação e da igualdade de tratamento dos trabalhadores na Comunidade, as derrogações admitidas pelo n.° 4 do artigo 48.° não podem ir além do objectivo para o qual foi estabelecida a referida cláusula de excepção».

4 — 152/73, Colect., p. 91.
5 — N.° 4.

16. O Tribunal consagrou assim uma interpretação *estrita* desta disposição [6].

uma interpretação e uma aplicação uniformes em toda a Comunidade.

17. O Tribunal acrescentou [7], para precisar o alcance da excepção:

...

«Não se encontrando estabelecida qualquer distinção na referida disposição, é irrelevante saber se um trabalhador foi contratado na qualidade de operário, de empregado ou de funcionário, ou ainda se o seu vínculo profissional é regulado pelo direito público ou pelo direito privado.

... a delimitação da noção de 'administração pública', nos termos do artigo 48.°, n.° 4, não pode ser deixada à total discrição dos Estados-Membros».

19. O conceito de administração pública é portanto um conceito de direito comunitário.

Estas qualificações jurídicas variam, com efeito, consoante as legislações nacionais e não podem, portanto, proporcionar um critério de interpretação adequado às exigências do direito comunitário.»

20. No mesmo acórdão Comissão/Bélgica, o Tribunal decidiu que [10]:

18. No acórdão de 17 de Dezembro de 1980, Comissão/Bélgica [8], o Tribunal sublinhou [9]:

«... a noção de administração pública nos termos do artigo 48.°, n.° 4... deve comportar

«(O artigo 48.°, n.° 4) coloca fora do campo de aplicação dos três primeiros números desse mesmo artigo *um conjunto de empregos que envolvem uma participação, directa ou indirecta, no exercício da autoridade pública e nas funções que têm por objecto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas.* Tais empregos pressupõem, de facto, a existência de uma particular relação de solidariedade com o Estado, da parte dos seus titulares, bem como a reciprocidade de direitos e

6 — V., também, o acórdão de 16 de Junho de 1987, Comissão/Itália (225/85, Colect., p. 2625, n.° 7).

7 — Acórdão Sotgiu, já referido (n.° 5).

8 — 149/79, Recueil, p. 3881.

9 — N.os 12 e 18.

10 — N.° 10, sublinhado nosso.

deveres que são o fundamento do vínculo da nacionalidade.»

21. Era assim dada uma definição *funcional* [11] de emprego na administração pública.

22. O Tribunal exclui por conseguinte uma definição simplesmente *orgânica* do conceito de administração pública, sublinhando que [12] «... o facto de estender a excepção prevista no artigo 48.°, n.° 4, a empregos que, mesmo dependendo do Estado ou de outros organismos de direito público, não implicam contudo nenhum concurso em tarefas dependentes da administração pública propriamente dita, teria por consequência subtrair à aplicação dos princípios do Tratado um número considerável de empregos, e criar desigualdades entre Estados-Membros, em função das disparidades que caracterizam a organização do Estado e a de certos sectores da vida económica».

23. O carácter restritivo da excepção do artigo 48.°, n.° 4, era reforçado pela exigência de duas condições cumulativas, relacionadas com a participação no exercício da autoridade pública *e* nas funções que têm por objecto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas. Um acórdão posterior substitui a conjunção «e» pela conjunção «ou» [13]. No entanto, a exigência de um cúmulo das duas condições foi mantida noutras decisões proferidas anterior e posteriormente a este acórdão [14].

24. No acórdão de 17 de Dezembro de 1980, Comissão/Bélgica, já referido, o Tribunal consagrou também o carácter restritivo da excepção ao excluir que se possa proibir aos nacionais de outros Estados-Membros a generalidade dos empregos nos sectores de intervenção do Estado ou das pessoas colectivas públicas apenas por, na sequência de promoção ou mutação, o novo emprego a que o agente poderia aceder, ser susceptível de incluir funções e responsabilidades próprias da administração pública [15]:

«... o artigo 48.°, n.° 4, ao visar os empregos que comportam o exercício da autoridade pública e a atribuição de responsabilidades para a salvaguarda dos interesses gerais do Estado, (permite) aos Estados-Membros reservar aos nacionais, através de regulamentos adequados, o acesso aos empregos que comportam o exercício de um tal poder e de

11 — Qualificativo expressamente utilizado no acórdão de 3 de Junho de 1986, Comissão/França (307/84, Colect., p. 1725, n.° 12: «... o critério de aplicabilidade do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado deve ser funcional...».

12 — Acórdão Comissão/Bélgica, já referido (n.° 11).

13 — Acórdão Comissão/Itália, já referido (n.° 9).

14 — Acórdão Comissão/França, já referido (n.° 12); acórdãos de 3 de Julho de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Colect., p. 2121, n.° 27); de 30 de Maio de 1989, Allué e Coonan (33/88, Colect., p. 1591, n.° 7, bem como o n.° 12 das conclusões do advogado-geral C. O. Lenz, que sublinha a conjunção «e»), e de 27 de Novembro de 1991, Bleis (C-4/91, Colect., p. I-5627, n.° 6, *que visa expressamente*, além do acórdão Comissão/Bélgica, já referido, *o acórdão Comissão/Itália, igualmente referido, a título de precedente que consagra o carácter cumulativo das duas condições).*

15 — N.os 21 e 22, sublinhado nosso.

tais responsabilidades no interior de uma mesma carreira, de um mesmo serviço ou de um mesmo quadro.

. . . .

... a interpretação... que tem por efeito excluir os nacionais (dos outros Estados-Membros) *da generalidade dos empregos na administração pública*, comporta uma restrição aos direitos desses nacionais que ultrapassa o que é necessário para garantir o respeito das finalidades prosseguidas por esta disposição...».

25. Em resumo, deduz-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça que:

— a condição de nacionalidade não pode ser exigida para o acesso a empregos que não envolvam qualquer participação, directa ou indirecta, no exercício da autoridade pública e nas funções que têm por objecto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas; em relação a estes empregos deve aplicar-se o princípio da livre circulação dos trabalhadores;

— a condição de nacionalidade não pode ser exigida mesmo para empregos que na origem não preenchem as condições do artigo 48.°, n.° 4, mas cujos titulares podem ser levados, após mutação ou promoção, a exercer funções e responsabilidades próprias da administração pública; os Estados-Membros só podem reservar aos seus nacionais essas funções e responsabilidades.

26. Até agora, o Tribunal já considerou que não são abrangidos pela excepção do artigo 48.°, n.° 4, os seguintes empregos:

— serviços do correio: operário [16];

— caminhos-de-ferro: agente de triagem, carregador, maquinista, colocador de vias, agulheiro, agente de limpeza de escritórios, agente de pintura, ajudante de revestidor, operário de manutenção das baterias, preparador das secções, preparador de revestimentos, vigilante nocturno, agente de limpeza, pessoal de cantina, agente de atelier [17];

— municípios: marceneiro, ajudante de jardineiro, enfermeira, puericultora, vigilante, enfermeira em jardins de infância, electricista, canalizador [18];

16 — Solução implícita no acórdão Sotgiu, já referido (n.° 4, quarto parágrafo).

17 — Acórdão de 26 de Maio de 1982, Comissão/Bélgica (149/79, Recueil, p. 1845).

18 — *Ibidem*.

— hospitais públicos: enfermeiro, enfermeira [19];

— ensino público: professor estagiário [20], professor do ensino secundário [21], leitor de língua estrangeira nas universidades [22];

— investigação civil: investigador [23].

C — *A acção da Comissão*

27. O presente contencioso inscreve-se na fase final de uma «acção sistemática» levada a cabo pela Comissão com base na Comunicação 88/C 72/02 [24].

28. Esta acção tinha por objectivo a eliminação das restrições baseadas na nacionalidade que, em cada Estado-Membro, proíbem aos trabalhadores dos outros Estados-Membros o acesso a empregos de certos sectores públicos bem determinados, com base no artigo 48.°, n.° 4, do Tratado.

29. Devia incidir, prioritariamente, sobre os seguintes sectores:

— organismos encarregados de gerir um serviço comercial (por exemplo: transportes públicos, distribuição de electricidade ou de gás, companhias de navegação aérea ou marítima, correios e telecomunicações, organismos de radioteledifusão);

— serviços operacionais de saúde pública;

— ensino nos estabelecimentos públicos;

— investigação para fins civis nos estabelecimentos públicos.

30. Segundo a Comissão as tarefas e responsabilidades que caracterizam os empregos nestes sectores revelam-se manifestamente como estando em geral suficientemente afastadas das actividades específicas da administração pública, como as define o Tribunal de Justiça, para que só muito excepcionalmente caibam no âmbito da isenção prevista pelo n.° 4 do artigo 48.° do Tratado. Em seu

19 — Acórdão Comissão/França, já referido.
20 — Acórdão Lawrie-Blum, já referido.
21 — Acórdão Bleis, já referido.
22 — Acórdão Allué e Coonan, já referido.
23 — Acórdão Comissão/Itália, já referido.
24 — A livre circulação dos trabalhadores e o acesso aos empregos na administração pública dos Estados-Membros — Acção da Comissão em matéria de aplicação do n.° 4 do artigo 48.° do Tratado CEE (JO 1988, C 72, p. 2).

entender, em relação a cada uma destas actividades, verifica-se ou que existe igualmente no sector privado, caso a que o n.° 4 do artigo 48.° se não aplica, ou que pode ser exercida no sector público fora das condições de nacionalidade.

31. A Comissão anunciava que entendia comunicar as conclusões do seu exame dos sectores escolhidos aos Estados-Membros envolvidos, e pedia-lhes que abrissem o acesso aos empregos que dependem destes sectores aos trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros. Contava com a cooperação activa e eficaz por parte dos Estados-Membros, com o fim de evitar, na medida do possível, todo e qualquer contencioso. Reservava-se a possibilidade de, em caso de necessidade, intentar uma acção por incumprimento.

32. No final dos contactos com os Estados-Membros, a Comissão verificou que a maior parte deles tinham adoptado medidas legislativas e/ou regulamentares para adaptar o seu direito nacional às exigências do direito comunitário, mas que três Estados não tinham ainda iniciado ou concluído um processo normativo neste sentido.

33. Consequentemente, decidiu dar início a uma acção por incumprimento contra cada um desses Estados-Membros, entre os quais a República Helénica [25].

25 — V., para as referências aos dois outros processos, a nota 3, *supra*.

D — *O direito nacional em causa*

34. Tendo em conta os elementos dos autos, a condição de nacionalidade helénica é ou era exigida, nas condições já resumidas, para o acesso a empregos nos sectores indicados na petição.

1) *Serviços de distribuição de água, gás e electricidade*

35. As empresas e sociedades públicas, semi-públicas ou municipais que gerem os serviços de distribuição de água (por exemplo a EYDAP em Atenas), de gás (por exemplo a DEFA, empresa municipal de gás em Atenas) e de electricidade (DEH, empresa pública que gere a produção e a distribuição no conjunto do país) são controladas quer pelo Estado, quer pelas autarquias locais.

36. No que se refere às empresas e sociedades controladas pelo Estado, a Lei n.° 1735/87 e o Decreto ministerial n.° DIPPP/F.1/116 de 7 e 8 de Janeiro de 1988 exigem uma condição de nacionalidade helénica para o acesso aos empregos no sector público. A mesma condição é, além disto, imposta pelos textos legislativos ou regulamentares especiais aplicáveis às empresas

públicas em causa e que definem o estatuto do seu pessoal como, por exemplo, o artigo 5.°, n.° 5, do estatuto geral do pessoal da empresa pública de electricidade (DEH).

37. No que se refere às empresas e sociedades municipais (por exemplo a DEFA), a condição de nacionalidade helénica é exigida pelos textos legislativos e regulamentares que gerem o estatuto do pessoal das autarquias locais (por exemplo, o artigo 260.° da Lei n.° 1188/81 e os artigos 7.° e 66.° do Decreto presidencial n.° 410/88), bem como pelos regulamentos internos das empresas ou sociedades em causa.

2) *Serviços operacionais de saúde pública*

38. O artigo 2.°, n.° 4, da Lei n.° 1821/88, que altera implicitamente o artigo 26.° da Lei n.° 1397/83 relativa ao regime nacional de saúde, permite, a título excepcional, a nomeação de nacionais comunitários que conheçam a língua grega para os lugares de médico e de enfermeiro nos hospitais públicos.

39. O acesso a todos os outros empregos nos hospitais públicos (pessoas colectivas de direito público) ou de outros serviços públicos de saúde (centros de saúde, etc.) está reservado aos nacionais gregos.

40. Todos estes estabelecimentos pertencem, com efeito, ao sector público e estão, consequentemente, submetidos à condição da nacionalidade helénica prevista pela Lei n.° 1735/87 e pelo Decreto ministerial n.° DIPPP/F.1/116 de 7 e 8 de Janeiro de 1988, já referidos, que visam tanto o pessoal funcionário como o pessoal não funcionário empregado no sector público.

41. Além disto, o artigo 7.° do Decreto presidencial n.° 410/88 relativo ao recrutamento por contrato de direito privado do pessoal científico especializado, do pessoal técnico e auxiliar no sector público remete para o Código da Função Pública e, consequentemente, impõe uma condição de nacionalidade helénica.

42. Finalmente, o artigo 66.° do mesmo decreto prevê a condição de nacionalidade helénica mesmo para o recrutamento por contrato de direito privado do pessoal sazonal ou do recrutado para satisfazer necessidades temporárias.

3) *Ensino público*

43. Por força do artigo 2.° do código da função pública, entra no seu âmbito de aplicação o ensino público pré-primário, primário e secundário (geral, técnico e profissional). A condição de nacionalidade helénica, exigida, de forma geral, pelo artigo 18.° desse código, aplica-se portanto ao acesso a empregos nestes sectores.

44. O mesmo princípio aplica-se, em conformidade com a Lei n.° 1404/83, aos professores ou outros trabalhadores do ensino técnico bem como, por força da Lei n.° 1268/82 e do artigo 16.°, da Constituição, aos trabalhadores do ensino universitário.

45. Excepcionalmente, o artigo 79.°, n.° 7, da Lei n.° 1566/85 que, nomeadamente, completa a Lei n.° 1268/82, prevê a possibilidade, na ausência de candidatos gregos, de recrutar estrangeiros para estes lugares (cientistas especializados, professores assistentes contratados), mas apenas por contrato de direito privado anual renovável uma única vez e sem que os interessados tenham direito a participar nos órgãos de administração.

46. Estão finalmente previstas excepções pelos artigos 4.° e 5.° da Lei n.° 5139/31 a favor de professores de línguas e literaturas estrangeiras que ensinem numa universidade.

4) *Transportes marítimos e aéreos*

47. Até à publicação do Decreto presidencial n.° 12/1992 [26], a nacionalidade helénica era exigida no sector dos transportes marítimos:

— pelo artigo 4.°, n.° 1, do Decreto-lei n.° 2651/53 relativo à composição da tripulação dos navios mercantes, salvo excepções previstas no artigo 4.°, n.° 2, do mesmo decreto-lei;

— pelo artigo 5.° do Decreto real de 1(14)/3 de Novembro de 1836 relativo à marinha mercante, no que se refere a três quartos da tripulação do navio;

— pelo artigo 57.° do Código Marítimo para a inscrição de marinheiros nos registos, mas o artigo 59.° do mesmo código não prevê uma condição de nacionalidade para a inscrição no registo dos trabalhadores marítimos.

26 — *Jornal Oficial da República Helénica*, 1993, parte A, n.° 5, de 1 de Fevereiro de 1993.

48. Os artigos 1.° e 2.° do Decreto presidencial n.° 12/1992 têm a seguinte redacção:

«Artigo 1.°

O presente decreto presidencial visa harmonizar as disposições da legislação helénica e, em especial, os artigos 56.°, 57.°, 87.° e 88.° do Código de Direito Marítimo Público (Decreto-lei 187/73) e as disposições da Lei de urgência 192/36, na medida em que proíbem o acesso a empregos na marinha mercante helénica aos marinheiros nacionais de Estados-Membros das Comunidades Europeias... com as disposições dos artigos 7.° e 48.° do Tratado CEE e dos artigos 1.°, 2.°, 3.° e 4.° do Regulamento (CEE) n.° 1612/68 do Conselho relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade...

Artigo 2.°

1. Os nacionais dos Estados-Membros das Comunidades Europeias que tenham o estatuto de marinheiro por força da legislação do respectivo Estado têm as mesmas possibilidades de acesso a empregos em navios mercantes helénicos que as que são reservadas aos marinheiros gregos pelas disposições pertinentes da legislação helénica, com excepção do cargo de capitão e seu substituto legal.

2. Para este efeito, quando na legislação em vigor em matéria de emprego na marinha mercante helénica figurarem os termos 'marinheiros gregos' ou 'nacionais' ou qualquer outro termo que designe uma pessoa de nacionalidade helénica, estes termos designam também os nacionais dos Estados-Membros das Comunidades Europeias que tenham o estatuto de marinheiro por força da legislação do respectivo Estado de origem ou de proveniência.»

49. Tratando-se do sector dos transportes aéreos, as companhias que garantem esses transportes pertencem ao sector público. A condição de nacionalidade é portanto exigida em aplicação da Lei n.° 1735/87 e do Decreto ministerial n.° DIPPP/F.1/116 de 7 e 8 de Janeiro de 1988, já referidos.

5) *Caminhos-de-ferro e transportes públicos urbanos ou interurbanos*

50. O artigo 19.°, n.° 1, do estatuto geral do pessoal do serviço dos Caminhos-de-Ferro da Grécia (OSE) prevê que ninguém pode ser recrutado se não possuir a nacionalidade helénica. O n.° 3 do mesmo artigo subordina a condições previstas pelas leis especiais o recrutamento, excepcional, de nacionais estrangeiros.

51. Os transportes urbanos ou interurbanos pertencem ao sector público.

52. A condição de nacionalidade helénica impõe-se portanto por força da Lei n.° 1735/87 e do Decreto ministerial n.° DIPPP/F.1/116 de 7 e 8 de Janeiro de 1988, já referidos.

53. A mesma condição está prevista nos textos legislativos e regulamentares aplicáveis aos organismos, empresas ou sociedades de transportes, que façam ou não parte do sector público (por exemplo, o artigo 8.° do regulamento do pessoal dos serviços internos dos caminhos-de-ferro eléctricos helénicos, o artigo 15.° do regulamento do pessoal dos serviços externos da mesma empresa e o artigo 11.° do estatuto geral do pessoal dos autocarros eléctricos de Atenas).

6) *Investigação científica e tecnológica*

54. Em conformidade com o artigo 16.°, n.° 2, da Lei n.° 1514/85 relativa ao desenvolvimento da investigação científica e tecnológica, e com os decretos adoptados em aplicação do artigo 25.° desta lei, todos os membros do pessoal científico de investigação dos organismos competentes devem, em princípio, possuir a nacionalidade helénica.

55. Excepcionalmente, um estrangeiro pode ser nomeado director de um centro nacional de investigação se este tiver sido criado por acordo entre Estados que contenha uma disposição expressa sobre este ponto.

56. O artigo 19.°, n.° 1, alínea a), da Lei n.° 1514/85 permite também o recrutamento de estrangeiros na qualidade de peritos de investigação convidados, mas exclusivamente por contrato privado de três meses a dois anos, renovável por uma duração suplementar de um ano em casos excepcionais.

57. O artigo 25.°, n.° 1, alínea b), prevê que decretos-leis de aplicação possam derrogar a condição de nacionalidade para trabalhos de apreciação dos resultados dos programas de investigação.

58. Tratando-se de membros do pessoal técnico, administrativo e auxiliar com qualidade de funcionário, a nacionalidade helénica é exigida em aplicação dos artigos 20.° e 21.° da lei bem como das disposições gerais aplicáveis a todos os funcionários civis do Estado e a outras pessoas colectivas de direito público (Código da Função Pública, etc.).

59. Finalmente, é exigida a nacionalidade helénica a todos os membros do pessoal

contratado dos organismos em causa, por força dos artigos 24.° da Lei n.° 1514/85, 7.° da Lei n.° 1735/87, 7.° e 66.° do Decreto n.° 410/88 e do Decreto ministerial n.° DIPPP/F.1/116 de 7 e 8 de Janeiro de 1988, já referidos.

7) *Correios (ELTA), telecomunicações (OTE) e radiotelevisão (ET)*

60. Os organismos públicos ou semipúblicos que gerem os serviços dos correios, das telecomunicações e da radiotelevisão pertencem ao sector público.

61. A condição de nacionalidade helénica impõe-se nos termos da Lei n.° 1735/87 e do Decreto ministerial n.° DIPPP/F.1/116 de 7 e 8 de Janeiro de 1988, já referidos.

62. Aliás, a mesma condição é indicada pelas disposições legislativas ou regulamentares especiais que definem o estatuto do pessoal dos organismos em causa [por exemplo, o artigo 7.° do estatuto geral do pessoal dos correios helénicos (ELTA), o artigo 6.°, n.° 1, do estatuto geral do OTE, etc.].

8) *Teatro Lírico Nacional e orquestras filarmónicas municipais e de freguesias*

63. O Teatro Lírico Nacional reserva o acesso ao emprego unicamente aos nacionais gregos, excluindo todos os estrangeiros, mesmo os nacionais de outros Estados-Membros.

64. De igual modo, as autoridades locais exigem a nacionalidade helénica para o recrutamento, por duração indeterminada, de músicos das orquestras filarmónicas municipais e de freguesia. Assim, por exemplo, o presidente da Câmara de Atenas recusou aplicar a um músico da orquestra filarmónica desta cidade, recrutado por contrato com duração determinada, a Lei n.° 1874/90 que prevê a conversão de qualquer contrato de trabalho com duração determinada em contrato com duração indeterminada, por razões relacionadas com a nacionalidade do músico em causa; o presidente da Câmara invocou o artigo 7.° do Decreto presidencial n.° 410/88 que impõe a nacionalidade helénica para o recrutamento de pessoal contratado especial, científico, técnico e auxiliar do Estado, das autarquias locais e das pessoas colectivas de direito público.

II — Quanto à existência de um incumprimento

65. Como se indicou no início, o Tribunal está perante uma encruzilhada de várias vias jurisprudenciais. Impõe-se uma escolha, à luz das perspectivas que se apresentam (A).

Efectuada esta escolha, ela deverá ser aplicada ao caso em apreço, atendendo às suas circunstâncias (B).

A — *As perspectivas da jurisprudência comunitária*

66. A República Helénica defende que a jurisprudência do Tribunal de Justiça exclui uma análise por sectores inteiros exigindo sempre uma análise emprego a emprego (1).

67. Consideramos que não se deve seguir a demandada nesta direcção.

68. O Tribunal terá então que escolher entre dois desenvolvimentos lógicos possíveis da sua jurisprudência:

— considerar que o ónus da justificação de derrogação do artigo 48.°, n.° 4 incumbe aos poderes públicos nacionais *em todos os domínios* da sua actividade e portanto, nomeadamente, os previstos pela petição,

— ou então, *consagrar uma distinção* entre, por um lado, os domínios que não envolvem funções específicas da administração pública, incumbindo o ónus da prova aos poderes públicos e, por outro, os domínios que envolvem essas funções específicas, incumbindo à Comissão ou a um nacional comunitário a prova de que o emprego determinado não preenche as condições de um emprego na administração pública, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça (2).

1) *A jurisprudência consagrou o princípio de uma análise emprego por emprego?*

69. A acção intentada pela Comissão apresenta esta particularidade de resultar de uma análise sistemática de vários sectores inteiros de intervenção do Estado ou de pessoas colectivas públicas.

70. Segundo a demandada, o Tribunal de Justiça teria consagrado o princípio de uma análise caso a caso, nomeadamente nos acórdãos de 17 de Dezembro de 1980 e de 26 de Maio de 1982, Comissão/Bélgica, já referidos.

71. De facto, no acórdão de 17 de Dezembro de 1980, o Tribunal precisou [27]:

«Convém... averiguar se os empregos visados pela acção podem ser ligados à noção de administração pública... Esta qualificação depende da questão de saber se os empregos em causa são, ou não, característicos das actividades específicas da administração pública na medida em que ela está investida do exercício da autoridade pública e da responsabilidade pela salvaguarda dos interesses gerais do Estado.»

72. O Tribunal retomou estas considerações no acórdão de 26 de Maio de 1982 [28].

73. No entanto, não pensamos que exista verdadeiramente uma jurisprudência que obrigue a uma análise emprego por emprego.

74. Recorde-se que foi no processo 149/79 que o Tribunal de Justiça definiu precisamente, pela primeira vez, o conceito de emprego na administração pública. Já então se impunha uma abordagem pragmática para efeitos desta definição. Além disto, a petição acusava o Reino da Bélgica de exigir ou de permitir que fosse exigido «... a posse da nacionalidade belga como condição de recrutamento *para empregos* não abrangidos pelo artigo 48.°, n.° 4, do Tratado...» [29]. Tendo em conta esta formulação, o Tribunal de Justiça *devia* portanto, para decidir quanto à existência de um incumprimento, verificar se os «empregos» controvertidos eram ou não abrangidos pelo artigo 48.°, n.° 4. Por este motivo, convidou, durante o processo, as partes a comunicarem-lhe informações suplementares sobre a lista dos empregos em causa e, depois, no acórdão interlocutório de 17 de Dezembro de 1980, sobre a natureza efectiva das funções correspondentes a esses empregos.

75. Se nos acórdãos posteriores, já referidos, foram examinados empregos determinados e não sectores inteiros, foi unicamente por o Tribunal de Justiça ter sido consultado no âmbito de um processo de decisão prejudicial ou de uma acção por incumprimento visando esses empregos determinados.

76. A abordagem da jurisdição comunitária parece-nos portanto ter sido ditada pelas condições especiais da sua consulta e não pela vontade de consagrar um princípio de interpretação.

77. Ao colocar o conceito de emprego na administração pública ao nível dos conceitos de direito comunitário, o Tribunal pretendeu

27 — N.° 12.
28 — N.° 7.
29 — Acórdão de 17 de Dezembro de 1980 (n.° 1, sublinhado nosso).

evitar que a livre circulação dos trabalhadores e o princípio da não discriminação tivessem um conteúdo variável no tempo e no espaço.

78. Ora, consagrar um princípio de apreciação emprego por emprego permitiria que cada Estado impusesse de facto, perante todo o sector de intervenção da sua escolha, a sua definição nacional de administração pública, enquanto a Comissão ou um nacional comunitário não tivessem apresentado uma contestação relativamente a um ou vários empregos determinados.

79. Baseando-se assim no mecanismo do ónus da prova, os Estados-Membros poderiam cobrir o princípio da livre circulação com o véu da excepção.

80. A Comissão ou os nacionais comunitários suportariam o ónus de justificar *em todas as circunstâncias, negativamente,* que as condições de uma *excepção* a uma liberdade comunitária não estavam preenchidas. Essa consequência seria, no mínimo, contrária às normas que regem a interpretação de um princípio e da sua excepção.

81. A contribuição da jurisprudência do Tribunal de Justiça para a aplicação de uma das liberdades fundamentais do Tratado seria particularmente limitada, tendo em conta a importância dos efeitos práticos da determinação do ónus da prova.

82. Em definitivo, um Estado e as suas pessoas colectivas públicas só seriam obrigados a abrir os seus serviços emprego por emprego, à medida que fossem sendo apresentados processos pela Comissão ou por nacionais comunitários. Deste modo, seriam precisas décadas para que se verificasse uma aplicação uniforme do direito comunitário.

83. Não partilhamos portanto a análise que a República Helénica propõe da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

84. No caso em apreço, o incumprimento de que foi acusada a República Helénica tem um objecto diferente do dos processos já decididos.

85. O Estado demandado não é acusado de ter impedido o acesso de nacionais comunitários a empregos determinados. É acusado de ter consagrado, sem justificações especiais, uma proibição de acesso a todos ou à maior parte dos empregos de um sector de actividade, em vez de abrir esse sector à livre circulação, com a única reserva de empregos

positiva mas limitativamente determinados com base em justificações retiradas da definição jurisprudencial dos empregos na administração pública.

86. O incumprimento alegado tem portanto a ver com um erro de abordagem imputado à demandada que teria aplicado mal a distinção princípio/excepção.

2) *Os poderes públicos nacionais podem justificar a excepção* ab initio *em todos os sectores da sua actividade, ou é preciso distinguir consoante os sectores?*

87. Se a consagração de um princípio de análise emprego por emprego é susceptível de atenuar consideravelmente o efeito da jurisprudência actual do Tribunal de Justiça, resta determinar quais são as consequências lógicas desta à escala dos diferentes sectores de actividade do Estado e das pessoas colectivas públicas.

88. Há portanto que examinar, antes de mais, a questão de uma distinção consoante os sectores de actividade (a) antes de propor as grandes linhas de uma tal distinção (b).

a) Quanto à questão de uma distinção consoante os sectores de actividade

89. Como já foi dito [30], o Tribunal consagrou uma definição *funcional* de emprego na administração pública.

90. Pode deduzir-se de uma abordagem funcional *apenas dos empregos,* que a definição do Tribunal de uma excepção à livre circulação deve ser aplicada uniformemente ao conjunto dos sectores de actividade dos poderes públicos.

91. Por força das regras de aplicação de um princípio e da sua excepção, os poderes públicos deveriam em todos os sectores justificar *ab initio* as excepções que invocassem. Só seria proibido o acesso dos nacionais dos outros Estados-Membros a empregos positivamente designados pelos poderes públicos como preenchendo as condições da definição comunitária, salvo fiscalização *a posteriori* do juiz nacional e, caso necessário, do juiz comunitário.

92. Esta análise parece sedutora no plano da lógica jurídica, porque conduz a um raciocínio único aplicável indiferentemente a todas

30 — N.º 21 e a respectiva nota.

as actividades do Estado e porque respeita tanto a regra segundo a qual as excepções são de interpretação estrita como aquela que exige que quem invoca uma excepção a deve justificar.

93. Teria por vantagem garantir a igualdade de acesso dos nacionais comunitários, nacionais e não nacionais de um dado Estado, à maior parte de todo o sector de actividade afastado das actividades específicas da administração, uma vez que as excepções validamente baseadas no artigo 48.°, n.° 4, do Tratado seriam minoritárias.

94. No entanto, apresentaria o inconveniente, em sectores de actividades específicas da administração, de obrigar os poderes públicos em causa a recensear excepções muito numerosas. Com efeito, nesses sectores de actividade, o número de empregos especiais que preenchem as condições jurisprudenciais dos empregos na administração pública é importante e de longe superior ao dos empregos abrangidos pelo princípio da livre circulação.

95. Esta exigência imposta aos poderes públicos não seria talvez exemplo de uma boa técnica jurídica.

96. Não propomos portanto que se siga esta via, tanto mais que uma outra nos parece possível, que consiste em distinguir consoante os sectores de actividade.

97. Note-se que no primeiro acórdão Comissão/Bélgica, já referido [31], o Tribunal tinha já em mente uma análise por sectores:

«A determinação do campo de aplicação do n.° 4, do artigo 48.° levanta contudo particulares dificuldades devido ao facto de *o poder político ter assumido, nos diversos Estados-Membros, responsabilidades de carácter económico e social, ou participar em actividades que não são assimiláveis às funções típicas da administração pública, mas que caem, pelo contrário, devido à sua natureza, no campo de aplicação do Tratado.*»

98. Em cada processo julgado, o Tribunal não deixou de perguntar incidentalmente, *como pano de fundo, se a actividade geral do sector* envolvia actividades específicas da administração. Por exemplo, no que se refere aos empregos de enfermeiro ou de enfermeira, de professor ou de professora, o Tribunal interrogou-se necessariamente sobre a questão de saber se, por um lado, as actividades de cuidados que caracterizam o sector

31 — N.° 11, sublinhado nosso.

dos hospitais públicos e, por outro, as actividades de ensino, que constituem a essência do sector do ensino público, envolviam actividades específicas da administração.

99. Hoje o Tribunal é expressamente convidado a apreciar um incumprimento tendo em conta sectores inteiros.

100. Para ser acolhido, este pedido pressupõe que o Tribunal admita explicitamente o princípio de uma análise por sectores, que se limitou a esboçar em 1980 no primeiro acórdão Comissão/Bélgica, já referido.

101. Somos favoráveis a uma solução neste sentido.

102. Sugerimos que seja feito um raciocínio em duas fases.

103. A primeira inclui *a análise da actividade geral do sector* em causa, bem como a determinação das suas consequências em termos de ónus da prova.

104. Pode ser descrita da seguinte forma:

— se a actividade de um sector está incluída nas actividades específicas da administração, há que admitir que a maior parte dos empregos que abrange preenchem as condições da definição comunitária dos empregos na administração pública; assim, o sector será considerado como caindo, em princípio, no domínio do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado e competirá à Comissão ou a um nacional comunitário provar que não estão reunidas as condições da derrogação;

— se, pelo contrário, a actividade de um sector está afastada das actividades específicas da administração, há que admitir que a maior parte dos empregos que abrange não preenchem as condições da definição comunitária; neste caso, o sector será considerado como caindo, em princípio, no âmbito de aplicação do artigo 48.°, n.^{os} 1 a 3, isto é, da liberdade de circulação dos trabalhadores e competirá aos poderes públicos nacionais provar, para empregos determinados, que, na realidade, estão preenchidas as condições do artigo 48.°, n.° 4.

105. A segunda fase, em caso de litígio relativo a um emprego determinado, inclui *a análise das funções específicas deste emprego*: o juiz nacional ou o juiz comunitário verifica, respeitando a repartição do ónus da

prova, se o emprego envolve uma participação, directa ou indirecta, no exercício da autoridade pública e nas funções que têm por objecto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas, na acepção da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça.

106. Examinemos imediatamente a objecção suscitada pela República Helénica, segundo a qual, em substância, não se pode introduzir num determinado sector uma *presunção* de aplicabilidade quer do artigo 48.°, n.os 1 a 3, quer do artigo 48.°, n.° 4, em função da natureza da actividade geral do sector.

107. A este respeito, importa ter consciência de que, no âmbito da solução que consiste em só admitir uma análise emprego por emprego, com exclusão de uma análise por sectores, *se presume* necessariamente que o artigo 48.°, n.° 4, é em princípio aplicável *a qualquer emprego, qualquer que seja o sector* a que pertence, *desde que decorra da acção dos poderes públicos nacionais.* Ora, esta presunção deixa a estes a capacidade de determinarem, numa primeira fase, o domínio de uma *excepção,* pela simples decisão de fazer depender um sector do Estado ou de uma pessoa colectiva pública. Parece-nos portanto mais discutível do que a baseada na constatação objectiva de que a actividade de um sector determinado envolve ou não actividades específicas da administração e que, em seguida, a maior parte dos empregos em causa preenchem ou não as condições da definição comunitária de administração pública.

108. Além disto, parece-nos útil recordar que o Tribunal de Justiça, no âmbito dos artigos 30.° e 36.° do Tratado, já consagrou, de forma muito idêntica, um raciocínio em duas fases, integrando uma presunção.

109. Fê-lo em dois acórdãos de 21 de Março de 1991, Delattre [32] e Monteil e Samanni [33].

110. A questão então em causa era a do monopólio dos farmacêuticos, que seria susceptível de constituir uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação, na acepção do artigo 30.° do Tratado [34].

111. Para a apreciação de uma justificação do monopólio, o Tribunal de Justiça distinguiu entre dois tipos de mercadorias [35], isto é, entre os «medicamentos» e outros produtos, como os ditos de «parafarmácia».

32 — C-369/88, Colect., p. I-1487.

33 — C-60/89, Colect., p. I-1547.

34 — V. n.os 50 e 51 do acórdão Delattre e n.os 37 e 38 do acórdão Monteil e Samanni. O acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Novembro de 1993, Keck e Mithouard (C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097), poderá excluir, a partir de então, que o monopólio de comercialização, na medida em que é abrangido pelas modalidades de venda de um produto, possa entrar no âmbito de aplicação do artigo 30.° do Tratado. Esta observação, no entanto, não retira nada ao facto de, nos dois acórdãos analisados, o Tribunal ter recorrido a uma presunção no âmbito do artigo 30.° do Tratado, relativo a uma das grandes liberdades que este reconhece ao lado da livre circulação dos trabalhadores.

35 — De forma semelhante no presente processo, propomos que se distinga entre dois tipos de actividades.

112. No que diz respeito aos medicamentos, o Tribunal considerou que, tendo em consideração o «carácter muito especial do produto e do mercado em causa» [36], o monopólio dos farmacêuticos podia «... *presumir-se* constituir uma forma adequada de protecção da saúde pública» [37], isto é, ser abrangido pela excepção do artigo 36.° do Tratado. Uma vez admitida esta presunção, o Tribunal de Justiça precisou que «a *prova contrária* pode ser feita em relação a determinados medicamentos, cuja utilização não envolve riscos sérios para a saúde pública e em relação aos quais a sujeição ao monopólio dos farmacêuticos parece manifestamente desproporcionada...» [38].

113. Tratando-se dos outros produtos, o Tribunal decidiu, ao invés, que «... se for conferido um monopólio aos farmacêuticos para a sua comercialização, a necessidade desse monopólio para a protecção da saúde pública ou dos consumidores deve... *ser estabelecida caso a caso*» [39].

114. No que diz respeito aos medicamentos, o Tribunal de Justiça atribuiu assim à Comissão ou a um operador económico o ónus da prova contrária. No que se refere aos outros produtos, atribuiu aos Estados-Membros o ónus de estabelecer positivamente que o monopólio dos farmacêuticos, enquanto excepção à livre circulação de mercadorias se justificava por necessidades de protecção da saúde pública, na acepção do artigo 36.° do Tratado.

115. A analogia entre esta análise e a via que propomos que se siga parece-nos susceptível de provocar uma eventual hesitação.

b) Quanto às grandes linhas de uma distinção consoantes os sectores de actividade

116. A classificação efectuada pela Comissão na sua Comunicação 88/C 72/02, já referida, constitui um elemento de referência útil para efeitos de uma distinção consoante os sectores de actividade dos poderes públicos nacionais.

117. Como a Comissão, consideramos que, na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, as actividades específicas da administração pública exercidas pelo Estado e pelas pessoas colectivas públicas estão essencialmente relacionadas com a defesa nacional, a segurança interna, as finanças públicas, a justiça e os negócios estrangeiros, bem como com os empregos em ministérios do Estado, regiões ou autarquias locais, ou outros organismos equiparados e bancos centrais. Nestes sectores, a actividade dos serviços articula-se, de facto, especificamente em redor de um poder político ou judicial.

36 — N.° 54 do acórdão Delattre e n.° 41 do acórdão Monteil e Samanni.

37 — N.° 56 do acórdão Delattre e n.° 43 do acórdão Monteil e Samanni, sublinhado nosso.

38 — *Ibidem*.

39 — N.° 57 do acórdão Delattre e n.° 44 do acórdão Monteil e Samanni, sublinhado nosso.

118. Igualmente como a Comissão, pensamos que outras actividades estão ao invés afastadas das actividades específicas da administração pública, tal como definida pelo Tribunal de Justiça. Trata-se em especial das actividades dos organismos responsáveis pela gestão de um serviço comercial (transportes públicos terrestres, aéreos ou marítimos, distribuição de água, electricidade ou gás, correios e telecomunicações, radioteledifusão, etc.), dos serviços operacionais de saúde pública, do ensino em estabelecimentos públicos, da investigação para fins civis em estabelecimentos públicos. Com efeito, em relação a cada uma destas actividades, verifica-se que existe igualmente no sector privado, ou que pode ser exercida no sector público sem que a condição de nacionalidade seja exigida.

119. Tratando-se de actividades musicais e líricas, consideramos que se incluem manifestamente na segunda categoria, a das actividades afastadas das actividades específicas da administração pública.

B — *A execução da escolha efectuada*

120. Proceda-se agora à análise dos sectores mencionados na petição da Comissão, para dela retirar todas as consequências jurídicas quanto à existência de um incumprimento da República Helénica (1). Antes de concluir este ponto, verificaremos a justeza dos fundamentos que, segundo a demandada, se opõem a que o Tribunal dê provimento à acção (2).

1) *Análise dos sectores de actividades mencionados na petição da Comissão*

121. Tendo em conta os critérios de distinção que expusemos [40], todos os sectores de actividade controvertidos estão afastados das actividades específicas da administração pública.

122. Há portanto que considerar que a maior parte dos empregos que esses sectores incluem não preenchem as condições da definição comunitária de administração pública. Deste modo, estes sectores de actividade são *a priori* abrangidos pelo artigo 48.°, n.os 1 a 3 do Tratado. Compete aos poderes públicos nacionais provar, relativamente a empregos determinados, que estão satisfeitas as condições do artigo 48.°, n.° 4.

123. A atitude da República Helénica deveria assim ter ido no sentido da abertura do acesso aos sectores controvertidos dos trabalhadores comunitários, salvo excepções positivamente enunciadas com referência à definição comunitária de administração pública.

40 — N.os 117 a 119, *supra*.

124. É forçoso constatar que esta não foi a solução escolhida pelo direito nacional posto em causa.

125. A nossa descrição do direito positivo helénico [41] mostra que, nos sectores considerados, a condição de nacionalidade é a regra e o acesso dos nacionais de outros Estados-Membros a excepção.

126. As excepções existem essencialmente para certos tipos de emprego.

127. À luz da nossa interpretação do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado, a República Helénica é portanto susceptível de ser acusada de não ter cumprido as obrigações comunitárias que lhe incumbem, em termos no entanto diferentes dos da petição, cuja formulação, demasiado geral, pode levar a pensar, incorrectamente, que o direito helénico actual não admite nenhuma excepção à condição de nacionalidade.

128. Antes de chegar a esta conclusão, resta-nos analisar os fundamentos que o Estado demandado opõe à Comissão.

41 — N.os 35 e segs.

2) *Fundamentos apresentados pela demandada*

129. A República Helénica alega especialmente quatro fundamentos contra a petição. O primeiro baseia-se numa disposição da sua constituição (a). O segundo baseia-se em dificuldades políticas internas (b). O terceiro, relativo ao sector dos transportes marítimos, baseia-se no Decreto presidencial n.° 12/1992, já referido (c). No âmbito do seu quarto fundamento, a demandada invoca uma decisão judicial e uma decisão administrativa individual nacionais no que se refere ao sector das actividades musicais e líricas (d).

a) O artigo 4.°, n.° 4, da Constituição helénica

130. O artigo 4.°, n.° 4, da Constituição helénica enuncia que «apenas os cidadãos gregos são admitidos em todas as funções públicas, salvo excepções previstas em leis especiais».

131. Quanto a este ponto, basta recordar que, segundo jurisprudência assente [42], o primado do direito comunitário existe face a

42 — Despacho de 22 de Junho de 1965, San Michele/Alta Autoridade (9/65, Recueil 1967, pp. 35, 37); acórdãos de 17 de Dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Colect. 1969-1970, p. 625, n.° 3), e de 13 de Julho de 1972, Comissão/Itália (48/71, Colect., p. 181, n.os 8 e 9).

qualquer norma nacional, mesmo de ordem constitucional.

132. Consequentemente, o artigo 4.°, n.° 4, já referido, não constitui um obstáculo à declaração de um incumprimento.

133. Em qualquer caso, sublinhe-se que não está excluído que a expressão «funções públicas» utilizada por este artigo possa ser interpretada de forma perfeitamente compatível com a definição de administração pública dada pelo Tribunal de Justiça, caso em que não se imporia uma revisão constitucional na ordem jurídica interna [43].

b) Dificuldades políticas internas

134. O Governo helénico alega que, no âmbito dos esforços empreendidos para conciliar a concepção «funcional» e a concepção «orgânica» dos empregos no sector público, elaborou um projecto de lei relativo ao acesso dos nacionais comunitários a empregos no sector público, que devia ter sido submetido a votação no Parlamento durante o mês de Fevereiro de 1993.

135. Acrescenta no entanto que o projecto só foi apresentado ao Parlamento em Abril de 1993 e que o processo parlamentar não pode ser concluído por causa da dissolução antecipada da assembleia nacional devido às eleições legislativas fixadas em 10 de Outubro de 1993.

136. Observe-se que o projecto de lei foi notificado à Comissão em 1 de Fevereiro de 1993, *isto é, vários meses após a expiração* do prazo de dois meses imposto pelos sete primeiros pareceres fundamentados enviados em 13 de Julho de 1992.

137. Ainda que o projecto tivesse sido votado em Fevereiro de 1993, não teria portanto podido ser obstáculo à declaração de incumprimento na altura da expiração do prazo imposto pelos pareceres fundamentados.

138. A título subsidiário, recorde-se que as circunstâncias políticas internas não podem justificar a não observância por um Estado das obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário. Em especial, não podem ser invocados atrasos num processo legislativo, relacionados, por exemplo, com a dissolução de uma assembleia parlamentar [44]. Segundo a fórmula tradicional do Tribunal de Justiça, «... um Estado-Membro não pode invocar disposições, práticas ou situações da

43 — A disposição constitucional não parece, aliás, ter representado um obstáculo para o tribunal nacional que conheceu de um processo relativo a um músico em litígio com o presidente da Câmara de Atenas [decisão invocada pelo Governo helénico: v., *infra*, alínea d)].

44 — V., nomeadamente, os acórdãos de 5 de Maio de 1970, Comissão/Bélgica (77/69, Colect. 1969-1970, p. 335, n.os 13 e 15); de 2 de Março de 1982, Comissão /Itália (94/81, Recueil, p. 739, n.os 4 e 5); de 18 de Setembro de 1984, Comissão/Itália (221/83, Recueil, p. 3249, n.os 8 e 9) e de 27 de Abril de 1988, Comissão/Itália (225/86, Colect., p. 2271, n.os 6 e 10).

sua ordem jurídica interna para justificar o incumprimento das obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário».

c) Decreto presidencial n.º 12/1992

139. No que se refere ao sector dos transportes marítimos, o Governo helénico considera que a acção deixou de ter objecto, após a adopção do Decreto presidencial n.º 12/1992, já referido, texto que notificou à Comissão em 18 de Março de 1993.

140. Em seu entender, este decreto suprimiu a condição da nacionalidade helénica no sector dos transportes marítimos.

141. A Comissão afirma que o decreto presidencial suprimiu a condição de nacionalidade para o acesso a empregos nos «navios mercantes», com excepção dos cargos de capitão e seu substituto legal. Não está convencida de que a expressão «navios mercantes» abranja a totalidade dos transportes marítimos.

142. Após leitura do texto, e salvo uma análise aprofundada do direito nacional nesta matéria, parece que o decreto tem um alcance geral: o artigo 1.º visa «em especial», isto é, de forma não exaustiva, o artigo 57.º do Código de Direito Marítimo Público bem como outras disposições, e o artigo 2.º, n.º 2, prevê que na legislação em vigor em matéria de emprego na marinha mercante helénica, os termos «marinheiros gregos» ou «nacionais» devem ser entendidos como designando também os nacionais de outros Estados-Membros.

143. No entanto, o Tribunal de Justiça não terá que decidir quanto à questão levantada pelas análises divergentes das partes.

144. Com efeito, o decreto presidencial, datado de 31 de Dezembro de 1992, foi publicado no *Jornal Oficial da República Helénica* de 1 de Fevereiro de 1993 e, em conformidade com o seu artigo 4.º, entrou em vigor nesta última data. A alteração do direito nacional é portanto posterior à expiração do prazo imposto pelo parecer fundamentado.

145. Ora, o Tribunal decidiu [45]:

«... devido à importância conferida pelo Tratado à acção por incumprimento de que a

45 — Acórdão de 10 de Março de 1970, Comissão/Itália (7/69, Colect. 1969-1970, p. 289, n.º 5).

Comunidade pode fazer uso contra os Estados-Membros, o artigo 169.° rodeou esse processo de garantias que não podem de forma alguma ser negligenciadas, tanto mais que essa acção tem como consequência a obrigação, imposta aos Estados-Membros pelo artigo 171.°, de tomar todas as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal;

... assim o Tribunal não pode pronunciar-se sobre um incumprimento resultante de uma alteração legislativa ocorrida no decurso da instância sem violar os direitos do Estado-Membro de invocar os seus meios de defesa contra acusações articuladas no âmbito do processo previsto no artigo 169.°».

146. No presente litígio, incumbe à Comissão iniciar, eventualmente, no que se refere aos efeitos do Decreto presidencial n.° 12/1992, um processo por incumprimento com base, agora, no artigo 171.°, n.° 2, do Tratado CE e recorrer, se necessário, ao Tribunal de Justiça devido ao incumprimento preciso que pretende penalizar [46].

d) Decisão judicial e decisão administrativa individual nacionais

147. Na sua contestação [47], a República Helénica afirmou, antes de mais, no que se refere aos músicos empregados por organismos do Estado ou por organismos municipais ou de freguesia, que «... o órgão de designação competente não (podia) ter em conta o facto de que o emprego (pertencia) à administração pública...»

148. Tratando-se do caso do músico da orquestra filarmónica de Atenas, indicado pela Comissão na sua petição [48], o Estado demandado afirma [49] que um órgão jurisdicional de primeira instância, o Monomeles Protodikeio Athinon, pela Decisão n.° 228/1992:

— recordou expressamente que o conceito de administração pública é um conceito de direito comunitário definido por «disposições de direito comunitário pertinentes que foram interpretadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias»,

— concluiu que «... as disposições conjugadas do direito comunitário e da legislação helénica não impedem que o demandante, nacional estrangeiro, empregado na qualidade de músico pelo demandado e não participando, de modo algum, no exercício do poder público e em funções que têm por objecto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado seja contratado por contrato com duração indeterminada...»

46 — V. o mesmo acórdão, n.° 6.

47 — Parte A, alínea b).

48 — Parte I, A, n.° 8, da petição. V., também, o n.° 64 das presentes conclusões.

49 — Contestação, parte B, n.° 5.

149. Na sua tréplica [50], o Governo helénico alega que a acção por incumprimento deixou de ter objecto, na medida em que este processo foi definitivamente julgado, a favor do músico interessado: a Decisão n.º 870 de 23 de Fevereiro de 1995, adoptada pelo presidente da Câmara de Atenas, reformou a decisão controvertida anterior e converteu o contrato do músico em contrato com duração indeterminada.

150. O fundamento assim desenvolvido parece-nos manifestamente inoperante.

151. A decisão judicial nacional, proferida em 29 de Maio de 1992, é, certamente, anterior ao parecer fundamentado de 3 de Março de 1993 relativo aos músicos. A decisão administrativa do presidente da Câmara de Atenas, em contrapartida, é posterior à expiração do prazo imposto por este parecer fundamentado.

152. Sobretudo, o facto de um órgão jurisdicional nacional de primeira instância, retirando as consequências da aplicabilidade directa do artigo 48.º do Tratado, ter decidido, num processo determinado, que o acesso a um emprego com duração indeterminada não podia ser subordinado a uma condição de nacionalidade helénica não suprime de forma evidente, para todos os nacionais comunitários, a norma ou a prática nacional cuja aplicação estava em causa.

50 — Parte B, n.º 3.

153. Não faz portanto desaparecer o incumprimento relacionado com essa norma ou com essa prática.

154. Com efeito, segundo jurisprudência constante [51]:

«... o primado e o efeito directo das disposições do direito comunitário não dispensam os Estados-Membros da obrigação de eliminar da sua ordem jurídica interna as disposições incompatíveis com o direito comunitário; com efeito, a sua manutenção provoca uma situação de facto ambígua, deixando os interessados num estado de incerteza quanto às suas possibilidades de recorrer ao direito comunitário».

155. Nenhum dos fundamentos invocados pela República Helénica tem fundamento, pelo que propomos que seja declarado o incumprimento nos termos da nossa conclusão final.

51 — V. acórdão de 24 de Março de 1988, Comissão/Itália (104/86, Colect., p. 1799, n.º 12). V., no mesmo sentido, os acórdãos de 4 de Abril de 1974, Comissão/França (167/73, Colect., p. 187, n.º 41), e de 14 de Julho de 1988, Comissão/Grécia (38/87, Colect., p. 4415, n.º 9).

Conclusões

156. Consequentemente concluímos que o Tribunal se digne decidir:

«1) Ao não limitar a exigência de uma condição de nacionalidade helénica perante os trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros, unicamente ao acesso a empregos que envolvam uma participação, directa ou indirecta, no exercício da autoridade pública e nas funções que têm por objecto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas, nos sectores públicos de distribuição de água, gás e electricidade, nos serviços operacionais de saúde pública, nos sectores do ensino público, dos transportes marítimos e aéreos, dos caminhos-de-ferro e dos transportes públicos urbanos e interurbanos, da investigação civil, dos correios, telecomunicações e radiotelevisão, bem como no Teatro Lírico Nacional e nas orquestras municipais e de freguesia, a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 48.° do Tratado CEE e dos artigos 1.° e 7.° do Regulamento (CEE) n.° 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores no interior da Comunidade.

2) A República Helénica é condenada nas despesas.»