CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL SIR GORDON SLYNN

apresentadas em 24 de Maio de 1988 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

O artigo 3.° da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976 (JO L 39, p. 40; EE 05 F2, p. 70), relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, nomeadamente no que se refere ao acesso ao emprego, estabelece:

«1) A aplicação do princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo nas condições de acesso, incluindo os critérios de selecção, a empregos ou a postos de trabalho, seja qual for o sector ou o ramo de actividade e a todos os níveis da hierarquia profissional.

2) Para este efeito, os Estados-membros adoptarão as medidas necessárias a fim de que:

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

b) ...;

c) ...»

A título de excepção, o n.° 2 do artigo 2.° estabelece: «A presente directiva não constitui obstáculo à faculdade que os Estados-membros têm de excluir do seu âmbito de aplicação as actividades profissionais e, eventualmente, as formações que a elas conduzam, e para as quais, em razão da sua natureza ou das condições do seu exercício, o sexo constitua uma condição determinante». O n.° 2 do artigo 9.° estabelece: «Os Estados-membros devem proceder periodicamente a um exame das actividades profissionais referidas no n.° 2 do artigo 2.°, com a finalidade de apreciar, tendo em consideração a evolução social, se se justificará manter as exclusões em questão. Devem comunicar à Comissão o resultado deste exame.»

De acordo com o n.° 1 do artigo 9.° da directiva, a República Francesa devia ter dado cumprimento à directiva até 12 de Agosto de 1978.

Em 1982, a Lei francesa n.° 82-380, de 7 de Maio de 1982, aditou um novo artigo 18.°-A ao decreto de 4 de Fevereiro de 1959, relativo ao statut général des fonctionnaires (Estatuto geral dos funcionários públicos), autorizando recrutamentos distintos para determinados quadros da função pública francesa, quando o sexo constitua uma condição determinante para o desempenho das funções em questão. Esta disposição foi retomada pelo artigo 21.° da Lei n.° 84-16, de 11 de Janeiro de 1984, do seguinte teor:

«Para certos quadros cuja lista será fixada por decreto em Conseil d'État... poderão ser organizados recrutamentos distintos para

* Tradução do inglês.

homens ou para mulheres, se o sexo constituir uma condição determinante para o exercício das funções desempenhadas pelos elementos desses quadros.»

A lista dos quadros para os quais podiam ser organizados recrutamentos distintos foi estabelecida pelo Decreto n.° 82-886, de 15 de Outubro de 1982, e mantida em vigor pelo Decreto n.° 84-957, de 25 de Outubro de 1984. A lista inclui: comissários, comandantes e oficiais, inspectores, investigadores, graduados e agentes da polícia; assistentes das maisons d'éducation da Legião de Honra; quadros dos serviços externos da administração penitenciária, a saber: pessoal dirigente, pessoal técnico e de formação profissional e pessoal de vigilância; inspectores, verificadores e oficiais aduaneiros; professores primários; professores e professores adjuntos de educação física e desportos.

As três categorias de inspectores, verificadores e oficiais aduaneiros foram retiradas da lista pelo Decreto n.° 85-841, de 6 de Agosto de 1985.

Por petição que deu entrada no Tribunal em 17 de Dezembro de 1986, a Comissão solicitou ao Tribunal que:

declarasse que a República Francesa, ao não adoptar no prazo estabelecido no primeiro parágrafo do n.° 1 do artigo 9.° da Directiva 76/207/CEE do Conselho todas as medidas necessárias para dar pleno cumprimento a essa directiva e, em especial, ao manter de forma injustificada, face às exigências dessa directiva, um sistema de recrutamentos distintos em função do sexo para os diversos quadros de funcionários acima referidos, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado.

Faz-se notar que a acção intentada pela Comissão visa tanto as disposições legais que permitem os recrutamentos separados como a prática efectiva desses recrutamentos.

A Comissão aceita que a directiva permite recrutamentos separados no que se refere aos assistentes das maisons d'éducation da Legião de Honra e ao pessoal de vigilância da administração penitenciária, mas afirma que o sistema de recrutamentos distintos para «chefs de maison d'arrêt», a que chamarei «directores de cadeias», bem como para outros funcionários da lista, não é compatível com a directiva.

Após ter sido intentada a acção, a República Francesa adoptou o Decreto n.° 87-55, de 2 de Fevereiro de 1987, que retirou os professores primários da lista, e na réplica a Comissão desistiu do pedido relativamente a estes.

Após a audiência, a República Francesa adoptou o Decreto n.° 88-476, de 29 de Abril de 1988, que retirou da lista os professores e professores adjuntos de educação física e desportos. A Comissão desistiu do pedido relativamente a estas categorias, mas reclamou o reembolso das respectivas despesas processuais; em minha opinião, está no seu direito, de acordo com o n.° 4 do artigo 69.° do Regulamento Processual.

Assim, o pedido mantém-se quanto aos cinco quadros da polícia, ao pessoal dirigente, técnico e de formação profissional

dos serviços externos da administração penitenciária e aos directores de cadeias.

O Governo francês declarou ao Tribunal que estava a preparar um diploma legal para retirar da lista o pessoal dirigente e o pessoal técnico e de formação profissional dos serviços externos da administração penitenciária. Com efeito, é reconhecido o incumprimento quanto a estas duas categorias de funcionários. Embora o Governo francês tenha manifestado a intenção de cumprir as obrigações que lhe incumbem relativamente a estas categorias, parece-me que a Comissão tem direito à declaração que pediu, pois essa legislação ainda não foi aprovada.

Assim, o litígio apenas incide sobre os cinco quadros da polícia e os directores de cadeias.

O recrutamento para os cinco quadros da polícia não implica a organização de concursos diferentes, com exames diferentes e júris diferentes. Existe um só concurso, mas o respectivo aviso fixa, em cada caso, a percentagem de lugares a ocupar, respectivamente, por homens e por mulheres. A consequência é que uma pessoa que obtenha uma boa pontuação num concurso de recrutamento para um desses cargos, pode ver-se preterida em favor de uma pessoa do outro sexo que tenha obtido uma pontuação menos elevada, se a quota para o sexo a que pertence a primeira pessoa já estiver preenchida e a outra ainda não. A Comissão afirma que, no passado, a proporção dos lugares reservados às mulheres, aquando do recrutamento, era de 10 a 30 % (dependendo do cargo em causa).

Ninguém contesta que o artigo 3.° da directiva se aplica aos empregos na função pública (acórdão proferido no processo 248/83, Comissão/República Federal da Alemanha, Recueil 1985, p. 1459 e 1480, n.° 16) e que a fixação dessas quotas é, à primeira vista, contrária ao texto do artigo, que determina «a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo nas condições de acesso, incluindo os critérios de selecção, a empregos ou a postos de trabalho».

A questão consiste, pois, em saber se a regra e a prática adoptadas estão abrangidas por uma excepção a esta norma.

A posição do Governo francês é de que este caso está abrangido pelo n.° 2 do artigo 2.° da directiva (actividades profissionais para as quais o sexo constitui uma condição determinante). Afirma que a manutenção da ordem pública requer que seja patente a capacidade de utilizar a força em qualquer momento, o que seria dificultado por um recrutamento feminino em grande escala. A necessidade de dissuadir os potenciais desordeiros e os riscos físicos da função justificam que as mulheres apenas sejam recrutadas numa proporção limitada.

A Comissão responde que o efeito dissuasivo depende mais da força física que do sexo da pessoa em causa.

Parece claro que o n.° 2 do artigo 2.° deve ser interpretado de forma estrita (acórdão proferido no processo 222/84, Johnston/ /Chief Constable of the RUC, Colect. 1986, p. 1651, n.° 36). Em minha opinião, para se decidir sobre a sua aplicabilidade, é ne-

cessário tomar em consideração as actividades específicas em causa e verificar se, devido à natureza do trabalho ou às circunstâncias do seu exercício, o sexo é uma condição determinante para o desempenho dessas actividades.

As actividades inerentes a estes cinco quadros policiais são numerosas e variadas. O Governo francês admite que muitas destas actividades podem ser desempenhadas por pessoas de ambos os sexos. Argumenta, todavia, que os funcionários da polícia devem poder desempenhar indiferentemente diversas funções e que todos devem poder desempenhar funções policiais que exijam o emprego da força. Em sua opinião, estas últimas tarefas não são adequadas para mulheres.

Este argumento tem um certo peso, mas parece-me que se pretende alargar demais o âmbito de aplicação do n.° 2 do artigo 2.° Pode de facto acontecer que, para determinadas actividades de polícia (que exigem o uso da força ou uma demonstração da capacidade para a utilizar), o sexo possa ser um factor determinante, não apenas porque, em média, os homens são maiores e mais fortes que as mulheres (o que por si só não seria necessariamente suficiente), mas porque os potenciais delinquentes encaram os homens como mais prontos a utilizar a força, e talvez porque os homens a utilizam com mais facilidade. Trata-se, todavia, de problemas que não me parece necessário ou, com base nas provas disponíveis, possível resolver, sobretudo se se considerar o papel hoje desempenhado pelas mulheres nas forças policiais em determinadas partes do mundo. Pode existir uma diferença entre lidar com multidões violentas e situações em que um ou dois indivíduos ameaçam utilizar a violência. No que se refere à primeira hipótese, a Comissão parece aceitar que a excepção do n.° 2 do artigo 2.° se aplique a quadros como as compagnies républicaines de sécurité («CRS»), cujas actividades implicam regularmente o uso da força, em situações que podem envolver um grande número de pessoas. No que se refere à segunda hipótese, pode-se invocar o argumento de que, em algumas situações que a polícia tem de enfrentar, a presença de mulheres pode ser dissuasora da violência.

Todavia, mesmo que se admita que, para enfrentar a violência ou as ameaças de violência, o sexo possa ser um factor determinante, o Governo francês não se limitou a estabelecer quotas no que se refere aos funcionários da polícia que regularmente desempenham, ou podem regularmente desempenhar, semelhante função. As quotas foram adoptadas para todos os funcionários policiais das cinco categorias em questão.

Parece-me que existem diversos graus de comportamentos violentos e não foi provado que as mulheres não os possam enfrentar, seja qual for o seu grau, nem que, embora para áreas específicas ou para determinados fins se justifique serem utilizados apenas homens, haja justificação para que o recrutamento de mulheres para a polícia se efectue com base em quotas, seja qual for a natureza das actividades a desempenhar. A lei francesa fixa antecipadamente a quota de lugares a atribuir, respectivamente, aos homens e às mulheres, sem ter em consideração o contexto em que se desenvolverá a actividade profissional.

O caso Johnston era especial, numa situação «caracterizada por homicídios» frequentes. Não interpreto o que foi dito, especialmente nos n.os 36 a 40 e no ponto 3 da parte dispositiva do acórdão, como aplicável a todos os Estados-membros em todas as épocas,

embora tenham ocorrido, de tempos em tempos, graves explosões de violência em muitos deles. As disposições aqui em causa parecem-me desproporcionadas (acórdão Johnston, n.° 38).

Em minha opinião, o potencial perigo para as mulheres derivado de uma qualquer explosão de violência também não justifica esta aplicação indiferenciada das quotas, seja qual for a situação relativamente aos quadros especiais que têm de enfrentar grandes e violentas multidões ou grupos causadores de distúrbios. Estes riscos também não se encontram abrangidos pelo n.° 3 do artigo 2.° da directiva, que estabelece uma excepção para «as disposições relativas à protecção da mulher», como as que se referem à gravidez e à maternidade, e não abrange os riscos e perigos que não afectam especificamente as mulheres, enquanto tais.

O Governo francês também invocou o n.° 2 do artigo 9.° da directiva, que refere «a evolução social», para alegar que o seu sistema de recrutamentos distintos é um sistema evolutivo que permite alcançar gradualmente uma completa igualdade entre homens e mulheres em matéria de recrutamento. Em minha opinião, este argumento não tem sentido, pois o n.° 2 do artigo 9.° só entra em jogo após ter sido estabelecida uma excepção ao abrigo do n.° 2 do artigo 2.°, o que neste caso não se verifica numa base tão ampla quanto pretende a França.

As dificuldades práticas de aplicação da directiva, que diz respeito a actividades profissionais específicas, à função pública, onde o recrutamento é feito para um quadro, mas não para um lugar específico desse quadro, foram também sublinhadas. Ainda que essas dificuldades existam neste sistema, o Tribunal já várias vezes afirmou que «um Estado-membro não pode invocar disposições, práticas ou situações da sua ordem interna para justificar o incumprimento das obrigações e prazos estabelecidos nas directivas comunitárias» (por exemplo, no processo 42/80, Comissão/Itália, Recueil 1980, p. 3635, 3640). Em minha opinião, é ao Governo francês que compete, ao abrigo do artigo 189.° do Tratado CEE, adoptar e pôr em vigor as medidas necessárias para dar cumprimento à directiva a este respeito, ainda que isto signifique que tenha de introduzir alterações no sistema de recrutamento para a função pública.

Por último, o Governo francês referiu outras dificuldades práticas no recrutamento de mulheres para estes cinco quadros policiais em condições iguais às dos homens, tais como o facto de uma grande proporção das mulheres recrutadas ter pedido para trabalhar em tempo parcial e o facto de uma mulher-polícia grávida não poder usar o uniforme e ter, assim, de passar a desempenhar um trabalho de secretaria. Não me parece que os requerimentos para passar a trabalhar em tempo parcial apresentados por funcionários de um ou outro sexo possam justificar um sistema de recrutamento discriminatório. A gravidez das funcionárias tem de ser vista pela entidade patronal como uma das consequências da igualdade de tratamento exigida pela directiva. Em minha opinião, dificuldades de gestão de pessoal desta natureza não podem justificar que um Estado-membro não observe a obrigação de dar cumprimento à directiva, mesmo no que se refere a um serviço tão importante como a polícia.

Por conseguinte, em minha opinião, a Comissão tem razão ao solicitar a declaração de incumprimento no que se refere a estes cinco quadros da polícia.

O caso dos directores de cadeias é diferente do dos cinco quadros policiais a que nos temos vindo a referir, na medida em que estes lugares não são preenchidos por recrutamento inicial para um quadro, mas fazem parte da carreira do pessoal de vigilância prisional e são preenchidos por promoção. Assim, o artigo 1.° do Decreto n.° 77-1540, de 31 de Dezembro de 1977, estabelece que o quadro do pessoal de vigilância dos serviços externos da administração penitenciária compreende três graus, sendo o mais elevado o de chefe dos guardas prisionais. De acordo com o artigo 15.° do decreto, as cadeias com menos de 100 lugares podem ser dirigidas pelo chefe dos guardas prisionais e, de acordo com o artigo 17.° do decreto, os chefes de guardas prisionais que tenham atingido o terceiro escalão do seu grau podem ser nomeados para o lugar de director de cadeia, se estiverem inscritos numa lista de reserva aprovada após parecer de uma Comissão administrativa paritária. É conveniente distinguir «chef de maison d'arrêt» de «directeur d'établissement pénitentiaire», que aparentemente tem mais responsabilidades e é recrutado de forma diferente.

A Comissão aceitou que o pessoal de vigilância (isto é, os guardas prisionais) abaixo do nível de chefe pode ser recrutado em função do sexo sem que tal configure uma infracção à directiva, pois, para efeitos do n.° 2 do artigo 2.°, o sexo é uma condição determinante para a contratação do pessoal das prisões que efectivamente desempenha funções de vigilância. Todavia, a Comissão mantém que isto não se aplica à nomeação dos directores de cadeias, pois estes não desempenham funções de vigilância mas exercem funções administrativas e, portanto, não usam uniforme.

Se se olhar para a natureza das funções de um director de cadeia e para as condições do seu exercício, não me parece que se possa chegar à conclusão de que o sexo seja uma condição determinante.

O Governo francês provou que tanto mulheres como homens são nomeados para esses lugares, e a Comissão não contestou a informação dada. A Comissão, todavia, entende que o facto de se nomear um director de cadeia entre o pessoal que foi originariamente recrutado separadamente, em função do sexo, contém em si uma discriminação. Não aceito este argumento, tanto mais que a Comissão aceita que o pessoal de vigilância pode ser recrutado separadamente. O importante é saber se as nomeações para o lugar de director de cadeia são feitas de forma discriminatória, o que aqui não parece ser o caso. Assim, em minha opinião, as condições a que na prática obedece a nomeação dos chefes de guardas prisionais como directores de cadeias não são contrárias ao n.° 1 do artigo 3.° da directiva.

Todavia, as disposições legislativas e regulamentares que permitem recrutamentos separados para o lugar de director de cadeia permanecem em vigor, na medida em que esse lugar está incluído no quadro do pessoal de vigilância referido na lista. Embora esses lugares sejam preenchidos por promoção, isto não os faz sair do âmbito de aplicação do n.° 1 do artigo 3.° da directiva, que refere expressamente o acesso «a todos os níveis da hierarquia profissional». Nesta medida, o Governo francês manteve em vigor disposições legislativas e regulamentares contrárias à directiva e a Comissão pode legitimamente esperar que seja declarado o incumprimento, nos termos do pedido.

Por conseguinte, em minha opinião, a Comissão tem razão ao solicitar que o Tribunal declare que a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado ao não adoptar todas as medidas necessárias para garantir a aplicação completa e exacta da Directiva 76/207/CEE do Conselho no prazo estabelecido no primeiro parágrafo do n.° 1 do seu artigo 9.° e, em especial, ao manter, de forma injustificada face às exigências da directiva, um sistema de recrutamentos distintos em função do sexo para efeitos das nomeações para os seguintes quadros de funcionários: comissários, comandantes e oficiais, inspectores, investigadores, graduados e agentes da polícia, pessoal dirigente dos serviços externos da administração penitenciária, pessoal técnico e de formação profissional dos serviços externos da administração penitenciária e «chefs de maison d'arrêt», ou seja, chefes de guardas prisionais responsáveis pela direcção de cadeias.

Em minha opinião, a Comissão tem direito a ser reembolsada das despesas pois, quanto ao essencial, foi parte vencedora.