

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
ANTONIO LA PERGOLA

apresentadas em 18 de Maio de 1999 *

As questões prejudiciais

1. O presente processo diz respeito a uma alegada discriminação baseada no sexo em recrutamento para um corpo de elite das Forças Armadas britânicas. Foram submetidas ao Tribunal de Justiça seis questões prejudiciais relativas ao âmbito de aplicação do Tratado CE em geral e, em especial, à interpretação do artigo 224.º deste Tratado e do artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 76/207/CEE¹ (a seguir «directiva»). Em particular, o Industrial Tribunal de Bury St Edmunds (Reino Unido) pede ao Tribunal de Justiça que esclareça se uma política que, por razões atinentes ao imperativo de assegurar a eficácia no combate das forças armadas, exclui, em tempo de paz e/ou no âmbito da preparação para a guerra, o recrutamento de mulheres para as forças armadas em geral ou para um corpo de elite de fuzileiros da marinha rigorosamente fundado, na sua organização e actividades, no chamado princípio da interoperabilidade² escapa, pura e simplesmente, ao âmbito de aplicação do Tratado e da

directiva ou, a título subsidiário, se está fora do âmbito de aplicação da directiva nos termos do artigo 224.º do Tratado ou, a título ainda mais subsidiário, se encontra justificação na derrogação prevista no artigo 2.º, n.º 2, da directiva. As questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio ao Tribunal de Justiça são as seguintes:

«1) As decisões políticas que um Estado-Membro toma, em tempo de paz e/ou de preparação para a guerra, em relação ao acesso ao emprego, à formação profissional, às condições de trabalho, ou ao dispositivo das suas forças armadas, quando essas decisões políticas são tomadas para efeitos de eficácia no combate, estão fora do âmbito do Tratado CE e/ou do direito derivado, em especial da Directiva 76/207/CEE do Conselho?

2) As decisões que um Estado-Membro pode adoptar de preparação para a guerra e em tempo de paz em relação ao recrutamento, treino e dispositivo dos soldados em unidades de comandos da marinha das suas forças armadas destinadas a combate próximo com forças inimigas em caso de guerra estão fora do âmbito do Tratado CE ou do

* Língua original: italiano.

1 — Directiva 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).

2 — De acordo com o Ministry of Defence do Reino Unido, «a interoperabilidade» pode ser, em resumo, definida como a capacidade de um indivíduo desempenhar mais de uma tarefa. No que respeita aos fuzileiros da marinha, trata-se da capacidade de intervir quer como militar dispondo de uma qualificação específica (por exemplo, um cozinheiro) quer como comando (v. n.º 2 do despacho de reenvio).

direito dele derivado quando essas decisões são tomadas para efeitos de assegurar a eficácia dessas unidades no combate?

ou de preparação para a guerra, todas as mulheres do serviço como fuzileiros intermutáveis pode ser justificada nos termos do artigo 2.º, n.º 2, da Directiva 76/207/CEE do Conselho?

3) O artigo 224.º do Tratado CE, na sua correcta interpretação, permite que os Estados-Membros excluam do âmbito da Directiva 76/207/CEE do Conselho a discriminação em razão do sexo relativamente ao acesso ao emprego, formação profissional, condições de trabalho, incluindo as condições relativas ao despedimento nas forças armadas em tempo de paz e/ou de preparação para a guerra, para efeitos de assegurar a eficácia no combate?

6) Em caso de resposta afirmativa, qual é o critério que deve ser aplicado por um tribunal nacional para apreciar se a aplicação da política é ou não justificada?»

A pertinente regulamentação comunitária

4) A política adoptada por um Estado-Membro de excluir todas as mulheres, em tempo de paz e/ou de preparação para a guerra, do serviço como fuzileiros intermutáveis pode ser excluída do âmbito da Directiva 76/207/CEE do Conselho por aplicação do artigo 224.º? Se assim for, que linhas de orientação ou critérios devem ser aplicados para determinar se essa política pode correctamente ser excluída do âmbito da Directiva 76/207/CEE em virtude do artigo 224.º?

2. Nos termos do artigo 224.º do Tratado, «Os Estados-Membros procederão a consultas recíprocas tendo em vista estabelecer de comum acordo as providências necessárias para evitar que o funcionamento do mercado comum seja afectado pelas medidas que qualquer Estado-Membro possa ser levado a tomar em caso de graves perturbações internas que afectem a ordem pública, em caso de guerra ou de tensão internacional grave que constitua ameaça de guerra, ou para fazer face a compromissos assumidos por esse Estado para a manutenção da paz e da segurança internacional.»

5) A política adoptada por um Estado-Membro de excluir, em tempo de paz e/

As pertinentes disposições da directiva são o artigo 2.º, n.º 1, que dispõe que «O princípio da igualdade de tratamento, na acepção [da directiva], implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente»; o

artigo 2.º, n.º 2: «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 artigo 3.º, n.º 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»; e o artigo 9.º, n.º 2: «Os Estados-Membros devem proceder periodicamente a um exame das actividades profissionais referidas no n.º 2 do artigo 2.º, 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».

Enquadramento factual e regulamentar nacional do processo principal

3. A. Sirdar foi contratada como cozinheira nas Forças Armadas britânicas em 1983, com 17 anos, e afectada, desde 1990, ao 29.º regimento de comandos da Royal Artillery (sem contudo aí prestar serviço como combatente). Em Fevereiro de 1994, recebeu pré-aviso de despedimento, com fundamento na existência de excesso de efectivos, com efeitos um ano depois. Este despedimento, que atingiu mais de 500 cozinheiros das forças armadas à época dos factos, pretendia reduzir os custos da defesa. No entanto, a Chefs Branch dos

Royal Marines não tinha cozinheiros e o coronel Brook, segundo comandante da logística desta formação, convidou as pessoas afectadas pelos cortes na defesa a pedirem transferência para os Royal Marines, pedido que seria, contudo, seguido de uma primeira selecção e de um treino. Em 19 de Julho de 1994, o coronel Brook enviou igualmente uma carta-tipo neste sentido a A. Sirdar, cujo nome constava na lista das pessoas que seriam brevemente despedidas devido a excesso de efectivos. Pouco depois do envio desta carta, o coronel Brook recebeu, do 29.º regimento de comandos, a informação de que o candidato a quem tinha proposto a transferência era uma mulher. Uma vez que os Royal Marines não aceitam mulheres nas suas fileiras (por razões que a seguir indicaremos), o coronel Brook comunicou a A. Sirdar que a carta que lhe propunha a transferência tinha sido enviada por erro e que, por conseguinte, a sua candidatura não podia ser tomada em consideração. Em 28 de Fevereiro de 1995, A. Sirdar foi despedida. Seguidamente, intentou uma acção no Industrial Tribunal alegando que tinha sido vítima de discriminação ilegal em razão do sexo.

4. O Secretary of State for Defence e o Army Board sustentam, no processo principal, que deve ser considerada legal a recusa de recrutar A. Sirdar, que decorre da política do Ministry of Defence de não recrutar mulheres para as fileiras dos Royal Marines, a fim de assegurar a sua eficácia no combate, dado que se baseia em texto legal actualmente em vigor, a Section 85(4) do Sex Discrimination Act 1975 (a seguir «SDA»). Esta lei estabelece uma derrogação ao princípio geral da igualdade de tratamento entre homens e mulheres. Prevê que «nenhuma disposição da presente lei pode ter por efeito a ilegalidade de qual-

quer acto praticado para assegurar a eficácia no combate das forças navais, terrestres ou aéreas da Coroa»³.

O corpo dos Royal Marines e o princípio da interoperabilidade

5. O corpo de elite dos Royal Marines é constituído por cerca de 5 900 militares, ou seja, aproximadamente 2% do conjunto das Forças Armadas do Reino Unido. Os Royal Marines são as tropas de desembarque das forças anfíbias do país. De acordo com a expressão de um dos seus comandantes, o coronel Wilson, «as características desta força de desembarque, do tamanho de uma brigada, são as de uma infantaria anfíbia flexível e militarmente equilibrada, treinada para operações de comando, móvel, rapidamente operacional e capaz de assegurar, em condições extremas, qualquer tipo de operação militar»⁴. No fundo, os Royal Marines, uma pequena unidade, constituem a ponta-de-lança das Forças Armadas britânicas e têm por missão intervir em primeira linha, principalmente como comandos.

6. De acordo com o Ministry of Defence, o princípio da interoperabilidade basta para justificar a recusa de A. Sirdar pelos Royal

Marines: a presença de mulheres nesta unidade constituiria um obstáculo à interoperabilidade e, por conseguinte, à eficácia das formações de combate. O coronel Wilson descreve a interoperabilidade, que está subjacente à organização e à actividade dos Royal Marines em todos os aspectos, como uma dupla capacidade dos militares em causa: em primeiro lugar, a de «um indivíduo, independentemente da sua especialização [como um cozinheiro], desempenhar um certo número de tarefas dentro de uma unidade e no mais curto espaço de tempo»; em segundo lugar, a (que constitui a própria essência desta doutrina) «de um indivíduo, independentemente da sua especialização, combater enquanto soldado de infantaria». «A este propósito, acrescenta o coronel Wilson, todos os Royal Marines, oficiais ou não, são treinados como comandos»⁵. No fundo, não é possível entrar nos Royal Marines para aí desempenhar exclusivamente tarefas de cozinheiro ou qualquer outra actividade especializada. Graças ao seu treino (idêntico para todos os elementos da formação), o cozinheiro dos Royal Marines é também e antes de mais um comando.

7. Resulta do despacho de reenvio que o princípio da interoperabilidade é efectiva-

3 — Tradução livre. O novo texto da Section 85(4) foi inserido pelos Sex Discrimination Act 1975 (Application to the Armed Forces etc.) Regulations de 20 de Dezembro de 1994 (SI 1994/3276; a seguir «SDA Regulations») a fim de se conformar com as obrigações decorrentes da directiva. Antes desta modificação, as forças armadas escapavam totalmente ao âmbito de aplicação do SDA por força da anterior redacção da Section 85(4).

4 — V. n.º 14 do despacho de reenvio (tradução livre). Atentas as suas características, os Royal Marines fazem parte da força de intervenção rápida da NATO. O órgão jurisdicional de reenvio informa-nos também de que os Royal Marines operam em pequenas unidades táticas («fire teams») compostas por alguns homens que trabalham em grupos de dois e alcançam assim um grau de colaboração máximo.

5 — V. n.º 18 do despacho de reenvio (tradução livre). Além disso, sempre segundo a expressão do coronel Wilson, «A principal razão por que a interoperabilidade é de importância tão fundamental para os Royal Marines diz respeito ao seu papel da maior importância na condução de operações anfíbias. Uma vez a brigada desembarcada nas praias, eventualmente numa costa hostil, tem de agir autonomamente, para encontrar um ponto de apoio e aguardar a chegada de reforços. As forças anfíbias desembarcadas não têm as linhas de retaguarda de que dispõem normalmente as tropas terrestres e graças às quais podem reforçar-se rapidamente e reaprovisionar-se. Por conseguinte, as forças anfíbias devem ser autónomas e contar com os seus próprios recursos. Por isso, todo o Royal Marine da brigada deve ser capaz de combater, onde quer que encontre o inimigo, dando também nesta situação mostras da sua interoperabilidade» (v. n.º 23 do despacho de reenvio; tradução livre).

mente aplicado constantemente e em qualquer circunstância. O órgão jurisdicional de reenvio recorda, a título de exemplo, o caso dos cozinheiros da Chefs Branch dos Royal Marines que combateram activamente nas Malvinas e que, em determinados casos, foram mortos. Mesmo os membros das «unidades estáticas» (que não estão em serviço activo) dos Royal Marines têm a obrigação de manter um nível elevado de eficácia física e devem sujeitar-se três vezes por ano a um exame para testar a sua forma física, o «Marine Basic Fitness Test»⁶. Com base nas provas que o Ministry of Defence apresentou, o órgão jurisdicional nacional conclui que, «[relativamente ao princípio segundo o qual todos os Royal Marines podem ser utilizados em qualquer lugar como soldados de infantaria], os elementos de prova tendem a demonstrar que: a) assim sucede na realidade; b) os Royal Marines são organizados e treinados nessa base; c) todos os homens são recrutados com essa finalidade (notamos incidentalmente que estamos a tratar no caso vertente — com base em factos não contestados — do *recrutamento* de um cozinheiro das forças armadas pelos Royal

Marines); d) não existe *nenhuma* excepção no *recrutamento*»⁷.

Quanto ao mérito

8. No processo que lhe foi submetido, o órgão jurisdicional de reenvio considerou dever formular as quatro primeiras das seis questões prejudiciais distinguindo o caso do acesso às forças armadas em geral (primeira e terceira questões) do caso específico do acesso a um corpo de comandos de elite (segunda e quarta questões). No essencial, contudo, o conjunto destas quatro questões submetidas ao Tribunal de Justiça coloca dois problemas cuja solução não pode, em nosso entender, diferir consoante a discriminação baseada no sexo dos interessados diga respeito ao conjunto das forças armadas ou apenas a uma das suas componentes. O que se pergunta, na realidade, ao Tribunal de Justiça é: a) se o emprego nas forças armadas, independentemente de serem vistas globalmente ou como corpo de elite, escapa, pela sua própria natureza, ao âmbito de aplicação do Tratado ou do direito derivado ou b) se o artigo 224.º do Tratado permite aos Estados-Membros excluir este domínio — quer se trate do conjunto das forças, quer de determinadas formações ou corpos de elite específicos — do âmbito da directiva, que justamente foi concebida com a preocupação de assegurar a igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso ao trabalho. As primeira e segunda ques-

6 — A razão por que qualquer Royal Marine, independentemente da sua especialização, se deve manter em perfeita condição física consta de um relatório intitulado *Revisão da política de admissão das mulheres nas forças armadas: Efeitos para os Royal Marines*, publicado em 10 de Junho de 1994 (algumas semanas antes de o coronel Brook ter enviado a A. Sirdar a carta para pedir a sua transferência): «2(b) *Interoperabilidade*. Porque constituem um núcleo de dimensões restritas, todos os Royal Marines devem estar aptos, em tempo de crise e de falta de efectivos, a servir a todo o momento, no seu posto e nível de competências, numa unidade de comandos. A reactivação dos efectivos exige o desdobramento de até 1 150 soldados e oficiais a partir das respectiva base de treino, unidades de base e quartéis-generais, para as unidades de comandos e com força de substituição de perdas em combate, no âmbito da redistribuição das forças armadas para enfrentar uma crise grave. A utilização de mulheres nos Royal Marines não permitiria esta interoperabilidade» (v. n.º 42 do despacho de reenvio; tradução livre).

7 — V. n.º 44 do despacho de reenvio (tradução livre, mas sublinhado no original). Esclarecemos que, de acordo com as indicações de A. Sirdar, não contestadas pelo Governo do Reino Unido, os membros da fanfara militar dos Royal Marines, na qual são admitidas mulheres e para a qual, por conseguinte, a regra da interoperabilidade não se aplica, parece constituir a única excepção no recrutamento.

tões referem-se ao problema indicado na alínea a), as terceira e quarta, ao referido na alínea b). Examinaremos conjuntamente, porque, como dissemos, são conexas, as questões que figuram, respectivamente, numa ou noutra das vertentes que acabamos de descrever.

As primeira e segunda questões prejudiciais

9. Com as duas primeiras questões, o órgão jurisdicional britânico pretende se decida, no essencial, se é de considerar que as decisões sobre as condições de emprego, incluindo nas forças armadas ou num dos seus corpos de elite, tomadas por um Estado-Membro em razão da eficácia no combate, em tempo de paz e/ou no âmbito da preparação para a guerra, se encontram fora do âmbito de aplicação do Tratado e do direito derivado.

10. O Governo do Reino Unido, que, tal como A. Sirdar, os Governos francês e português e a Comissão, apresentou observações, considera que resulta necessariamente dos termos do artigo 224.º do Tratado que tais decisões caem fora da alçada do Tratado. Os Governos francês e português alegam que a actividade das forças armadas está estreitamente ligada à noção de soberania, que os Estados-Membros só

teriam «partilhado», segundo o Tratado, noutros domínios e não na defesa. Esta última matéria continua, por conseguinte, a caber na sua competência exclusiva⁸ e o presente litígio, que lhe diz respeito, não pode ser equiparado ao que o Tribunal de Justiça decidiu com base na jurisprudência consagrada em matéria de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere, não às forças armadas, mas às forças de polícia e de segurança interna⁹, que nada tem a ver, observam os governos referidos, com a defesa externa do País. O Governo francês salientou seguidamente que as forças armadas escapam totalmente ao âmbito de aplicação do Tratado no respeitante ao seu artigo 48.º, n.º 4, que exclui os empregos na administração pública do âmbito de aplicação da livre circulação garantida pelo Tratado aos trabalhadores. Por seu turno, A. Sirdar refere que não se pode considerar que a decisão de excluir as mulheres das forças armadas com o objectivo de assegurar a eficácia de combate cai fora do âmbito das disposições do Tratado ou da directiva. Tal resultado não está previsto em nenhuma disposição específica desses actos regulamentadores e não pode ser deduzido da ordem jurídica comunitária em geral. Quanto ao artigo 224.º do Tratado, no qual o Reino Unido se apoia para defender a tese contrária, este considera, manifesta e exclusivamente, hipóteses excepcionais, inexistentes no caso vertente. O ponto que merece presentemente ser clarificado consiste em saber se o acórdão que o Tribunal de Justiça proferiu no processo Johnston pode constituir precedente útil para colocar e resolver correctamente as questões em causa. Pela nossa parte, consideramos que

8 — O Governo francês, em especial, entende que a defesa deve ser tratada à semelhança de outras funções tradicionalmente reservadas aos Estados, como a justiça, a diplomacia, as finanças públicas e a *polícia*.

9 — Acórdão de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651).

assim é, como explicamos nas considerações seguintes.

11. O acórdão Johnston diz respeito à exclusão das mulheres da função de polícia que implique o uso de armas. As autoridades do Reino Unido tinham adoptado esta medida com a preocupação de manutenção da ordem pública, gravemente ameaçada pela situação particular na Irlanda do Norte. Neste processo, o Governo do Reino Unido tinha sustentado, enumerando uma série de derrogações previstas pelo Tratado CE em matéria de segurança pública (os artigos 36.º, 48.º, 56.º, 223.º e 224.º), que nem o Tratado nem o direito comunitário derivado se aplicam aos domínios controvertidos¹⁰. O Tribunal de Justiça, no entanto, rejeitou claramente esta tese, nos seguintes termos: «[as derrogações específicas de carácter excepcional que figuram no Tratado] não permitem a dedução de uma reserva geral implícita no Tratado, para qualquer medida tomada com base na *segurança pública*. Reconhecer uma reserva geral a todas as normas do direito comunitário, fora das condições específicas estabelecidas nas disposições do Tratado, seria correr o risco de pôr em causa o carácter obrigatório e a aplicação uniforme do direito comunitário»¹¹.

12. Ora, uma expressão tão clara e persuasiva da jurisprudência deste Tribunal aplica-se, em nosso entender, à segurança,

quer *externa* quer *interna*, de cada Estado-Membro. Não descortinamos por que razão as exigências ligadas à defesa devem ser consideradas num nível de «reserva geral inerente ao Tratado» e constituir assim uma ordem «privilegiada» em relação às exigências de segurança interna, que o Tribunal de Justiça apreciou no processo Johnston para chegar ao resultado referido. E isto por várias razões. Antes de mais, depois do acórdão Costa, o Tribunal de Justiça sempre rejeitou a ideia de que os Estados-Membros dispõem de poderes de derrogação geral inerentes à economia do Tratado: «Quando é reconhecido aos Estados-Membros o direito de agir unilateralmente, isso apoia-se numa cláusula *especial precisa* (por exemplo, artigos 15.º, 93.º, n.º 3, 223.º a 225.º)»¹².

13. Verificamos, em seguida, que as derrogações específicas relativas à segurança externa previstas pelo Tratado apresentam um carácter excepcional, à semelhança das que se referem à segurança interna. As derrogações previstas nos artigos 223.º e 224.º do Tratado revestem mesmo um carácter particularmente excepcional no sentido de que são «absolutamente excepcional[ais]»¹³ e não simplesmente «excepcionais», como as consideradas, por seu turno, nos artigos 36.º, 48.º, n.º 3, e 56.º, n.º 1, do Tratado¹⁴. Face à sua natureza, as derrogações apresentadas deste modo devem, logicamente, ser objecto de interpretação *particularmente* restritiva. Não se

10 — V. n.º 24 do acórdão.

11 — V. n.º 26 do acórdão (sublinhado nosso).

12 — Acórdão de 15 de Julho de 1964 (6/64, Colect. 1962-1964, p. 549, em especial, p. 556; sublinhado nosso).

13 — V. n.º 27 do acórdão Johnston.

14 — Esta observação foi feita pelo advogado-geral F. G. Jacobs nas conclusões referidas no processo dito «Macedónia» (n.º 46; despacho de cancelamento de 19 de Março de 1996, Comissão/Grécia, C-120/94, Colect., p. I-1513).

pode, com efeito, deduzir da sua simples existência uma qualquer reserva geral (de soberania estatal) subjacente ao Tratado. O Tribunal excluiu-a no que se refere à segurança interna do Tratado. Importa concluir do mesmo modo quanto à defesa e segurança externas. Na verdade, independentemente do processo Johnston, o paralelismo entre as esferas externa e interna da segurança parece ter sido salientado por diversas vezes pela jurisprudência deste Tribunal (assim, por exemplo, no que se refere à disposição do artigo 36.º do Tratado)¹⁵. É aliás significativo que seja o próprio texto do artigo 224.º do Tratado que coloca no mesmo nível o caso de perturbações internas graves que afectam a ordem pública (aos quais se referia a defesa do Governo do Reino Unido no processo Johnston) e o caso de guerra ou de tensão internacional grave¹⁶.

14. Acrescentamos que, como observou A. Sirdar, quando o Tratado (v. o arti-

15 — Acórdãos de 4 de Outubro de 1991, Richardt e «Les Accessoirs Scientifiques» (C-367/89, Colect., p. I-4621, n.º 22); de 17 de Outubro de 1995, Werner (C-70/94, Colect., p. I-3189, n.º 25), e de 17 de Outubro de 1995, Leifer e o. (C-83/94, Colect., p. I-3231, n.º 26).

16 — Quanto à tese do Governo francês baseada na competência exclusiva dos Estados-Membros no que concerne às funções, como a de polícia, tradicionalmente reservadas aos Estados, salientamos além disso que, em conformidade com a jurisprudência Johnston, o Tribunal de Justiça não hesitou em declarar, no acórdão de 30 de Junho de 1988, Comissão/França (318/86, Colect., p. 3559), que cabem no âmbito de aplicação da directiva quer as secções activas do corpo de polícia nacional [se bem que o Governo francês tenha sublinhado «o imperativo fundamental da manutenção da ordem» (n.º 21) e de «para não se comprometer o bom desempenho das tarefas de segurança pública» (n.º 22)] quer o corpo dos guardas prisionais (actividade que implica contactos regulares com os detidos).

go 48.º, n.º 4) entendeu excluir a função pública, fê-lo expressamente, enquanto aqui parece não existir qualquer regra (quer expressa, tácita ou «inerente») que exclua do âmbito de aplicação do Tratado e da directiva o domínio do emprego nas forças armadas em geral ou em corpos de elite específicos, a não ser (eventualmente) a excepção que consta do artigo 2.º, n.º 2, da referida directiva (à qual voltaremos em seguida). De resto, admitir uma reserva tácita de carácter geral permitiria uma série potencialmente ilimitada de reservas similares, com o resultado de prejudicar cada vez mais a natureza obrigatória e a aplicação uniforme do direito comunitário, como especificado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Johnston.

15. O Reino Unido, que, no caso vertente, sustenta claramente a extraneidade ao Tratado do domínio em questão, reconheceu ele mesmo, *expressamente*, noutra ocasião, que o emprego nas forças armadas não escapa ao direito comunitário e, em especial, à directiva. Na exposição dos motivos de 1994 que acompanhava os SDA Regulations, que, com base no artigo 2.º, n.º 2, do European Communities Act 1972, alteraram a Section 85(4) do SDA, afirmava-se a necessidade de revogar a regra anteriormente em vigor que excluía completamente as forças armadas do âmbito de aplicação desta lei, e isso «de modo a tornar a Sex Discrimination Act conforme às obrigações decorrentes da Directiva 76/207/CEE do Conselho, *no*

que se refere às forças armadas da Coroa»¹⁷. Importa notar, a este propósito, que, à semelhança do Reino Unido, o Reino da Bélgica¹⁸, o Reino da Dinamarca¹⁹, a República Helénica²⁰, o Grão-Ducado do Luxemburgo²¹ e o Reino dos Países

Baixos²² consideraram que a directiva era aplicável ao emprego nas forças armadas, enquanto em França, disposições em todos os pontos análogas à da directiva são aplicáveis²³.

16. Vem, em seguida, a tese do Governo francês, segundo a qual o domínio objecto das questões prejudiciais se encontra fora do âmbito de aplicação do Tratado por força do seu artigo 48.º, n.º 4, que exclui da livre circulação de trabalhadores os empregos na administração pública. É uma opinião de que não partilhamos. Como o próprio Tribunal afirmou, «importa sublinhar que a Directiva 76/207, tal como aliás a Directiva [75/117/CEE²⁴], se aplica aos empregos na administração pública. Estas directivas, à semelhança do artigo 119.º do Tratado CEE, têm um alcance geral inerente à própria natureza do princípio que definem; não se pode, com efeito, introduzir novas discriminações que excluam determinadas categorias da aplicação das disposições destinadas a garantir a igualdade de tratamento entre homens e mulheres no con-

17 — V. «Explanatory Note» que acompanhava os SDA Regulations (sublinhado nosso). O título da lei (*Six Discrimination Act 1975 [Application to Armed Forces etc] Regulations*) parece-nos ainda mais significativo. Sempre nesta nota explicativa, podemos ler que «o texto da anterior redacção da Section 85(4) (que excluía as forças armadas do âmbito de aplicação da lei) está hoje revogado (que a lei se aplica agora também ao serviço nas forças armadas)» (tradução livre; sublinhado nosso).

Salientamos que, já em 1991, o Ministry of Defence tinha reconhecido na High Court que a sua política de despedimento de mulheres grávidas das forças armadas infringia a directiva, reconhecendo assim a sua relevância precisamente no que concerne às forças armadas (v. a questão escrita n.º E-2447/94 de Robin Teverson à Comissão, de 30 de Novembro de 1994, JO 1995, C 81, p. 33). A política de despedimento de mulheres grávidas pode igualmente ser considerada necessária para não atingir, numa certa medida, o nível de eficácia no combate do corpo a que pertencem, uma vez que se ausentam por um período certamente considerável, de modo que têm que ser substituídas por outro militar.

18 — Uma circular do Ministério da Defesa Nacional declara sem ambiguidade que a Lei de 4 de Agosto de 1978 (de transposição da directiva) se aplica igualmente ao pessoal militar.

19 — O artigo 13.º, n.º 1, da Lei n.º 213, de 3 de Abril de 1978, que transpõe a directiva, é o equivalente do artigo 2.º, n.º 2, da própria directiva e o ministro da Defesa aplicou-a durante anos ao emprego das mulheres nas tropas de combate e como piloto de caça. Nunca foi feito uso desta derrogação depois de 1993, a saber, depois de as mulheres terem sido admitidas em qualquer unidade das Forças Armadas dinamarquesas. Resulta além disso de um recente relatório da OTAN que, por aplicação de uma nova lei em 19 de Fevereiro de 1998, as mulheres não estão excluídas de qualquer actividade nas Forças Armadas dinamarquesas desde 1 de Junho de 1998 (v. *Women in the NATO Forces — Year-In-Review 1998*, editada pelo The Advisory Office on Women in the NATO Forces, Bruxelas, 1998, pp. 14 a 16).

20 — A jurisprudência administrativa reconhece a aplicação às forças armadas e de polícia do princípio constitucional de não discriminação, em todos os pontos análogo ao previsto na directiva. O Conselho de Estado, além disso, referiu-se directa e reiteradamente à directiva para declarar a ilegalidade de uma decisão ministerial que previa quotas anuais de admissão de mulheres nas escolas militares (v. ΔΕΠΛΘ 2470/1991, ΣτΕ 2857/1993, ΣτΕ 1067/1994, ΣτΕ 744/1995 e ΣτΕ 870/1995).

21 — Na sequência de acção proposta pela Comissão nos termos do artigo 169.º do Tratado CE (v. processo Comissão/Luxemburgo, 180/86, JO C 215, p. 3; este processo foi cancelado), o Grão-Ducado do Luxemburgo alterou as disposições relativas à organização das suas forças armadas consideradas contrárias à directiva (e, designadamente, revogou a disposição que previa que unicamente os homens podiam servir como voluntários).

22 — O artigo 5.º, n.º 2, da *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen* (lei sobre a igualdade de tratamento entre homens e mulheres) retoma o texto do artigo 2.º, n.º 2, da directiva. Uma política do Ministério da Defesa exclui as mulheres unicamente de secções específicas, como os tripulantes de submarinos e os fuzileiros («korps mariniers»).

23 — Mesmo se não expressamente adoptado para se conformar às obrigações decorrentes da directiva, o artigo 6.º da Lei de 13 de Julho de 1983 relativa ao Estatuto dos Funcionários prevê uma derrogação ao princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em todos os pontos análoga à prevista pelo artigo 2.º, n.º 2, da directiva. Esta derrogação aplica-se igualmente às forças armadas e um decreto do ministro da Defesa de 29 de Abril de 1998 enumera os empregos nas forças armadas e na polícia a que as mulheres não têm acesso (tratando-se de forças terrestres, aparece aí citado, em especial, o emprego que implica a possibilidade de um contacto directo e prolongado com o inimigo).

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

junto da vida profissional»²⁵. Na linha desta jurisprudência, encontramos, além dos acórdãos já referidos, Johnston (forças de polícia na Irlanda do Norte) e Comissão/França (elementos activos do corpo de polícia nacional e do pessoal de guardas prisionais)²⁶, nos quais o Tribunal concretamente aplicou a directiva aos empregos na administração pública. O facto de um emprego na administração pública em geral e nas forças armadas em particular integrar o âmbito de aplicação do Tratado, e do direito derivado, é seguidamente confirmado no artigo 3.º, n.º 1, da própria directiva, cujo alcance é extremamente lato. A proibição de qualquer discriminação em razão do sexo, ligada ao princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres — um dos direitos fundamentais da pessoa humana²⁷ — é aí literalmente definido como de aplicação «*independentemente* do sector ou do ramo de actividade»: as duas únicas derrogações são as previstas na própria directiva. Delas faz parte a do artigo 2.º, n.º 2.

17. Observemos que, de qualquer modo, o artigo 48.º, n.º 4, do Tratado não parece aplicável ao caso de A. Sirdar, por duas razões. Por um lado, em razão da natureza

puramente interna do emprego (potencial): foi recusado a uma nacional britânica, não migrante, o acesso a um emprego no Reino Unido. Por outro lado, o princípio fundamental da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que respeita ao acesso ao trabalho decorre de uma regulamentação (a directiva adoptada com base no artigo 235.º do Tratado CE) que se insere na política social da Comunidade Europeia [o artigo 3.º, alínea i), do Tratado CE²⁸] mais do que o objectivo de realizar o mercado interno, caracterizado, nomeadamente, pela ausência de obstáculos à livre circulação de pessoas [artigo 3.º, alínea c), do Tratado] na acepção do artigo 48.º do Tratado.

18. A que conclusão nos levam as considerações desenvolvidas acima no que concerne às primeira e segunda questões? À de excluir que o emprego nas forças armadas, mesmo em tempo de paz, constitui uma área inteiramente absorvida pela competência nacional por força da reserva geral a favor dos Estados-Membros subjacente ao próprio Tratado: um domínio no qual a soberania não é «partilhada» para efeitos do processo de integração. Explicaremos seguidamente como o instrumento da directiva foi utilizado para atrair o domínio em causa à ordem jurídica comunitária, na perspectiva fundamental das garantias ligadas à igualdade de tratamento entre homens e mulheres, sem prejuízo da derrogação consentida aos Estados-Membros para ter devidamente em conta as circunstâncias que cabem na sua apreciação. Na

25 — Acórdão de 21 de Maio de 1985, Comissão/Alemanha (248/83, Recueil, p. 1459, n.º 16).

26 — V. igualmente os acórdãos de 17 de Outubro de 1995, Kalanke (C-450/93, Colect., p. I-3051), relativo ao caso de um técnico de horticultura nos serviços de espaços verdes da cidade de Bremen, e de 30 de Abril de 1996, P/S (C-13/94, Colect., p. I-2143), relativo a um gestor num estabelecimento de ensino dependente da autoridade administrativa territorialmente competente.

27 — V., entre outros, os acórdãos de 15 de Junho de 1978, Defrenne (149/77, Colect., p. 463, n.º 27); de 20 de Março de 1984, Razzouk e Beydoun/Comissão (75/82 e 117/82, Recueil, p. 1509, n.º 16), e P/S, já referido, n.º 19.

28 — Mesmo se, à data da adopção da directiva, a sua redacção não é a mesma de hoje, o artigo 3.º, alínea i), do Tratado parece ter conservado, desde então, o essencial do objectivo actualmente prosseguido pela Comunidade.

mesma ordem de ideias, não são apenas os valores da soberania nacional mas também do Estado de direito que são «partilhados» pelos redactores da directiva. É o que resulta claramente do acórdão que o Tribunal de Justiça proferiu no processo Johnston. Resulta das suas declarações neste acórdão que a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres não está sujeita a nenhuma reserva geral quanto às disposições adoptadas, em tempo de paz e/ou no quadro da preparação para a guerra, justificadas pelo imperativo de assegurar a eficácia das forças armadas em combate.

As terceira e quarta questões prejudiciais

19. A problemática da terceira e quarta questões insere-se no disposto no artigo 224.º do Tratado. O Tribunal de Justiça é chamado a determinar se este pode ser interpretado no sentido de excluir, pelo menos do âmbito de aplicação da directiva, as decisões políticas respeitantes ao acesso às forças armadas objecto das questões apreciadas acima.

20. No entendimento do Governo português, a derrogação prevista ao artigo 224.º do Tratado não tem relevância no caso vertente. Os poderes reconhecidos por este artigo aos Estados-Membros apenas se deviam aplicar a situações de todo excepcionais e não quando as escolhas relativas à preparação e à organização das forças

armadas, mesmo inspiradas pela preocupação de assegurar a eficácia em combate, se efectuam num clima de normalidade. O Reino Unido e a Comissão²⁹ consideram, ao invés, que o caso vertente integra a derrogação prevista no artigo 224.º do Tratado. O poder de adoptar medidas derogatórias ao Tratado «em caso de guerra» aplica-se forçosamente também quando se trata de decisões derogatórias análogas tomadas em tempo de paz mas no quadro da preparação para a guerra, sempre com o objectivo de assegurar a eficácia em combate; tanto mais, observa o Reino Unido referindo-se às declarações do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Macedónia, que «a guerra é por definição um acontecimento imprevisível. A transição das escaramuças para o conflito armado pode ser rápida e dramática»³⁰. A Sirdar nega, por seu turno, a relevância do artigo 224.º do Tratado no caso vertente, invocando dois tipos de argumentos: a) no acórdão Johnston, diz, o Tribunal de Justiça qualificou «de todo excepcional» a derrogação prevista pela referida disposição, pelo que não é passível de interpretação extensiva (e nesse ponto A. Sirdar compartilha da posição da República Portuguesa); b) nesse mesmo processo, o advogado-geral M. Darmon reconheceu no artigo 224.º do Tratado uma «cláusula de salvaguarda» cujo campo de aplicação é geral [e que] só se aplica na falta da norma especial [como o artigo 2.º, n.º 2, da directiva]»³¹.

29 — Contudo, a Comissão avança esta tese a título subsidiário em relação à sua posição principal, que consiste em defender a aplicabilidade, ao caso, do artigo 2.º, n.º 2, da directiva, objecto das duas últimas questões prejudiciais. Nas suas observações, a Comissão segue, na realidade, a ordem lógica da fundamentação do acórdão Johnston, no qual o Tribunal de Justiça examinou a questão na vertente exclusiva da directiva, para declarar seguramente que não há que proceder a exame com base no artigo 224.º (n.º 60).

30 — N.º 52 das conclusões.

31 — N.º 5 das conclusões.

21. Identificamo-nos mais com as observações da recorrente no processo principal do que com as dos governos interessados e da Comissão. Antes de mais, as afirmações do Tribunal de Justiça no acórdão Johnston, para que remete A. Sirdar, parecem-nos fundamentais para a análise feita mais adiante. Permitem distinguir claramente as derrogações «absolutamente excepcionais» (artigos 223.º e 224.º do Tratado) das «excepcionais» (artigos 36.º, 48.º e 56.º do Tratado). A tal acresce que, de acordo com a jurisprudência Salgoil, as hipóteses visadas pelos artigos 223.º e 224.º do Tratado são «bem delimitadas e devem ser interpretadas de forma estrita»³². Estas hipóteses são, portanto, necessariamente de interpretação restrita em razão do seu «carácter excepcional» e do facto de, contrariamente aos casos em que pode ser derogado um aspecto específico do mercado comum (penso nos artigos 36.º ou 48.º, n.º 3, do Tratado), o artigo 224.º permitir derogar o regime do mercado comum no seu conjunto. Uma vez definido o critério que permite interpretar correctamente a disposição, consideramos que as hipóteses previstas no artigo 224.º do Tratado são relativas a situações transitórias e não permanentes, ao mesmo tempo de verdadeira *crise*, cujo aparecimento põe gravemente em perigo os interesse vitais se

não a própria existência de um Estado-Membro³³. O Reino Unido adoptou justamente medidas unilaterais ao abrigo do artigo 224.º do Tratado numa situação de crise grave e temporária que se declarou em 1982, quando as tropas argentinas ocuparam as Ilhas Malvinas³⁴, território ultramarino britânico.

22. Partilhamos da opinião formulada por A. Sirdar neste aspecto bem como da, análoga, do Governo português. Em nosso entender também, o teor do artigo 224.º do Tratado não pode abranger decisões políticas dos Estados-Membros relativas à actuação das forças armadas, em situações que ousaríamos qualificar de «normais», para as distinguir dos casos de «guerra efectiva» e de «tensão internacional grave» que

33 — Segundo J. Verhoeven, tendo em conta a redacção e o espírito dos artigos 223.º e 224.º do Tratado, parece razoável declarar que o artigo 223.º se refere a medidas gerais que um Estado adopta em tempo «normal» para salvaguarda da sua própria segurança, enquanto o artigo 224.º se refere a medidas *particulares* que se impõem numa situação de *crise efectiva*, que já se manifestou (v. *Commentaire du Traité instituant la CEE*, sob a direcção de Constantinesco, V., Jacqué, J.-P., Kovar, R. e Simon, D., Economica, Paris, 1992, rubrica consagrada ao artigo 224.º do Tratado, n.º 2). Segundo P. J. G. Kapteyn e P. VerLoren van Themaat, as medidas que os Estados-Membros podem adoptar com base no artigo 224.º do Tratado vão além das que podem ser adoptadas por força do artigo 36.º do mesmo e isso face às circunstâncias especiais previstas pela primeira destas disposições (v. Kluwer e Graham & Trotman: *Introduction to the Law of the European Communities*, Deventer-London, 2.ª edição, 1990, p. 406). No *Commentaire Megret* igualmente, trata-se, a propósito do artigo 224.º do Tratado, de «medidas necessárias em caso de crise» (AA.VV.: *Le droit de la Communauté économique européenne*, Universidade de Bruxelas, 1987, volume 15, p. 435), enquanto é feita referência, no *Commentario Quadri-Monaco-Trabucchi*, às medidas unilaterais de uma «duração estritamente necessária» para fazer face a «circunstâncias excepcionais e duma gravidade particular» (v. Quadri, R., Monaco, R. e Trabucchi, A.: *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Giuffrè, Milão, 1965, volume III, comentários ao artigo 224.º do Tratado, pp. 1633 e 1634).

32 — Acórdão de 19 de Dezembro de 1968 (13/68, Colect. 1965-1968, p. 903, parte III.2). No mesmo sentido, o advogado-geral J. Gand considerou igualmente que o artigo 224.º do Tratado «tem um quadro limitado e corresponde a uma situação especial. São disposições de excepção, que devem ser interpretadas de forma restrita, e que não podem ser invocadas para negar a existência dos direitos conferidos por outras disposições do Tratado» (parte IV das conclusões, Colect., p. 919).

34 — V. o segundo considerando do Regulamento (CEE) n.º 877/82 do Conselho, de 16 de Abril de 1982, que suspende a importação de qualquer produto originário da Argentina (JO L 102, p. 1), que declara que: «considerando que, na sequência das medidas já adoptadas pelo Reino Unido, os Estados-Membros estabeleceram consultas ao abrigo do artigo 224.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia».

constitua uma «ameaça de guerra». Dir-se-á que mesmo em período de paz existem riscos de perturbações. De acordo: a preparação para a guerra não sofre, na prática, interrupções; apesar de tudo, o próprio Tribunal de Justiça reconheceu que «a segurança de um Estado cada vez menos pode ser isoladamente considerada, na medida em que se encontra estritamente ligada à segurança da Comunidade Internacional no seu conjunto e dos diversos elementos que a compõem»³⁵. Ora, é justamente por esta razão que qualificaremos de ilícita, à face do Tratado, a conduta de um Estado-Membro que adoptou iniciativas unilaterais a coberto do artigo 224.º do Tratado, simplesmente na previsão e preparação de um eventual conflito. A acolher a tese do Reino Unido e da Comissão no caso vertente, no sentido de justificar *não importa que* medida unilateral de um Estado-Membro que vise, *não importa em que* momento, preparar as suas forças armadas para a guerra, a situação considerada pelo artigo 224.º do Tratado como qualquer coisa de absolutamente excepcional seria, por assim dizer, normalizada, isto é, tratada como normal. Mas, além disso, o risco identificado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Johnston, de se ver atingir o carácter obrigatório da aplicação uniforme do direito comunitário³⁶, também se concretizaria.

23. A. Sirdar invocou igualmente, como já dissemos, as conclusões do advogado-geral M. Darmon proferidas no acórdão Johnston, segundo as quais o artigo 224.º do Tratado, como cláusula de salvaguarda, é

35 — V. acórdãos Werner, já referido, n.º 26, e Leifer e o., já referido, n.º 27.

36 — V. n.º 26 do acórdão.

«a 'ultima ratio' à qual se pode recorrer na falta de qualquer outra norma comunitária que permita satisfazer a exigência de ordem pública em causa»³⁷. As quinta e sexta questões versam justamente esta disposição. Assim, a sábia observação de M. Darmon reveste importância prática para efeitos também do presente litígio. Antes de passar a essas outras questões, queríamos, todavia, completar a análise do problema considerado detendo-nos numa outra tese do Governo francês.

24. Para concluir que o emprego nas forças armadas permanece fora do âmbito de aplicação da directiva, o Governo francês invoca igualmente algumas considerações feitas, por um lado, pelo advogado-geral F. G. Jacobs no processo Macedónia, relativo à interpretação do artigo 224.º do Tratado, e, por outro, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH»), no quadro da interpretação do artigo 15.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «convenção»), que, neste quadro, constitui disposição análoga ao artigo 224.º do Tratado³⁸. Estes elementos jurisprudenci-

37 — N.º 5 das conclusões.

38 — Esta disposição, que tem por epígrafe «Derrogação da convenção em caso de guerra e outros», dispõe, no n.º 1, que em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional. O teor desta norma é em tudo análogo ao do artigo 224.º do Tratado: ambos introduzem uma derrogação ao sistema geral (respectivamente, a protecção dos direitos do homem e o mercado comum), mas unicamente em hipóteses claramente excepcionais de natureza tão grave que não se compadecem com outras soluções, mas apenas com derrogações deste tipo.

ais³⁹ são invocados no caso vertente pela República Francesa para sustentar a opinião de que, face a um acto adoptado unilateralmente por um Estado-Membro para defender os seus interesses vitais, o controlo jurisdicional é chamado a diminuir sensivelmente, ou mesmo, a desaparecer completamente, enquanto meio de avaliação eficaz das medidas e comportamentos que compete ao juiz apreciar. Apenas o Estado em causa está em perfeitas condições de apreciar se existe uma ameaça para a sua segurança e com que meios deve enfrentá-la. Daqui resulta, pelo que ora importa, a seguinte consequência: as disposições pelas quais um Estado-Membro organiza as forças armadas, as recruta e prepara para a realização das suas missões não se podem reduzir a vínculos e obrigações que tocam o ponto essencial da soberania e cujo respeito é dificilmente controlável por via judicial. Ora, não é unicamente o teor desta disposição que determina as condições de aplicação do artigo 224.º do Tratado, mas igualmente diversas precisões jurisprudenciais que se lhe referem, às quais podemos acrescentar disposições análogas do artigo 15.º da convenção, na interpretação do TEDH:

39 — Segundo o advogado-geral F. G. Jacobs, «é manifesto que a extensão da fiscalização jurisdicional exercida ao abrigo do artigo 225.º [quanto às medidas adoptadas por um Estado-Membro na aceção do artigo 224.º] é muito limitada... também em razão do próprio objecto do litígio» e «não existe qualquer critério jurídico para apreciar tais questões [como a proporcionalidade da reacção de um Estado-Membro face a uma ameaça que pesa sobre os seus interesses vitais]» (n.ºs 63 e 65 das conclusões no acórdão Macedónia).

De acordo com o TEDH, «incumbe antes de mais a cada Estado Contratante, responsável pela 'vida da [sua] Nação, 'determinar se um 'perigo público' a ameaça e, em caso afirmativo, até onde é necessário ir para tentar dissipá-lo. Em contacto directo e constante com as realidades do momento, as autoridades nacionais encontram-se, em princípio, melhor colocadas que o juiz internacional para se pronunciarem sobre a existência de tal perigo, bem como sobre a natureza e extensão das derrogações necessárias para o afastar» [sentença do TEDH de 18 de Janeiro de 1978, Irlanda/Reino Unido, série A, volume 25 (1978), pp. 78 e 79; este passo é citado pelo advogado-geral F. G. Jacobs no n.º 55 das suas conclusões no acórdão Macedónia].

um «caso de crise grave»⁴⁰, «uma situação próxima de um desabamento completo da segurança [externa]»⁴¹, «[uma situação] que ameace a vida da nação»⁴² ou «perigo que ameaça a vida da nação»⁴³. Se bem entendemos, a República Francesa considera que, para justificar o ponto de vista referido, basta uma simples relação instrumental entre os interesses superiores cuja salvaguarda cabe aos Estados-Membros, cada um na sua própria esfera, na aceção do artigo 224.º do Tratado, e as medidas adoptadas, mesmo em tempo de paz, para os tutelar. Que dizer do raciocínio assim apresentado à apreciação do Tribunal? Não ignoramos, é certo, a circunspecção que revelam as expressões utilizadas pelo advogado-geral F. G. Jacobs nas conclusões no processo Macedónia: trata-se de um apelo à prudência que deverá inspirar o Tribunal chamado a aquilatar da legitimidade das medidas visadas por um Estado-Membro para salvaguardar os seus interesses em casos, ou na previsão de casos, de perigo extremo. Não consideramos, no entanto, dever por isso compartilhar das posições do Governo francês, que nos deixam perplexos pelos seguintes motivos.

25. Em primeiro lugar, afirmar que a matéria em causa escapa, porquanto revela dificuldades de controlo judicial, à esfera de aplicação do Tratado, parece-nos inverter a ordem lógica em que importa apreciar os aspectos sob que o Tribunal pode examinar a questão de interpretação que

40 — Conclusões do advogado-geral J. Gand no acórdão de 15 de Outubro de 1969, Ugliola (15/69, Colect. 1969-1970, p. 131, em especial, p. 139, parte III.1).

41 — Conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no acórdão Macedónia, no n.º 47 das quais se refere a um «desabamento completo da segurança interna».

42 — Artigo 15.º, n.º 1, da convenção.

43 — Acórdão do TEDH no processo Irlanda/Reino Unido, já referido.

lhe foi submetida. Antes de mais, há que demonstrar que a matéria na qual se inscrevem as medidas a controlar é estranha às disposições do direito comunitário, quer originário, quer derivado. E só nesta hipótese, e não em qualquer outra, essas medidas não poderão ser objecto de controlo judicial que — numa comunidade de direito, como a Comunidade Europeia — constituem o inevitável corolário da obrigação dos Estados-Membros de respeitar as regras estabelecidas pelo Tratado ou nele baseadas. No caso vertente, no entanto, pelas razões já expostas e outras que a seguir desenvolveremos, as medidas controvertidas no processo principal integram uma matéria que, por ter sido objecto de disposições do direito comunitário, não escapa à esfera em que o Tratado desenvolve os seus esforços e não pode certamente ser dela excluída por via interpretativa.

26. Em segundo lugar, a sujeição das medidas unilaterais adoptadas pelos Estados-Membros ao abrigo do artigo 224.º do Tratado ao controlo judicial é expressamente prevista pelo próprio Tratado no artigo 225.º Trata-se de um controlo evidentemente deferido ao Tribunal de Justiça na plenitude das suas atribuições enquanto tribunal garante do respeito do direito comunitário. Na verdade, o Tribunal de Justiça exerceu-o (sob a forma de um despacho ao abrigo do artigo 186.º do Tratado CE) relativamente à República Helénica num processo em que este Estado invocava a existência de uma situação de «tensão internacional grave que constitui ameaça de guerra»⁴⁴. Nesse momento,

declarando que os argumentos adiantados pela Comissão eram «suficientemente pertinentes e sérios», o Tribunal defendia a posição de que lhe cabia «apurar se... *as próprias condições de aplicação* do artigo 224.º não estão reunidas no caso em apreço [mesmo se tal] implica o exame de questões jurídicas complexas»⁴⁵. O Tribunal de Justiça reconheceu igualmente ao tribunal do Estado-Membro interessado competência para conhecer das medidas adoptadas (em tempo de paz relativa⁴⁶) para preservar a segurança nacional, afirmando que: «[no quadro de um controlo jurisdicional das restrições quantitativas às exportações de mercadorias susceptíveis de serem utilizadas para fins militares,] *incumbe ao órgão jurisdicional nacional* decidir [à luz dos factos] submetidos à sua apreciação [*a existência efectiva* de motivos de segurança pública]»⁴⁷.

27. Em terceiro lugar, não devemos perder de vista o carácter particular da excepção prevista no artigo 224.º do Tratado, o qual impõe, em nosso entender, o recurso aos critérios hermenêuticos relativos à aplica-

45 — V. n.º 69 do despacho (sublinhado nosso).

46 — O caso em concreto versava a exportação da Alemanha de mercadorias com um uso duplo (produtos idóneos ao fabrico de armas químicas) destinados ao Iraque quando este Estado estava em guerra com o Irão (nos anos 80), conflito durante o qual foram utilizadas armas químicas (v. n.º 57 das conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs).

47 — V. acórdão Leifer e o., já referido, n.º 29 (sublinhado nosso). V., no mesmo sentido, acórdão de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau (30/77, Colect., p. 715), no qual se declara que, «na medida em que pode justificar certas restrições à livre circulação das pessoas sujeitas ao direito comunitário, o recurso por uma autoridade nacional à noção de ordem pública pressupõe, em todo o caso, a existência, afóra a perturbação da ordem social que qualquer infracção à lei constitui, de uma ameaça *real e suficientemente grave*, que afecte um interesse fundamental da sociedade» (n.º 35 do acórdão; sublinhado nosso). O Tribunal de Justiça pretendeu indiscutivelmente declarar que deve ser possível um controlo jurisdicional quanto à existência das próprias premissas da medida nacional que limita uma liberdade garantida pela ordem jurídica comunitária.

44 — Despacho, ao abrigo do artigo 186.º do Tratado, de 29 de Junho de 1994, Comissão/Grecia (C-120/94 R, Colect., p. I-3037, n.º 31).

ção desta disposição. Se se incluir no âmbito de aplicação do artigo 224.º do Tratado a organização comum das forças armadas, como pretendem os governos nacionais que intervieram no litígio, os Estados-Membros ficam autorizados a utilizar, de modo praticamente «normal», a excepção, alargando indevidamente o quadro em que pode ser invocada a regra que a prevê (e remetemos aqui para as observações já desenvolvidas nos n.ºs 21 e 22, *supra*).

28. Importa, por último, ter presente que, no caso vertente, é um direito fundamental de A. Sirdar que está em jogo, a saber, o de não ser objecto de discriminação baseada no sexo, no que concerne ao acesso ao trabalho. Importa também não esquecer, a este propósito, que o artigo 6.º da directiva exige que os Estados-Membros «introduzam na respectiva ordem jurídica interna as medidas necessárias para permitir a qualquer pessoa que se considere lesada pela não aplicação do princípio da igualdade de tratamento, na acepção dos artigos 3.º, 4.º e 5.º, fazer valer judicialmente os seus direitos». A tese apresentada pelo Governo francês parece omitir este aspecto do caso, e isso não obstante a interpretação que o Tribunal de Justiça fez do artigo 6.º da directiva no acórdão Johnston, relativa à ordem pública de um Estado-Membro, considerando-a como «expressão de um princípio geral de direito que se encontra na base das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros»⁴⁸.

29. Nesta fase, pretendemos brevemente recapitular a nossa posição sobre as quatro primeiras questões. A questão da igualdade de tratamento entre homens e mulheres para acesso a um emprego nas forças armadas não é estranha ao direito comunitário e não lhe escapa ao abrigo do artigo 224.º do Tratado. Se é verdade que os Estados-Membros não transferiram para a Comunidade poderes relativos à organização e condução das suas forças armadas, não é esse o objecto do litígio. O direito comunitário não pretende imiscuir-se na organização das forças armadas, mas preocupa-se com medidas excepcionais adoptadas com base no artigo 224.º do Tratado e com o funcionamento do mercado comum, inclui esta matéria no seu âmbito de aplicação e prevê o respectivo controlo jurisdicional. Além disso, a directiva regulamenta a matéria precisamente na vertente do acesso ao trabalho; ora, a directiva tem uma esfera de aplicação «universal» na qual o Tribunal de Justiça já integrou a segurança interna, poder «soberano» dos Estados-Membros, tal como a defesa. O artigo 224.º do Tratado também não pode permitir afastar a aplicação da directiva (*a fortiori*, diremos nós, quando se trate de medidas adoptadas em tempo de paz). É no entanto verdade que o direito comunitário prevê possibilidades de exclusão do âmbito de aplicação da directiva, mas na própria directiva, e esse é o problema que vamos abordar no quadro das quinta e sexta questões.

A quinta questão prejudicial

30. Na quinta questão prejudicial, o órgão jurisdicional nacional pergunta ao Tribunal

48 — V. n.º 18 do acórdão; por seu turno, o advogado-geral M. Darmon afirmou que «a ordem pública não pode justificar a subtracção ao controlo do juiz» (v. n.º 5 das conclusões). No mesmo sentido, se bem que num enquadramento factual diferente, v. acórdão de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann (14/83, Recueil, p. 1891, n.º 18).

de Justiça, a título ainda mais subsidiário, se a política adoptada por um Estado-Membro visando excluir todas as mulheres, em tempo de paz e/ou no quadro de preparação para a guerra, do serviço numa unidade sujeita à regra da interoperabilidade, como é o caso dos Royal Marines, pode ser justificada nos termos do artigo 2.º, n.º 2, da directiva. Para sermos precisos, trata-se de saber se o sexo constitui uma condição determinante para o acesso ao trabalho numa unidade que apresenta as características descritas no despacho de reenvio.

31. Tendo salientado a analogia entre o caso vertente e o decidido no acórdão Johnston, todos os governos intervenientes no processo, bem como a Comissão, estão de acordo em que o serviço na unidade dos Royal Marines pode ser incluído no âmbito de aplicação da derrogação prevista no artigo 2.º, n.º 2, da directiva em razão, quer da natureza, quer das condições do seu exercício. Mesmo A. Sirdar parece admiti-lo, pelo menos no seu princípio.

32. Quanto à *natureza* da actividade dos militares que servem nesta unidade de combate, todos os governos intervenientes, bem como a Comissão, sublinharam as suas características especiais, enquanto corpo destinado a um empenhamento extremo no combate, detendo-se na intensidade e continuidade de um treino penoso e nos esforços físicos a que os comandos devem ser sujeitos, sobretudo no quadro

das acções de guerra. Por si sós, essas considerações não nos parecem suficientes para justificar a aplicabilidade da derrogação prevista na directiva⁴⁹. No processo Johnston, o Tribunal de Justiça chegou à mesma conclusão num contexto fortemente análogo ao presente, caracterizado por disposições nacionais inteiramente análogas⁵⁰. Estas corresponderiam de modo bastante próximo à Section 85(4) do SDA

49 — Algumas mulheres pelo menos, particularmente treinadas e em excelente condição física, podiam suportar, no plano físico, as mesmas provas a que estão sujeitos os Royal Marines. O conceito de inferioridade física das mulheres em relação aos homens não tem fundamento real e tanto assim é que, nas forças armadas de determinados países, as mulheres são admitidas a assumir papéis que anteriormente se pensava reservar aos homens por uma simples questão de força física (resulta do relatório de 1998 da OTAN, já referido na nota 19, que as mulheres servem numa das unidades que desempenham algumas das funções mais duras e exigentes, em termos absolutos, de todas as Forças Armadas canadianas, a saber, o «Search and Rescue», p. 12; a mesma posição nos casos do Reino da Bélgica, do Reino da Dinamarca e do Reino da Noruega, que aceitam mulheres em todas as suas unidades, incluindo, pensamos, as análogas aos Royal Marines). E que dizer então do facto de os resultados desportivos das mulheres actualmente ultrapassarem em diversas disciplinas, e de longe, *records* masculinos estabelecidos há alguns anos?

No processo Comissão/França, relativo a actividades de polícia que «exigem o uso de força ou demonstração da capacidade de utilizar a força», o advogado-geral Sir Gordon Slynn observou que, mesmo se «em média, os homens são maiores e mais fortes que as mulheres» tal «podará em si não ser suficiente [para considerar que] o sexo possa ser um factor determinante [na aceção do artigo 2.º, n.º 2, da directiva]» (Collect., p. 3571).

50 — A igualdade de tratamento entre homens e mulheres relativa ao acesso ao emprego na polícia auxiliar na qual a Sr.^a Johnston servia era sancionada pela Sex Discrimination (Northern Ireland) Order 1976. A Section 53(1) desta lei, bastante semelhante ao SDA quanto ao seu conteúdo e objectivos, estabelece que «nenhuma destas disposições que proíbe discriminações pode ter por efeito tornar ilegal uma medida tomada com o objectivo de salvaguardar a segurança do Estado ou garantir a segurança ou a ordem públicas» (n.º 3 do acórdão).

Considerando que a *natureza* da actividade profissional na polícia não deve ser tida em consideração para justificar a discriminação baseada no sexo (n.º 34 do acórdão), o Tribunal de Justiça tacitamente afastou o argumento do Governo do Reino Unido segundo o qual a diferença de força física entre os dois sexos faz parte dos critérios a tomar em consideração quando se trate de corpos de polícia na Irlanda do Norte (n.º 31 do acórdão).

Sempre no processo Johnston, o advogado-geral M. Darnon escreveu que «não parece que uma autoridade nacional possa, em conformidade com o direito comunitário, opor-se ao acesso das mulheres à profissão de polícia armado por fazer seu o julgamento de Hamlet: 'Frailty, thy name is woman'» (n.º 8 das conclusões).

e — importa assinalá-lo —, tal como a regulamentação relativa às forças de polícia na Irlanda do Norte, o SDA aplica-se (no domínio das «forças armadas») indistintamente aos homens e às mulheres. Pensamos, por conseguinte, poder utilizar no caso vertente, *mutatis mutandis*, a fórmula usada pelo Tribunal no acórdão Johnston: uma vez que o SDA se aplica expressamente aos empregos nas forças armadas e a esse propósito não há qualquer distinção entre homens e mulheres, a *natureza* da actividade profissional nas forças armadas não entra em consideração para justificar a discriminação controvertida⁵¹.

33. Dito isto, importa verificar se o sexo constitui, desta vez em razão das *condições* particulares nas quais a actividade dos Royal Marines se efectua, um factor de distinção idóneo para efeitos da presente questão. Resulta do despacho de reenvio que a política de exclusão das mulheres adoptada pelo Ministry of Defence quanto ao corpo dos Royal Marines é exclusivamente ditada pela preocupação de preservar a eficácia em combate desta unidade, que, pretende o Governo do Reino Unido, é verdadeiramente treinada e organizada com este objectivo sem se afastar da regra da interoperabilidade⁵². O processo prin-

cipal atesta a existência de provas cabais da aplicação absoluta desta regra no momento, pertinente no caso vertente, em que o militar é recrutado ou transferido para esta unidade⁵³. O corpo dos Royal Marines é treinado de forma a poder ficar operacional num prazo mínimo, independentemente das circunstâncias ou do meio: trata-se da ponta-de-lança das forças armadas, conforme declara o Reino Unido. O Ministry of Defence entendeu afastar mesmo a mera possibilidade de a inclusão de mulheres no sector nevrálgico do sistema de defesa poder diminuir a eficácia no combate. Não existe qualquer prova de um tal risco de deterioração (como sublinha A. Sirdar): qualquer experiência efectiva seria extremamente arriscada, na medida em que se devia efectuar no quadro de operações militares reais⁵⁴. Existe, ao invés, uma simples presunção, resultante, de acordo com a precisão do Governo do Reino Unido, de uma «avaliação militar». Ora, é justamente uma avaliação desse tipo que conta, parece-nos, para a resposta a esta questão. Para apreciar quais são, na acepção da directiva, as condições de exercício das actividades confiadas aos Marines, não há outro critério de referência, diremos nós, que aquele que nos oferecem os elementos, pareceres e testemunhos apresentados quanto a este ponto pelas autoridades nacionais responsáveis pela condução e organização deste corpo das forças armadas. Citamos estes elementos do processo tal como resultam da fundamentação nítida e precisa do despacho de reenvio e das considerações do Governo do Reino Unido. Adquirimos uma certeza que podemos formular do

51 — N.º 34 do acórdão.

52 — V. o teor do relatório de 10 de Junho de 1994 que tinha por título *Revisão da política de admissão das mulheres nas forças armadas — Efeitos para os Royal Marines* (referido na nota 6). A tal acresce o conteúdo do relatório de Fevereiro de 1997 que tem por título *Política de emprego das mulheres nos Royal Marines* e citado no n.º 24 das observações do Reino Unido: «A integração de mulheres em pequenas equipas cujo papel principal é aproximar e matar o inimigo poderá ter uma incidência negativa na moral e coesão destas, o que teria incidência na eficácia de combate, com implicações possíveis para a vida dos nossos soldados e, em definitivo, para a segurança nacional» (tradução livre).

53 — V. n.º 7, *supra*.

54 — Talvez se possa pedir a colaboração ou o conselho de países, como o Reino da Bélgica, o Reino da Dinamarca e o Reino da Noruega (todos membros da OTAN), que não prevêem qualquer entrave à presença de mulheres nas forças armadas (v. relatório de 1998 da OTAN, já referido, pp. 7, 14 e 31).

seguinte modo: a regra inflexível da inter-operabilidade, que se opõe ao recrutamento de um cozinheiro no caso vertente, determina tanto a organização como o rendimento deste corpo de elite das forças armadas. Se a regra é justificada — e é para esta linha que pendemos —, não se pode excluir que a decisão que se segue de não aceitar as mulheres nas fileiras dos Royal Marines possa, por seu turno, ser justificada. O testemunho, no processo principal, do comandante da unidade salienta as repercussões negativas que uma eventual presença feminina exerceria na coesão e empenhamento da unidade de assalto, em razão da preocupação previsível dos soldados de protegerem as mulheres, abstracção feita da aptidão física destas (que nunca foi posta à prova) para acções de guerra árduas e a luta corpo a corpo para que esta unidade está preparada. Deixaremos tais apreciações e outras do mesmo género ao cuidado das autoridades nacionais que fazem a escolha — sempre motivada e responsável, em democracia — de manter a tradicional composição masculina de uma unidade de combate nas forças armadas que, no Reino Unido, são actualmente, em larga medida, acessíveis às mulheres: «consoante as circunstâncias, as autoridades nacionais competentes dispõem de uma certa margem de apreciação para a adopção das medidas que entendam necessárias para garantir a segurança pública de um Estado-Membro»⁵⁵. Repetimos não estarmos em condições de excluir com certeza que a presença de mulheres nesta formação possa, pelo menos em certos aspectos e consoante as circunstâncias, prejudicar os objectivos de eficácia máxima que exigem o emprego e o compromisso nos comandos da marinha, ou ter por efeito expor os combatentes a riscos acrescidos e enfraque-

cer um recurso importante da defesa nacional.

34. O resultado a que chegamos parece confortado pelo acórdão que o Tribunal de Justiça proferiu no processo Johnston. Com efeito, o Tribunal considerou que podia ser justificada, sempre no sentido da derrogação prevista pela directiva, a decisão de excluir as mulheres da participação activa nas formações, a saber, as de corpos de polícia armada, para manter a ordem pública na Irlanda do Norte numa situação de verdadeira *guerra civil*⁵⁶. O Tribunal de Justiça acolheu os argumentos do Governo do Reino Unido, que não eram substancialmente diferentes dos apresentados no caso vertente. No processo Johnston, o Reino Unido tinha considerado que, para excluir as mulheres das formações de polícia da Irlanda do Norte, tinham sido tomados em consideração riscos *previsíveis* que o emprego de mulheres na polícia armada teria comportado. O Tribunal reconheceu que a exclusão das mulheres das formações de polícia armada podia justificar-se, afirmando textualmente que «*não se poderia excluir a possibilidade* de, numa situação de graves perturbações internas, o porte de armas de fogo pelas mulheres polícias lhes criar riscos suplementares de atentados e de ser, assim, contrário às exigências da segurança pública»⁵⁷. É a mesma *ratio decidendi* que conforta a nossa posição no caso vertente: quando se trata das condições de exercício da actividade em causa, a diferença de tratamento entre homens e mulheres é susceptível de ser justificada se não se consegue excluir que o factor do sexo *possa* ser determinante para a adopção do critério de distinção invocado no caso vertente.

55 — Acórdão Leifer e o., já referido, n.º 35.

56 — «Graves perturbações internas», de acordo com o Tribunal de Justiça; n.º 36 do acórdão.

57 — V. n.º 36 do acórdão; sublinhado nosso.

Importa, por outro lado, precisar que, enquanto o acórdão do Tribunal de Justiça que acabámos de citar não se baseou em qualquer elemento efectivo de prova, mas unicamente no que se poderá qualificar de «conjecturas» das autoridades competentes, no nosso caso, a nossa convicção assenta pelo menos em indicações extraídas de relatórios militares elaborados *in tempore non suspecto*, ou seja, antes de surgir o litígio que ora nos ocupa ⁵⁸.

35. Importa ainda examinar um último aspecto da questão, salientado pela Comissão e pelo Governo francês. Para poder considerar a derrogação aplicável, a actividade profissional para a qual o sexo constitui condição determinante e que pode, por conseguinte, ser excluída do âmbito de aplicação da directiva deve ser *específica*. Não suscita qualquer dúvida que a directiva impõe tal exigência. O próprio Tribunal de Justiça o especificou no acórdão Comissão/França: «resulta [dos artigos 2.º, n.º 2, e 9.º, n.º 2, da directiva] que as excepções previstas no n.º 2 do artigo 2.º apenas podem referir-se a actividades específicas» ⁵⁹. Ora, a actividade dos Royal Marines é *específica*, como o exige o n.º 2 do artigo 2.º da directiva. Trata-se, para sermos mais precisos, de uma especificidade da *função* confiada aos Royal Marines em relação ao resto das forças armadas. Encontramo-nos perante uma função específica em virtude da qual importa considerar que cada uma das acções em que se concretiza o treino e a intervenção em guerra desta formação tem um carácter específico. As suas missões, a

sua organização, o seu modo de funcionamento característico fazem dela, como nos dizem, a ponta-de-lança das Forças Armadas britânicas, bem como um dos mais robustos elementos de uma formação que é já de elite, a saber, a força de intervenção rápida da OTAN.

36. Em seguida, não consideramos que a «especificidade» do caso dos Royal Marines seja posta em causa pela regra que submete *todos* os militares deste corpo à interoperabilidade. Esta regra é com efeito aplicada de modo constante, corresponde à razão de ser de um corpo estruturado desse modo e constitui uma «realidade» e não uma «ficção». O caso vertente difere do que o Tribunal de Justiça apreciou no processo Comissão/França. Neste, a República Francesa tinha adoptado um sistema de recrutamento em cinco corpos da polícia nacional ⁶⁰ que limitava a possibilidade de acesso das mulheres, consideradas pouco aptas para missões de polícia que implicavam o uso da força. De acordo com a regulamentação francesa, todos os funcionários de polícia devem ser *intermutáveis* e estar em condições de efectuar as referidas missões ⁶¹. O Tribunal de Justiça acolheu a argumentação da Comissão, entendendo que a regulamentação francesa era demasiado genérica e não permitia «verificar se as percentagens estabelecidas nos recrutamentos distintos correspondem *efectivamente* às actividades *específicas* para as quais, nos termos do n.º 2 do artigo 2.º da directiva, o sexo constitui uma condição

58 — V. o relatório referido na nota 6.

59 — V. n.º 25 do acórdão; o advogado-geral Sir Gordon Slynn pronunciou-se no mesmo sentido (Colect., pp. 3570 e 3571); v. igualmente acórdão de 8 de Novembro de 1983, Comissão/Reino Unido (165/82, Recueil, p. 3431, n.º 16).

60 — Os comissários da polícia, os comandantes e oficiais, os inspectores, os investigadores, os graduados e agentes da polícia (Colect., pp. 3561 e 3562).

61 — V. as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs (Colect., p. 3571), que antecipa a decisão do Tribunal de Justiça neste ponto.

determinante»⁶². Ora, em nosso entender, o princípio da «intermutabilidade» invocado pela República Francesa neste processo pode ser equiparado ao da «interoperabilidade» sobre o qual o Tribunal de Justiça se debruça no caso concreto. No processo Comissão/França, não era líquido que a regra da intermutabilidade fosse necessária e concretamente aplicada em todos os corpos de polícia. Ao invés, a aplicação efectiva e necessária da interoperabilidade não suscita qualquer dúvida no processo presente. Sendo afastada qualquer dúvida, é manifesto que a interoperabilidade, tal como aplicada na unidade dos Royal Marines, confirma ainda a nossa opinião de que o caso em que a derrogação da directiva se pode aplicar é suficientemente específico e claramente definido.

37. A interpretação do artigo 2.º, n.º 2, da directiva enquanto norma que justifica uma derrogação a um importante princípio geral, a que o Tribunal de Justiça procedeu nos acórdãos Comissão/França e Comissão/Reino Unido⁶³, parece-nos efectivamente conforme à jurisprudência sobre a interpretação do artigo 48.º, n.º 4, do Tratado, o qual permite igualmente a derrogação (para os empregos na administração pública) de um outro princípio geral importante (a saber, a livre circulação de trabalhadores). Com esta jurisprudência, o Tribunal de Justiça entendeu adoptar um critério funcional de aplicação da norma

que lhe restringe o alcance «a determinadas actividades na administração pública»⁶⁴.

38. Em suma, as *condições* em que os Royal Marines são forçados a actuar propendem no sentido de que a exigência do sexo masculino para pertencer a esta formação deve ser considerada determinante, na acepção da directiva, para o bom desempenho da acção, a saber, missões militares, desempenhada por tais unidades das forças armadas.

A sexta questão prejudicial

39. No caso de resposta afirmativa à questão anterior, o órgão jurisdicional nacional indaga, com a sua última questão, sobre o critério a aplicar quando se examina se uma política como a descrita no despacho de reenvio se insere ou não no âmbito de aplicação da derrogação prevista no n.º 2 do artigo 2.º da directiva.

40. A Comissão e A. Sirdar consideram que o órgão jurisdicional nacional deve verificar *in concreto* (e, tratando-se de

62 — N.º 27 do acórdão (sublinhado nosso).

63 — V. n.º 35 e nota 59, *supra*.

64 — Acórdão de 12 de Fevereiro de 1974, Sotgiu (152/73, Colect., p. 91, n.º 4); no mesmo sentido, v., entre outros, os acórdãos de 17 de Dezembro de 1980, Comissão/Bélgica (149/79, Recueil, p. 3881, n.º 10 e segs); de 26 de Maio de 1982, Comissão/Bélgica (149/79, Recueil, p. 1845); de 16 de Junho de 1987, Comissão/Itália (225/85, Colect., p. 2625), e de 27 de Novembro de 1991, Bleis (C-4/91, Colect., p. I-5627).

aplicar uma derrogação, de modo particularmente restrito) se a completa exclusão das mulheres dos Royal Marines é *proporcionada* ao objectivo de assegurar um máximo de eficácia desta unidade de combate. O Governo do Reino Unido reconhece que o órgão jurisdicional nacional pode controlar a decisão de excluir as mulheres de uma formação determinada, mas que apenas a pode censurar, atenta a natureza dos interesses salvaguardados (a defesa nacional), se esta for manifestamente não razoável⁶⁵.

41. No processo Johnston, o Tribunal de Justiça respondeu a uma questão prejudicial análoga à que ora analisamos. Comentámos, por várias vezes, a proximidade do processo Johnston e do caso vertente. A resposta à questão colocada neste quadro parece-nos perfeitamente pertinente actualmente: «Convém recordar, além disso, que, ao determinar-se o alcance de qualquer derrogação a um direito individual como o direito à igualdade de tratamento entre homens e mulheres consagrado na directiva, é preciso respeitar o *princípio da proporcionalidade*, o qual faz parte dos princípios gerais de direito que estão na base da ordem jurídica comunitária. Este princípio exige que as derrogações *não ultrapassem os limites do que é adequado e necessário* para atingir o fim prosseguido e exige a *conciliação*, na medida do possí-

vel, do princípio da proporcionalidade de tratamento com as exigências da segurança pública que são determinantes para as condições de exercício da actividade em questão. No quadro da repartição das competências previsto pelo artigo 177.º do Tratado CE, incumbe ao órgão jurisdicional nacional... zelar pelo respeito do princípio da proporcionalidade e *verificar se a recusa da renovação do contrato da Sr.ª Johnston não poderia ter sido evitada* pela atribuição a mulheres de funções que pudessem, sem pôr em risco os objectivos prosseguidos, ser efectuadas sem armas»⁶⁶. No acórdão Johnston, o Tribunal de Justiça não sujeitou portanto o poder de controlo do órgão jurisdicional nacional à limitação invocada pelo Governo do Reino Unido, e isso «numa situação de graves perturbações internas», caracterizada por numerosos atentados terroristas e centenas de vítimas. Por seu turno, o advogado-geral M. Darnon, sempre no processo Johnston, observava o seguinte: «Digamo-lo claramente: a derrogação de um princípio da pessoa humana tão fundamental como o da igualdade de tratamento deve-se avaliar de forma restritiva»⁶⁷.

42. A política dos Royal Marines exclui totalmente as mulheres de qualquer cargo nesta unidade. Uma vez que esta questão atinge um direito fundamental da pessoa humana, a tarefa que incumbe ao juiz consiste em verificar *in concreto* se o «carácter absoluto» que parece caracterizar esta política é estritamente necessário ou se, pelo contrário, não ultrapassa o que seria adequado para, não obstante, assegurar a eficácia dos Royal Marines em

65 — O Governo do Reino Unido sustentou, referindo-se à exigência de assegurar a eficácia desta unidade de combate, motivo no qual se baseia a política de exclusão das mulheres dos Royal Marines, que uma apreciação da procedência deste motivo e da eventualidade que possa efectivamente justificar a referida política deve ser «restrita», isto é, deve ter em conta «uma certa margem de apreciação» das autoridades nacionais competentes, uma vez que se trata de «medidas que entendem necessárias para garantir a segurança pública» (acórdão Leifer e o., já referido, n.º 35).

66 — V. n.ºs 38 e 39 do acórdão (sublinhado nosso).

67 — N.º 9 das conclusões.

combate. Parece-nos que, no número de elementos que o órgão jurisdicional de reenvio podia tomar em consideração para a apreciação visada na sexta questão prejudicial⁶⁸, se considera antes de mais a «especificidade» dos Royal Marines, ou a circunstância de a derrogação ao princípio geral dizer respeito a um corpo que representa 2% das forças armadas, no seio das quais, aliás, as mulheres são aceites para uma grande parte dos empregos, ao ponto de constituírem mais de 7% dos efectivos. Em segundo lugar, parece-nos importante o facto de o princípio da interoperabilidade, que se caracteriza, nos Royal Marines, pelo seu *carácter absoluto ser efectivamente aplicado de modo constante*.

43. Há, em seguida, que apreciar atentamente o alcance da excepção à regra da interoperabilidade prevista no que se refere aos elementos da fanfarrinha militar. É a única excepção. Podemos questionar-nos por que não existe qualquer outra, mesmo no que concerne às actividades «estáticas» no quartel-general, na base ou no centro de treino da unidade. Compreender-se-á facilmente que uma questão deste tipo suscita, contudo, a questão da autonomia de organização que cabe aos Estados-Membros e aos órgãos militares. Se decidimos identificar actividades a subtrair à interoperabilidade, importa necessariamente reconhecer que, em toda uma série de casos, podemos identificar novas missões que podem ser inteiramente confiadas a fuzileiros não sujeitos à «interoperabilidade». No acórdão Johnston, o Tribunal de Justiça não foi

68 — «Embora caiba ao órgão jurisdicional nacional, no âmbito de um reenvio prejudicial, verificar [os factos] no caso concreto que lhe é submetido, o Tribunal de Justiça, chamado pelo juiz nacional a dar respostas úteis, tem competência para fornecer indicações, baseadas nos autos do processo principal...» (acórdão de 30 de Março de 1993, Thomas e o., C-328/91, Colect., p. I-1247, n.º 13; sublinhado nosso).

tão longe. Limitou-se a sugerir que poderiam talvez atribuir-se às mulheres missões compatíveis com os objectivos prosseguidos e que se realizariam sem o uso de armas⁶⁹. Nesse processo, os polícias britânicos presentes na Irlanda do Norte efectuam toda uma série de actividades que não exigem o porte de armas. Assim, as autoridades competentes determinaram uma em especial, empregando a Sr.ª Johnston como assistente de transmissões⁷⁰. No caso vertente, pelo contrário, o corpo dos Royal Marines apenas prevê uma actividade, a do comando interoperacional. Identificar nesta formação a actividade de cozinheiro não interoperacional redundaria em «criar», em lugar das autoridades nacionais competentes, uma missão onde ela não existia anteriormente. Uma análise das razões pelas quais a fanfarrinha dos Royal Marines não está sujeita ao princípio da interoperabilidade permitia talvez seguir um outro percurso lógico de modo a verificar em seguida se um ou outro destes motivos é igualmente pertinente para missões tais como as de cozinheiro no quartel-general ou num centro de treino. De resto, o advogado de A. Sirdar observou na audiência que «alguns cozinheiros da marinha britânica não fazem parte do sistema de interoperabilidade».

44. Enfim, reconhecemos no caso concreto pouca relevância a uma determinada sugestão da Comissão, pelo menos do modo como foi formulada. Para avaliar a proporcionalidade da política em causa, refere a Comissão, importa igualmente ter em conta os resultados do exame periódico a que o Reino Unido afirma proceder regularmente na acepção do artigo 9.º, n.º 2,

69 — V. n.º 39 do acórdão.

70 — V. a descrição dos factos no processo (Colect., p. 1666).

da directiva. Por força desta disposição, os Estados-Membros devem proceder periodicamente a um exame das actividades que escapam à directiva, com a finalidade de apreciar se se justificará manter as exclusões em questão, tendo em consideração «a evolução social». No caso em análise, o Governo do Reino Unido não se baseou no estado actual da evolução social do país para justificar a sua política, mas em apreciações e conjecturas estritamente militares. Encontrámos sinais, nos autos, de um reexame periódico destas últimas apreciações, mas os seus resultados não parecem revelar grandes variações no que concerne a formação para a qual A. Sirdar pretendia ser transferida⁷¹.

45. Sempre com a preocupação de fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio considerações concretas para aplicação do critério da proporcionalidade, a sugestão da Comissão dá-nos entretanto a ocasião de indicar o que pode ser uma interpretação alternativa do artigo 9.º, n.º 2, da directiva. A Comissão e o Reino Unido referem-se ao conceito de «evolução social» do conjunto da população de um Estado-Membro. Contudo, dado que o «mundo das forças armadas» apresenta notoriamente numerosas particularidades, a ponto de se poder falar de uma verdadeira cultura específica (aliás, são frequentemente sujeitas a uma ordem jurídica específica, pense-se, por exemplo, no código penal militar), cremos que é possível, respeitando as

obrigações decorrentes da directiva e a fim de «promover [na medida do possível] a igualização no *progresso* das condições de vida e de trabalho da mão-de-obra [nas forças armadas]»⁷², passar a uma interpretação «moderna» da respectiva disposição, procedendo a uma análise periódica da evolução social nas próprias forças armadas. Esta poderá revelar, em determinados aspectos e reflectindo em larga medida a evolução geral do país, alterações que tenham ocorrido num determinado sector das actividades profissionais, de forma a justificar uma abertura progressiva às mulheres de actividades ainda reservadas aos homens. Esta pista é suscitada pela constatação de que no centro da argumentação do Governo do Reino Unido para justificar a exclusão das mulheres dos Royal Marines devido a imperativos de eficácia no combate se encontra a apreensão de que a participação destas se possa repercutir negativamente «na moral e na coesão» das equipas de comandos («fire teams») ⁷³. As observações do advogado do Governo do Reino Unido que constam dum documento apresentado ao órgão jurisdicional nacional no quadro de um litígio no processo principal e anexo às observações escritas de A. Sirdar⁷⁴ vão no mesmo sentido, muito embora com acento claramente mais «social». Perguntamo-nos então se não é possível verificar, como foi efectivamente feito (pelo menos a título experimental e limitado) nas Forças Armadas canadianas já a partir do início dos anos 80, se a eficácia no combate pode ser mantida mesmo quando são admitidas mulheres, tendo em conta sobretudo o modo como os camaradas de armas do

71 — V. os elementos que constam no n.º 2(b) do relatório *Revisão da política de admissão das mulheres nas forças armadas — Efeitos para os Royal Marines*, referido na nota 6 das presentes conclusões; v. igualmente as conclusões de um relatório análogo de 1997, já referido na nota 52.

72 — V. terceiro considerando da directiva (sublinhado nosso).

73 — V. extracto retirado de um relatório militar de 1997 citado nas observações escritas do Reino Unido (v. nota 52, *supra*).

74 — V. anexo 4 das referidas observações: «Further and better particulars of the amended grounds of resistance», n.º 1, alínea ii).

sexo masculino vêm efectivamente a sua presença. Estas experiências levaram a conclusões positivas. Não só a eficácia no combate não foi comprometida como a presença das mulheres, longe de diminuir a coesão dos soldados, tinha justamente reforçado o seu espírito de corpo ⁷⁵.

possível, a sensibilidade e o grau de aceitação de camaradas de armas do sexo feminino: ao que nos parece, são justamente iniciativas deste tipo que foram tomadas, sempre nos anos 80, nas Forças Armadas canadianas, em especial na força aérea ⁷⁷. Igualmente, os esforços das Forças Armadas dos Estados Unidos visando encorajar a coesão entre militares «brancos» e «negros» foram coroados de sucesso, mas tal unicamente graças a uma «conduta e a uma planificação minuciosas» (careful leadership and planning) ⁷⁸.

46. Existe em seguida uma consideração que inculca o contrário, permitindo eventualmente anular a série de elementos úteis para apreciação da proporcionalidade de uma medida discriminatória como a controvertida neste caso. Poder-se-á, com efeito, deduzir da atitude deste Estado-Membro que se limita a «verificar» o estado de evolução social das suas formações sem se empenhar, no espírito da directiva que visa o «progresso das condições de vida e de trabalho da mão-de-obra» ⁷⁶, em aumentar, na medida do

47. Em conclusão, fornecemos os elementos que o órgão jurisdicional nacional pode ter em linha de conta para verificar se, no exercício do controlo que lhe cabe e de acordo com o critério da proporcionalidade, a exclusão das mulheres das fileiras dos Royal Marines, susceptível de justificação no plano dos princípios como acima concluímos, é justificada nas circunstâncias concretas do caso em apreço.

75 — V. acórdão do Tribunal Canadano dos Direitos do Homem (a seguir «TCDH») de 20 de Fevereiro de 1989, TD 3/89, Gauthier e o./Canadian Armed Forces, anexo 5 das observações escritas de A. Sirdar, n.º 6 do acórdão, em especial, p. 26; os testes realizados pelas Forças Armadas canadianas são conhecidos sob o nome de «SWINTER» (Service Women in Non-Traditional Environments and Roles).

76 — V. terceiro considerando da directiva. O Tribunal de Justiça pronunciou-se igualmente neste sentido: «[o artigo 119.^o que impõe assegurar aos homens e às mulheres uma remuneração igual] integra-se nos objectivos sociais da Comunidade, não se limitando esta a uma união económica mas devendo assegurar ao mesmo tempo, através de uma acção comum, o progresso social e *prosseguir uma melhoria constante* das condições de vida e emprego dos povos europeus, tal como é salientado no preâmbulo do Tratado» (acórdão de 8 e Abril de 1976, Defrenne, 43/75, Colect., p. 193, n.ºs 7 a 11; sublinhado nosso).

77 — V. TCDH, acórdão Gauthier e o./Canadian Armed Forces, n.º 8.

78 — V. TCDH, acórdão Gauthier e o./Canadian Armed Forces, n.º 10, alínea d).

Conclusões

48. Em consequência, importa, em nosso entender, responder do seguinte modo às questões suscitadas pelo Industrial Tribunal, Bury St Edmunds:

- « 1) As decisões tomadas por um Estado-Membro com o objectivo de eficácia no combate, em tempo de paz e/ou no quadro de preparação para a guerra, no que se refere às condições de emprego nas forças armadas ou numa formação de elite como a descrita no despacho de reenvio, não estão fora do âmbito de aplicação da ordem jurídica comunitária.

- 2) O artigo 224.º do Tratado CE não permite excluir do âmbito de aplicação da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, discriminações baseadas no sexo no que concerne as condições de emprego nas forças armadas ou numa unidade de elite como a descrita no despacho de reenvio, discriminações aplicadas, em tempo de paz e/ou no quadro de preparação para a guerra, com o objectivo de assegurar a eficácia em combate.

- 3) A política adoptada por um Estado-Membro de excluir as mulheres, em tempo de paz e/ou no quadro de preparação para a guerra, do serviço numa unidade como a descrita no despacho de reenvio integra-se no âmbito de aplicação da derrogação prevista no n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 76/207.

- 4) Para verificar se os motivos em que se fundamenta o Estado-Membro para aplicar a referida política justificam a aplicação do n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 76/207, cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar se a medida em questão respeita o princípio da proporcionalidade.»