

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL CHRISTINE STIX-HACKL

apresentadas em 28 de Novembro de 2002¹

I — Introdução

1. Existe na Alemanha um serviço militar obrigatório geral limitado aos homens. O objecto do presente processo é a compatibilidade deste regime com a 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 trabalho²(a seguir «Directiva 76/207»), e com diversas disposições do Tratado CE.

II — Enquadramento legal

A — Directiva 76/207

2. O artigo 1.º, n.º 1, dispõe:

«A presente directiva tem em vista a realização, nos Estados-Membros, do prin-

cípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, incluindo a promoção, e à formação profissional, assim como no que se refere às condições, de trabalho e, nas condições previstas no n.º 2, à segurança social. Este princípio será a seguir denominado por ‘princípio da igualdade de tratamento’.»

3. O artigo 2.º, n.º 1, prevê:

«O princípio da igualdade de tratamento, na acepção das disposições adiante referidas, implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar.»

4. O artigo 3.º, n.º 1, dispõe:

«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

1 — Língua original: alemão.

2 — JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70.

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.»

tos sanitários civis e dos hospitais militares fixos não puderem ser cobertas com base em voluntariado, poderão ser afectadas a esses serviços, por lei ou por virtude de uma lei, as mulheres com idades compreendidas entre os dezoito e os cinquenta anos completos. Não deverão em caso algum ser obrigados a prestar serviço armado.»

B — *Legislação nacional*

5. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha)³

6. Wehrpflichtgesetz (WPfLG)⁴ (lei federal sobre o serviço militar)

O § 1, n.º 1, dispõe:

O artigo 12a, n.ºs 1 e 4, dispõe:

«(1) Os homens poderão, a partir dos dezoito anos completos, ser obrigados a servir nas Forças Armadas, na Polícia Federal das Fronteiras ou numa unidade de protecção civil.»

«Estão obrigados a cumprir serviço militar obrigatório todos os homens a contar da idade de dezoito anos completos e que sejam alemães na aceção da Lei Fundamental [...]»

O § 3, n.º 1, prevê:

[...]

«(4) Se, em situação de defesa, as necessidades em serviços civis dos estabelecimen-

«A obrigação de efectuar serviço militar é cumprida pelo serviço obrigatório ou, no caso do § 1 da Kriegsdienstverweigerungsgesetzes [...], pelo serviço civil [...]»

3 — BGBl. I 1949, na versão do BGBl. 2001, p. 1755.

4 — BGBl. I 1956, p. 651, na versão do BGBl. 1995 I, p. 1756.

III — Matéria de facto e principais argumentos das partes

7. O recorrente no processo principal, A. Dory, que se encontra na idade em que deve cumprir o seu serviço militar, enviou ao Kreiswehrrersatzamt (distrito de recrutamento e mobilização) competente para o seu recrutamento um pedido de dispensa deste serviço. Fundamentou o seu pedido afirmando que a Wehrpflichtgesetz (lei do serviço militar obrigatório) alemã era contrária ao direito comunitário. Invocou, a este propósito, o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Kreil⁵. O seu pedido foi indeferido. A autoridade competente justificou a sua decisão indicando que, no referido acórdão, o Tribunal de Justiça apenas se tinha pronunciado sobre o serviço voluntário das mulheres no exército, mas não sobre a questão do serviço militar obrigatório. Segundo o Kreiswehrrersatzamt, as questões relativas à segurança do país, tais como a obrigação de efectuar o serviço militar, constituem um domínio excluído do âmbito de aplicação do direito comunitário. Tendo a sua reclamação para a autoridade competente sido indeferida, A. Dory interpôs recurso para o órgão jurisdicional de reenvio. A recorrida no processo principal é a República Federal da Alemanha.

8. No processo principal, A. Dory invocou novamente o acórdão Kreil. Alegou que, por força desse acórdão, já não existem razões objectivas susceptíveis de justificar que as mulheres sejam excluídas. A obri-

gação regulada no artigo 12a, n.º 1, da Lei Fundamental que institui o serviço militar unicamente para os homens, constitui uma discriminação ilegal dos homens, uma vez que as mulheres, apesar de terem o direito de exercer serviços que impliquem o uso de armas, não estão obrigadas a prestar serviço militar.

9. A República Federal da Alemanha opõe-se a estes argumentos e alega, designadamente, que a Lei Fundamental contém um «mandato de manutenção da paz pelas armas» que se reflectiu na instituição de um serviço militar obrigatório para os homens. Esta matéria situa-se no quadro do «poder de organização das Forças Armadas», o qual não faz parte do âmbito de aplicação do direito comunitário.

10. A República Federal da Alemanha considera igualmente que o artigo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia relativo à igualdade de tratamento apenas se aplica aos órgãos e às instituições da União e aos Estados-Membros unicamente quando aplicam o direito comunitário. A Directiva 76/207 também não é de aplicar uma vez que tem por objecto as actividades profissionais. Assim, segundo a República Federal da Alemanha, há que qualificar o serviço militar obrigatório como um dever geral de serviço e tratá-lo de forma diferente, nesta medida, do acesso à profissão de soldado.

5 — Acórdão de 11 de Janeiro de 2000, Kreil (C-285/98, Colect., p. I-69).

11. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à justeza da posição da República Federal da Alemanha. Justifica a sua atitude afirmando que o serviço militar obrigatório tem como consequência atrasar o acesso dos homens ao emprego e à formação profissional. Fazendo referência ao acórdão do Tribunal de Justiça no processo Schnorbus ⁶, o órgão jurisdicional de reenvio considera que é possível que isso constitua uma discriminação prevista na Directiva 76/207. Baseando-se no artigo 2.º, n.º 4, desta directiva, segundo o qual, com o objectivo de alcançar uma efectiva igualdade entre os sexos, é possível praticar uma «discriminação positiva», o órgão jurisdicional de reenvio considera que é possível justificar a obrigação de serviço militar unicamente para os homens. Para este efeito, o órgão jurisdicional de reenvio chama a atenção para a «circunstância estatisticamente demonstrada, de que as mulheres alemãs, ao longo da sua vida, têm uma média de 1,3 filhos e que isso acarreta, no plano profissional, um período de inactividade com uma duração média que ultrapassa a duração do serviço militar obrigatório».

IV — Questão prejudicial e trâmites ulteriores do processo

12. Por despacho de 4 de Abril de 2001, o Verwaltungsgericht Stuttgart submeteu ao

Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O direito comunitário é contrário ao sistema alemão de serviço militar obrigatório unicamente para homens?»

13. Em 26 de Setembro de 2001, A. Dory recebeu despacho de incorporação intimando-o a apresentar-se para cumprimento do serviço militar entre 1 e 5 de Novembro de 2001.

14. Por requerimento de 28 de Setembro de 2001, A. Dory interpôs recurso para o órgão jurisdicional de reenvio no qual pedia que fosse reconhecido efeito suspensivo à reclamação contra o despacho de incorporação e, no mesmo dia, apresentou uma pedido de medidas provisórias no Tribunal de Justiça contra a República Federal da Alemanha. O objecto desse pedido de medidas provisórias era que a República Federal da Alemanha suspendesse a execução do despacho de incorporação até ser proferido o acórdão do Tribunal de Justiça no presente processo. Por despacho de 19 de Outubro de 2001, o órgão jurisdicional de reenvio deu resposta favorável a este pedido. Por despacho de 24 de Outubro de 2001, o Tribunal de Justiça julgou o pedido de medidas provisórias inadmissível (processo C-186/01 R).

⁶ — Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Dezembro de 2000, Schnorbus (C-79/99, Colect., p. I-10997).

V — A questão prejudicial

A — Admissibilidade da questão prejudicial

15. O órgão jurisdicional de reenvio suscita a questão da compatibilidade do serviço militar obrigatório alemão, consequentemente, do direito alemão, com o «direito comunitário».

16. Para que o Tribunal de Justiça possa dar ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil à solução do litígio no processo principal, há que reformular a questão prejudicial.

17. Assim, no âmbito do artigo 234.º CE, o Tribunal de Justiça não pode pronunciar-se nem sobre a interpretação de disposições legislativas ou regulamentares nacionais nem sobre a conformidade de tais disposições com o direito comunitário. Pode, no entanto, fornecer ao órgão jurisdicional nacional os elementos de interpretação do âmbito do direito comunitário que lhe permitirão resolver o problema jurídico submetido à sua apreciação⁷.

7 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 18 de Novembro de 1999, Teckal (C-107/98, Colect., p. I-8121, n.º 34), e de 4 de Maio de 1993, Distribuidores Cinematográficos (C-17/92, Colect., p. I-2239, n.º 8).

18. «Finalmente, segundo jurisprudência constante, compete ao Tribunal de Justiça, perante questões formuladas de maneira imprecisa, extrair do conjunto dos elementos fornecidos pelo órgão jurisdicional nacional e dos autos da causa principal os elementos de direito comunitário que necessitam de interpretação, tendo em conta o objecto do litígio»⁸.

19. Resulta das indicações contidas no despacho de reenvio que o órgão jurisdicional de reenvio coloca a sua questão exclusivamente na perspectiva do direito comunitário em matéria de igualdade de tratamento entre homens e mulheres⁹.

20. Assim, há que reformular a questão do seguinte modo:

Os artigos 3.º, n.º 3, CE, 13.º CE e 141.º CE, bem como a Directiva 76/207, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional como a relativa ao serviço militar obrigatório alemão, que apenas se aplica aos homens?

8 — Acórdão Teckal (v. nota anterior) e acórdãos de 13 de Dezembro de 1984, Haug-Adrion (251/83, Recueil, p. 4277, n.º 9), de 26 de Setembro de 1996, Arcaro (C-168/95, Colect., p. I-4705, n.º 21), e de 29 de Janeiro de 2002, Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, Colect., p. I-1049).

9 — A este respeito, a questão prejudicial não aborda outras matérias do direito comunitário, como, por exemplo, a livre circulação de trabalhadores (artigo 39.º CE) ou a livre prestação de serviços (artigos 49.º e segs. CE).

B — *Principais argumentos das partes*

21. A. Dory não se pronunciou na fase escrita do processo no Tribunal de Justiça. Na fase oral, começou por contestar o argumento segundo o qual o serviço militar obrigatório não se enquadra no âmbito de aplicação do direito comunitário com o fundamento de que se trata de uma medida que tem que ver com a garantia da segurança externa. Em sua opinião, trata-se (igualmente) de uma medida susceptível de afectar o livre exercício de uma actividade profissional, abrangida pelo direito comunitário, mais concretamente pela Directiva 76/207.

22. A. Dory considera que o serviço militar obrigatório unicamente para os homens é incompatível com a Directiva 76/207. Resulta do artigo 1.º da directiva que esta se aplica às medidas nacionais relativas ao acesso ao emprego. Em sua opinião, trata-se, na verdade, do acesso à generalidade dos empregos civis. Consequentemente, para responder à questão submetida, é irrelevante saber se o serviço militar constitui, em si, um «emprego» na acepção da Directiva 76/207.

23. Durante o período em que exercem o serviço militar obrigatório, os homens estão absolutamente proibidos de exercer uma profissão. Após o cumprimento desse serviço, o acesso a um emprego é consideravelmente diferido. Embora actualmente o serviço militar obrigatório apenas tenha a duração de nove meses, os seus efeitos no acesso ao emprego serem evidentes se fosse concebível que um Estado-Membro tivesse

a intenção de adoptar uma lei que apenas desse acesso a formação profissional às mulheres a partir dos 25 anos (por exemplo, por razões de política demográfica). Embora o serviço militar obrigatório não tenha como finalidade influenciar o acesso ao trabalho dos homens, a verdade é que produz neste particular consequências directas e, portanto, é «orientado em termos profissionais». Acresce que os empregadores têm pouca apetência para contratar homens desta faixa etária, uma vez que correm o risco de ser confrontados com a sua ausência em razão do serviço militar obrigatório.

24. Para contestar o argumento segundo o qual o serviço militar obrigatório unicamente para os homens teria finalidades que não teriam que ver com a regulação do acesso ao mercado do trabalho, A. Dory invoca o acórdão proferido no processo Marshall¹⁰. Nesse processo estava em causa a cessação automática do vínculo laboral atingida que fosse a idade da reforma, diferente para homens e mulheres. O Tribunal de Justiça considerou que se tratava de matéria não excluída do âmbito de aplicação da Directiva 76/207, embora a regulamentação nacional tivesse na base considerações de direito social.

25. O direito primário contém, além disso, no artigo 3.º, n.º 2, CE, desde o Tratado de Amsterdão, um princípio geral de igual-

10 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall (152/84, Collect., p. 723).

dade entre homens e mulheres. Por conseguinte, a Directiva 76/207 não pode, desde então, ser interpretada no sentido de que só se aplica nas situações em que uma medida nacional diga directamente respeito ao acesso ao emprego de uma pessoa de determinado sexo.

26. O Governo alemão sublinha a importância do serviço militar obrigatório na Alemanha. Destina-se a assegurar um contacto estreito entre as Forças Armadas e a população, garantindo, assim, a transparência democrática do aparelho militar. O serviço militar obrigatório geral, além disso, está no centro do sistema de defesa nacional alemão: não se pode fazer face a um aumento dos efectivos em situações de conflito relativamente aos períodos de paz sem um número correspondente de reservistas proveniente do círculo dos mobilizados.

27. As modalidades e a organização do serviço militar obrigatório fazem parte da organização das Forças Armadas, que permaneceu, enquanto componente essencial da segurança pública, no âmbito da competência dos Estados-Membros. Esta posição foi aceite pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Kreil e Sirdar¹¹.

28. Como resulta dos artigos 5.º, n.º 1, CE e 7.º, n.º 1, segundo parágrafo, CE, a

repartição das competências entre a Comunidade e os Estados-Membros baseia-se no princípio de que a Comunidade actua dentro dos limites das competências que lhe são conferidas. A organização da defesa nacional, enquanto tal, não é da competência da Comunidade.

29. A limitação do serviço militar obrigatório aos homens também não pertence ao âmbito de aplicação do direito comunitário do ponto de vista dos efeitos indirectos em matéria de acesso ao emprego.

30. O artigo 3.º, n.º 2, CE, segundo o qual a Comunidade tem como objectivo promover a igualdade entre homens e mulheres, apenas se aplica, de facto, às medidas específicas tomadas pela Comunidade para este efeito com base noutros fundamentos jurídicos.

31. Chega-se ao mesmo resultado no que respeita ao artigo 13.º CE. Esta disposição apenas habilita o Conselho a tomar medidas destinadas a lutar contra todas as formas de discriminação em razão do sexo nos «limites das competências que [o Tratado] confere à Comunidade».

32. O artigo 141.º CE e a Directiva 76/207, segundo o Governo alemão, apenas regu-

¹¹ — Acórdãos de 11 de Janeiro de 2000, referido na nota 5, e de 26 de Outubro de 1999, Sirdar (C-273/97, Colect., p. I-7403).

lam as relações laborais voluntariamente estabelecidas e não são, portanto, aplicáveis à obrigação geral de serviço que constitui o serviço militar obrigatório para os indivíduos mobilizados, que se distingue claramente da — escolhida livremente — profissão de militar, objecto exclusivo do acórdão Kreil.

mente excluído da proibição de trabalho forçado ou obrigatório na acepção do artigo 4.º, n.º 3, alínea b), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Em termos literalmente quase idênticos a mesma disposição foi incluída no artigo 8.º, n.º 3, alínea c), ii), do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, das Nações Unidas.

33. Além disso, a Directiva 76/207, que tem como objectivo a eliminação dos obstáculos no acesso ao emprego e à formação profissional, não é, segundo aquele governo, pertinente no caso em apreço. O montante em dinheiro atribuído aos mobilizados, inclusivamente tendo em conta o seu reduzido montante, não é um salário com o qual possam assegurar a sua subsistência. Uma «certa semelhança superficial» entre a relação de serviço militar dos mobilizados e uma relação laboral não é suficiente para justificar a aplicabilidade da directiva.

35. Pelo contrário, o artigo 6.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, que regula o direito «que têm todas as pessoas de assegurar a possibilidade de ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente escolhido ou aceite» não estabelece nenhuma restrição relativamente ao serviço militar obrigatório. Deve concluir-se que este pacto não considera a prestação de serviço militar como uma actividade laboral no sentido normal da expressão.

34. As especificidades do serviço militar obrigatório enquanto dever cívico são decisivas para considerar que não constitui um emprego na acepção da Directiva 76/207. O próprio direito internacional considera que é prática consolidada que a mobilização para o serviço militar é um acto de exercício de poder do Estado, o que é igualmente demonstrado pelo facto de os estrangeiros, mesmo nacionais de outros Estados-Membros da UE, estarem isentos de tal prestação em razão do conflito de lealdade. A especificidade deste dever cívico resulta também da circunstância de o serviço militar obrigatório ser expressa-

36. Além disso, o Governo alemão sublinha que, no processo Schnorbus¹², o próprio Tribunal de Justiça admitiu que as disposições nacionais destinadas a compensar o atraso resultante da prestação de serviço militar ou civil obrigatório são compatíveis com o direito comunitário. Desta forma, reconheceu implicitamente a legalidade do serviço militar obrigatório unicamente para os homens.

37. O Governo francês considera que o cumprimento do serviço militar obrigatório

12 — Citado na nota 6, *supra*.

não pode ser equiparado ao exercício de uma profissão e, por conseguinte, não se enquadra no âmbito de aplicação das disposições sociais do Tratado CE nem da Directiva 76/207. O serviço militar obrigatório é uma medida de defesa nacional, que é da competência exclusiva dos Estados-Membros. A decisão de um Estado-Membro impor um serviço militar obrigatório apenas aos homens não se enquadra no âmbito de aplicação do direito comunitário.

38. Segundo este governo, embora, através dos acórdãos Kreil e Sirdar, o Tribunal de Justiça tenha considerado que decisões relativas à organização das Forças Armadas não estão completamente excluídas do âmbito de aplicação do direito comunitário, a verdade é que, no acórdão Sirdar, também declarou que só estão sujeitas ao princípio comunitário da igualdade de tratamento entre homens e mulheres as medidas nacionais em matéria de acesso ao emprego, de formação profissional e de condições de trabalho nas Forças Armadas.

39. Ora, estas soluções não são aplicáveis no presente caso, na medida em que o serviço militar obrigatório é prestado por indivíduos mobilizados, não equiparáveis a trabalhadores que ocupam um emprego na acepção das disposições comunitárias relativas à igualdade de tratamento entre os sexos. O indivíduo mobilizado não efectua uma prestação a favor de um terceiro, pela qual receba uma remuneração, mas cumpre um dever cívico, recebendo um certo montante em dinheiro.

40. Além disso, no acórdão Schnorbus, o Tribunal de Justiça pronunciou-se relativamente à compatibilidade com o direito comunitário de disposições que não se referiam ao serviço militar obrigatório em si, mas às suas consequências sobre a eventual relação de serviço entre candidatos a um estágio jurídico preparatório e a administração que oferecia o referido estágio. Além disso, é significativo que, nesse processo, o Tribunal de Justiça não tenha respondido à sexta questão prejudicial, relativa ao carácter discriminatório da limitação da obrigação de prestar serviço militar aos homens.

41. O Governo finlandês assinala que, nos termos do artigo 127.º da Constituição finlandesa, os homens e as mulheres estão obrigados a participar na defesa nacional. No entanto, nos termos da lei, a obrigação de serviço militar com armas incumbe unicamente aos homens, embora as mulheres possam prestar serviço militar voluntário.

42. O Governo finlandês acrescenta que, como declarou o Tribunal de Justiça no acórdão Kreil, as opções fundamentais em matéria de política de defesa são da competência dos Estados-Membros e, por conseguinte, o direito comunitário não é aplicável no processo principal.

43. Considera que, de qualquer forma, a obrigação de prestar serviço militar não

tem que ver com a questão das condições de acesso à profissão militar e, consequentemente, não se enquadra no âmbito de aplicação da Directiva 76/207. O facto de a limitar aos homens tão-pouco compromete o desenrolar das carreiras das mulheres nas Forças Armadas, uma vez que as mulheres têm sempre a possibilidade de efectuar o serviço militar voluntariamente.

46. Na opinião da Comissão, é esta a conclusão que há que tirar no que respeita ao serviço militar obrigatório. Tal como a defesa do território nacional não incumbe à Comunidade, o serviço em causa também não faz parte do mercado do trabalho ou de uma formação destinada a fazer face às necessidades desse mercado. Deste modo, segundo a Comissão, o litígio no processo principal é muito diferente dos processos já julgados pelo Tribunal de Justiça.

44. A Comissão alega que, do artigo 12a da Lei Fundamental alemã e do § 1 da WPflG, resulta que o serviço militar obrigatório, tal como se foi tradicionalmente desenvolvendo em muitos Estados europeus desde finais do século XVIII, constitui uma obrigação unilateral de serviço de direito público e não dá lugar à criação de um vínculo laboral. O indivíduo mobilizado para prestar serviço militar realiza uma prestação, eventualmente mesmo contra a sua vontade, durante a qual o Estado apenas lhe proporciona um certo apoio em termos de subsistência, mas não uma remuneração. Portanto, o serviço militar não faz parte do mercado do trabalho.

47. A Comissão, invocando o acórdão Lawrie-Blum¹³, reconhece que, em princípio, a natureza jurídico-pública de uma actividade não basta, por si só, para a excluir do âmbito de aplicação da Directiva 76/207. No entanto, determinadas obrigações jurídico-públicas, fruto da história, entre as quais encontramos, por exemplo, a par do serviço militar obrigatório, algumas especificidades nacionais, como a obrigação que existe na Alemanha de construir diques, imposta aos habitantes de ilhas ou de zonas costeiras, não podem fazer parte do âmbito de aplicação das disposições comunitárias destinadas a regular questões laborais. Uma coisa completamente diferente seria se um Estado-Membro, por razões de política social e sanitária, impusesse uma obrigação geral de cuidar de idosos e de doentes.

45. Como declarou o Tribunal de Justiça nos acórdãos Kreil e Sirdar, o simples facto de se tratar de questões militares não é determinante para negar a aplicação do direito comunitário. O que é decisivo é, pelo contrário, que a relação de prestação de serviços está excluída, em razão dos seus objectivos e da sua organização, do âmbito de aplicação do direito comunitário.

48. De tudo isto resulta, em sua opinião, que ao serviço militar obrigatório não são aplicáveis os artigos 13.º CE e 141.º CE

13 — Acórdão de 3 de Julho de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Colect., p. 2121).

nem a Directiva 76/207, adoptada com base no artigo 235.º do Tratado CE (actual artigo 308.º CE).

comunitário não pode, em todas as circunstâncias, afastar o direito nacional, mas, em determinados contextos, o direito nacional conserva o seu âmbito de aplicação.

49. Os Estados-Membros poderiam, portanto, invocar, neste domínio, o disposto no artigo 6.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia e no artigo 5.º CE, para que a sua soberania em matéria de defesa fosse respeitada na forma resultante da tradição nacional.

50. A apreciação das consequências do serviço militar obrigatório no que respeita ao acesso ao emprego não conduziria a resultados diferentes. Segundo a Comissão, o serviço militar obrigatório não limita o âmbito de aplicação do direito comunitário além daquilo que é a sua própria natureza. Consequentemente, não é necessário apurar se a sua limitação aos homens pode eventualmente ser justificada com base na Directiva 76/207. No acórdão Schnorbus, o Tribunal de Justiça apenas declarou a compatibilidade da referida disposição nacional com a directiva porque não considerou que as limitações resultantes do serviço militar obrigatório constituíssem uma violação do direito comunitário.

51. Na audiência, a Comissão sublinhou, além disso, que, uma vez que o serviço militar obrigatório está fora do âmbito das competências comunitárias, algumas consequências que daí resultam para o direito comunitário devem ser aceites. O direito

52. No que respeita à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Comissão sublinha que os seus artigos 20.º, 21.º e 23.º, relativos ao princípio da igualdade de tratamento e à proibição de discriminações entre homens e mulheres, apenas se aplicam, nos termos do artigo 51.º, n.º 1, da Carta, aos actos jurídicos dos Estados-Membros quando apliquem o direito da União, o que não acontece no presente processo.

C — *Apreciação*

53. O serviço militar obrigatório alemão é, segundo as observações não contestadas do Governo alemão, um domínio essencial da legislação nacional destinado a assegurar a segurança externa da República Federal da Alemanha.

54. O ponto fulcral da questão prejudicial consiste em saber se o serviço militar obrigatório e a sua organização se situam totalmente fora do âmbito de aplicação do direito comunitário pelo facto de incumbir aos Estados-Membros adoptar as medidas necessárias para garantir a segurança

externa e, portanto, tomar decisões sobre a organização das suas Forças Armadas. Se não for assim, será necessário apurar que disposições de direito comunitário poderiam ser aplicadas e se tais disposições obstam a que o serviço militar obrigatório seja exclusivamente reservado aos homens.

1. Princípios relativos à aplicação do direito comunitário a medidas nacionais destinadas a garantir a segurança externa

55. Resulta do princípio das competências limitadas de atribuição (artigo 5.º CE) que os Estados-Membros têm competência exclusiva nos domínios em que ou nenhuma competência foi conferida ao legislador comunitário ou — excluindo a situação das competências exclusivas — nos domínios em que, apesar da competência da Comunidade, não tenha sido adoptada nenhuma regulamentação comunitária.

56. É jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que existem domínios em que o direito comunitário impõe limites às competências atribuídas aos Estados-Membros, mesmo que estas façam parte do âmbito da

soberania exclusiva dos Estados-Membros¹⁴.

57. A este respeito, o Tribunal de Justiça também analisou as medidas nacionais no domínio da segurança pública, ao qual pertence a segurança externa¹⁵ a par da segurança interna. O Tribunal de Justiça considera, em primeiro lugar, que os «Estados-Membros, que continuam a ter competência exclusiva para a manutenção da ordem pública e para a salvaguarda da segurança interna, dispõem de uma margem de apreciação para determinar quais são [...] as medidas mais aptas [...]»¹⁶.

58. No processo Sirdar¹⁷, que tinha por objecto as limitações impostas às mulheres

14 — V., por exemplo, em matéria de direito penal e de processo penal, o acórdão de 24 de Novembro de 1998, Bickel (C-274/96, Colect., p. I-7637, n.º 17); noutros domínios, como a organização do ensino e da política de ensino e de formação, acórdãos de 3 de Julho de 1974, Casagrande (9/74, Colect., p. 401), e de 13 de Fevereiro de 1985, Gravier (293/83, Recueil, p. 593); em matéria de organização dos sistemas de segurança social, acórdãos de 7 de Maio de 1991, Comissão/Bélgica (C-229/89, Colect., p. I-2205), de 14 de Dezembro de 1995, Nolte (C-317/93, Colect., p. I-4625), e de 28 de Abril de 1998, Decker (C-120/95, Colect., p. I-1831); em matéria de impostos directos, acórdão de 27 de Junho de 1996, Asscher (C-107/94, Colect., p. I-3089); e em matéria de participação em associações religiosas ou filosóficas, acórdão de 5 de Outubro de 1988, Steyemann (196/87, Colect., p. 6159), ou em matéria de tramitação de processos administrativos e judiciais, acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, REWE Zentralfinanz (33/76, Colect., p. 813), de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Colect., p. I-4599), e van Schijndel e van Veen (C-430/93 e C-431/93, Colect., p. I-4705).

15 — V., por exemplo, os acórdãos de 4 de Outubro de 1991, Richardt e Les Accessoires Scientifiques (C-367/89, Colect., p. I-4621); de 17 de Outubro de 1995, Leifer (C-83/94, Colect., p. I-3231); e de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651).

16 — Acórdão de 9 de Dezembro de 1997, Comissão/França (C-265/95, Colect., p. I-6959, n.º 33).

17 — Citado na nota 11, *supra*, n.ºs 15 e segs.

para acederem a certos tipos de empregos militares, o Tribunal de Justiça acrescentou:

«Importa declarar que cabe aos Estados-Membros, que têm de aprovar as medidas adequadas para assegurar a sua segurança interna e externa, adoptar as decisões relativas à organização das suas Forças Armadas. Daqui não resulta, no entanto, que tais decisões devam escapar totalmente à aplicação do direito comunitário.

Com efeito, tal como o Tribunal de Justiça já declarou, o Tratado só prevê derrogações aplicáveis no caso de situações susceptíveis de pôr em causa a segurança pública nos artigos 36.º, 48.º, 56.º, 223.º (que passaram, após alteração, a artigos 30.º CE, 39.º CE, 46.º CE e 296.º CE) e 224.º, os quais se referem a hipóteses excepcionais bem delimitadas. *Daí não se pode deduzir que existiria uma reserva geral, inerente ao Tratado, que exclui do âmbito de aplicação do direito comunitário qualquer medida tomada com base na segurança pública*¹⁸. Reconhecer tal reserva, 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 [...]

Além disso, algumas das derrogações previstas no Tratado dizem respeito às regras relativas à livre circulação de mercadorias, de pessoas e de serviços, e não às disposições sociais do Tratado, entre as quais

releva o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres [...]

Daqui resulta que não existe uma reserva geral à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres para as medidas de organização das Forças Armadas motivadas pela protecção da segurança pública [...]

59. Estas explicações encontram-se praticamente *ipsis verbis* no acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo Kreil¹⁹. Embora nos processos Sirdar e Kreil se colocasse a mesma questão do acesso a empregos nas Forças Armadas, a qualificação como «medidas relativas à organização das Forças Armadas» não pode, em princípio, ser diferente para um exército profissional e para o serviço militar obrigatório.

60. Em acórdãos proferidos noutros domínios e nos quais estavam em causa medidas nacionais relativas à segurança e à política externas, o Tribunal de Justiça afirmou igualmente que não se podia concluir pela existência de uma reserva geral, inerente ao direito comunitário, que excluísse do âmbito de aplicação deste qualquer medida tomada por motivos de segurança pública²⁰.

19 — Citado na nota 5, n.ºs 15 e segs.

20 — Acórdãos de 13 de Julho de 2000 — Zonas de importância militar — Albore (C-423/98, *Collect.*, p. I-5965, n.ºs 19 e segs.); de 17 de Outubro de 1995, Werner (C-70/94, *Collect.*, p. I-3189, n.º 10); de 17 de Outubro de 1995 — Perturbações significativas das relações externas — Leifer (referido na nota 15, *supra*); de 31 de Maio de 2001 — Actividades de segurança privada — Comissão/Itália (C-283/99, *Collect.*, p. I-4363); e de 9 de Dezembro de 1997 — Perturbações da ordem pública — Comissão/França (citado na nota 16, *supra*).

18 — O sublinhado é meu.

61. Finalmente, nas conclusões que apresentou no processo Comissão/Grécia²¹, o advogado-geral F. G. Jacobs analisou um embargo comercial imposto unilateralmente por um Estado-Membro exclusivamente por razões de política de segurança. A política comercial externa é uma competência exclusiva da Comunidade. Consequentemente, colocava-se a questão de saber se seria possível analisar a compatibilidade da actuação da Grécia com o artigo 113.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 133.º CE) ou se, pelo contrário, tal actuação não se enquadrava no âmbito de aplicação do direito comunitário, por se tratar de uma medida de política nacional de segurança. A este respeito, o advogado-geral F. G. Jacobs assinalou:

«O elemento decisivo reside, em minha opinião, não na finalidade de embargo mas nos seus efeitos. Uma medida que tem por efeito impedir ou restringir directamente as trocas comerciais com um país terceiro cai no âmbito de aplicação do artigo 113.º, seja qual for a sua finalidade»²².

62. Em síntese, há que reconhecer que as medidas nacionais tomadas com vista a garantir a segurança pública não estão completamente excluídas do âmbito de aplicação do direito comunitário. É certo que a organização das Forças Armadas, enquanto componente essencial da garantia de segurança externa, é, enquanto tal, da

competência exclusiva dos Estados-Membros. No entanto, quando as medidas nacionais adoptadas têm efeitos em domínios regulados pelo direito comunitário e, portanto, se o âmbito de aplicação do direito comunitário é afectado, importa então analisar²³ esses efeitos à luz do direito comunitário, que beneficia de primado²⁴.

63. Se se aplicar este critério à questão prejudicial, isso significa: a instituição de um serviço militar obrigatório nacional e geral, enquanto medida relativa à organização da segurança externa, é e continuará a ser uma decisão política do Estado-Mem-

21 — Conclusões de 6 de Abril de 1995, no processo Comissão/Grécia (C-120/94, Colect. 1996, p. I-1513).

22 — Citadas na nota 21 (n.º 42).

23 — Para uma análise completa da questão relativa ao papel das mulheres nas Forças Armadas, designadamente nos países de língua alemã, v., por exemplo, von Wilmsowsky, «Ausnahmebereiche gegenüber EG-Grundfreiheiten», *Europarecht* 1996, p. 362; Streinz, «Frauen an die Front», *Deutsches Verwaltungsblatt* 2000, p. 585; Tobler, «Kompetenzanweisung der EG via den EuGH? — a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à aplicabilidade do direito comunitário em matéria de igualdade entre os sexos nas relações de trabalho nas Forças Armadas dos Estados-Membros», *Aktuelle juristische Praxis* 2000, p. 577; Stahn, «Streitkräfte im Wandel — os efeitos dos acordãos do Tribunal de Justiça Sirdar e Kreil no direito alemão», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2000, p. 121; Hühn, «Die Waffen der Frauen: Der Fall Kreil — erneuter Anlass zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit?», *Schriften zur europäischen Integration* nr 51 (2000), p. 5; Zuleeg, «Fällt die Wehrpflicht in Deutschland durch Richterspruch?», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, p. 545; v., igualmente, Ellis, «Can Public Safety Provide An Excuse For Sex Discrimination?», *The Law Quarterly Review*, 1986, p. 496; Müller-Graff/Bulst, «New Issues In a Sensitive Relationship — Tanja Kreil between secondary EC-law and national constitutional law», *Europaratstlig tidskrift* 2000, p. 295; um comentário crítico encontra-se em «Frauen an die Waffe kraft Europarecht», *Die öffentliche Verwaltung* 2000, p. 417; Rupp, «Bemerkungen zum europarechtlichen Schutz der 'nationalen Identität' der EU-Mitgliedstaaten», *Völkerrecht und deutsches Recht: Festschrift für Walter Rudolf zum 70. Geburtstag* (2001), p. 173; Köster/Schröder, «Eine bemerkenswerte Kompetenzüberschreitung — Frauen an die Waffe», *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, p. 273; Stein, «Über Amazonen, Europa und das Grundgesetz», *Die Macht des Geistes: Festschrift für Hartmut Schiedermair* (2001), p. 737.

24 — V. acórdão fundamental do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1964, Costa/ENEL (6/64, Colect. 1962-1964, p. 549).

bro que a adopta. Compete aos Estados-Membros decidir se e como organizam as respectivas Forças Armadas nacionais com vista a garantir a sua segurança externa.

64. Todavia, isso não significa que a aplicação concreta de medidas nacionais adoptadas neste âmbito não possa ser objecto de uma análise à luz dos seus efeitos sobre os direitos tutelados pelo direito comunitário.

65. Da decisão de reenvio resulta que o litígio no processo principal tinha que ver com o princípio comunitário da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de acesso ao emprego.

66. Importa analisar, em primeiro lugar, quais os deveres que são abrangidos pelo direito comunitário relativo à igualdade de tratamento entre ambos os sexos e que domínios de aplicação definem. Se a aplicação efectiva de um serviço militar obrigatório, como o que existe na Alemanha, produzir efeitos que caíam sob a alçada de uma regulamentação de direito comunitário assim determinada e se essa aplicação efectiva for contrária ao princípio da igualdade, haverá que analisar igualmente se essa ilegalidade não será eventualmente abrangida por uma excepção prevista nessa regulamentação comunitária e, portanto, se poderá ser admitida ou, finalmente — em caso de discriminação indirecta — se poderá ser justificada.

67. Segundo a questão prejudicial, tal como reformulada²⁵, haveria, no caso em apreço, que analisar os artigos 3.º, n.º 2, CE, 13.º CE e 141.º CE, bem como a Directiva 76/207.

2. Quanto às disposições do Tratado CE

68. O princípio consagrado no artigo 3.º, n.º 2, CE, por força do qual há que suprimir as desigualdades entre homens e mulheres e promover a igualdade entre os sexos, só deve ser respeitado relativamente às acções da Comunidade. Todavia, o serviço militar obrigatório constitui uma medida nacional. Na medida em que legislador nacional não é destinatário desta disposição, o artigo 3.º, n.º 2, CE não constitui, em si, um critério de apreciação²⁶.

69. O artigo 13.º CE apenas contém uma base jurídica para a competência do legislador comunitário e unicamente «dentro dos limites das competências que (o Tratado) confere à Comunidade». Esta regra de competência não pode, em si, gerar direitos em matéria de igualdade de tratamento entre homens e mulheres que vão além dos reconhecidos pelo direito derivado.

25 — V., *supra*, n.º 20.

26 — Isso não impede que se possa recorrer a esta disposição para efeitos de interpretação do direito derivado; v., designadamente, quanto a esta questão, o n.º 105 das presentes conclusões.

70. É jurisprudência assente do Tribunal de Justiça²⁷ que o artigo 141.º, n.º 1, CE (ex-artigo 119.º, primeiro parágrafo, do Tratado CEE) faz nascer um direito directo à igualdade de tratamento entre homens e mulheres. Todavia, apenas se aplica às questões que têm que ver com a igualdade de «remuneração» e não quando se trata do acesso igual a empregos remunerados. O artigo 141.º, n.º 2, CE, que contém uma definição do conceito de «remuneração», mostra que a discriminação em matéria de acesso ao mercado do emprego civil em causa no caso vertente não é abrangida por esta disposição. O artigo 141.º, n.º 4, CE destina-se a «assegurar, na prática, a plena igualdade entre homens e mulheres na vida profissional». No entanto, esta disposição mais não contém, na verdade, do que uma clarificação relativa à possibilidade de manutenção ou de adopção de medidas que prevêem benefícios em função do sexo nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Acresce que as considerações acima feitas em relação ao artigo 13.º CE são válidas, por analogia, em relação ao artigo 141.º, n.º 3, CE. Daqui resulta que também esta disposição apenas contém uma base jurídica que fundamenta a competência para a adopção de medidas de direito comunitário que tenham que ver com a questão da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de trabalho e de emprego²⁸.

ou o artigo 141.º CE se opõem ao facto de o serviço militar obrigatório ser reservado aos homens.

3. Quanto à Directiva 76/207

72. Importa analisar, em primeiro lugar, se a instituição do serviço militar obrigatório ou os seus efeitos se enquadram no âmbito de aplicação material da Directiva 76/207. Só nesse caso haveria que examinar se existe uma discriminação em razão do sexo.

a) Quanto à questão de saber se o serviço militar obrigatório pode ser considerado, em si mesmo, uma «emprego» na acepção do artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 76/207

73. Numa primeira fase, algumas partes suscitaram a questão de saber se a Directiva 76/207 é aplicável ao serviço militar obrigatório. Foram manifestadas dúvidas sobre se as actividades desenvolvidas no âmbito do referido serviço militar podem ser consideradas «emprego» na acepção do artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 76/207. Ora, na medida em que o serviço militar obrigatório constitui um dever cívico de direito público sem direito a remuneração, esta classificação é, na prática, efectivamente duvidosa.

71. Em conclusão, há que concluir que nem o artigo 3.º, n.º 2, CE, nem o artigo 13.º CE

27 — Acórdão de 8 de Abril de 1976, Defrenne (43/75, Colect., p. 193).

28 — As alterações à Directiva 76/207, recentemente entradas em vigor, baseiam-se, consequentemente, no artigo 141.º, n.º 3, CE; v. nota 49.

74. A este propósito, cabe assinalar, em primeiro lugar, que o Tribunal de Justiça já declarou que o carácter jurídico-público de uma relação de serviço não é, por si só, motivo suficiente para excluir a aplicação da Directiva 76/207²⁹. No entanto, considero que não é este o problema.

75. Efectivamente, há que analisar em que contexto a Directiva 76/207 se refere a «empregos» e a «postos de trabalho». A finalidade do artigo 3.º consiste em evitar as discriminações em razão do sexo no «acesso» ao emprego. Não obstante, as observações de A. Dory não fazem alusão a uma discriminação em razão do sexo no acesso ao serviço militar. Segundo o despacho de reenvio, o objecto do processo também não consiste em determinar se a impossibilidade de as mulheres prestarem serviço militar pode implicar para estas uma desvantagem no caso de, por exemplo, pretenderem seguir a carreira militar³⁰.

76. As observações de A. Dory referem as consequências que, segundo afirma, o serviço militar obrigatório, uma vez concluído, produz no que respeita ao acesso dos homens ao mercado civil do trabalho.

Ora, os aspectos relativos ao acesso ao mercado civil do trabalho fazem indubitavelmente parte do âmbito de aplicação material da Directiva 76/207.

b) Quanto à questão de saber se as consequências que o serviço militar obrigatório produz no que respeita ao acesso dos homens ao mercado civil do trabalho se enquadram no âmbito de aplicação material da Directiva 76/207

77. Em primeiro lugar, há que determinar quais as consequências que o serviço militar obrigatório produz ou pode produzir no que respeita ao acesso dos homens ao mercado civil do trabalho: durante o serviço militar, o acesso ao mercado do trabalho é praticamente impossível, pela simples razão de que o indivíduo tem uma obrigação de presença. Consequentemente, não se pode pôr em dúvida que, durante esse período e diversamente do que acontece com as mulheres da mesma idade, os homens não têm, em princípio, «acesso ao emprego» no sentido de um emprego civil. Depois de terminar o serviço militar, o acesso ao mercado do trabalho é, em princípio, ilimitado, mas, no caso dos homens que prestaram serviço militar, tal acesso é diferido relativamente ao que acontece com as mulheres de idade semelhante³¹.

78. Antes de analisar a questão de saber se esta posição diferente, relativamente às

29 — Acórdãos Sirdar, referido na nota 11, *supra*, n.º 17; Kreil, referido na nota 5, *supra*, n.º 18, e Schnorbus, referido na nota 6, *supra*, n.º 28; acórdãos de 21 de Maio de 1985, Comissão/Alemanha (248/83, Recueil, p. 1459, n.º 16), e de 2 de Outubro de 1997, Gerster (C-1/95, Colect., p. I-5253, n.º 18).

30 — Possivelmente por essa razão a Finlândia autoriza as mulheres a prestar voluntariamente serviço militar; v. n.º 41, *supra*.

31 — Esta afirmação é válida em termos gerais, sem prejuízo das eventuais medidas nacionais que compensam ou se destinam a compensar o referido diferimento (por exemplo, em matéria de segurança social).

mulheres, no acesso ao mercado civil do trabalho constitui uma «discriminação» na acepção da Directiva 76/207, coloca-se, em primeiro lugar, a questão geral de saber se o artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 76/207 apenas engloba as medidas nacionais destinadas a regular o acesso ao emprego ou também as que apenas têm ou podem ter efeitos sobre o acesso a um emprego. De facto, a impossibilidade temporal e o posterior diferimento do acesso dos homens ao mercado civil do trabalho que estão em causa no processo principal não são objecto da WPfG, mas antes uma consequência desta.

i) Quanto à jurisprudência do Tribunal de Justiça no que respeita às medidas nacionais que têm por objecto uma diferenciação no acesso ao mercado do trabalho

79. A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à Directiva 76/207 tem principalmente tido por objecto medidas nacionais que regulam de forma diferenciada em razão do sexo o acesso a determinados empregos³².

80. Nos acórdãos Kreil e Sirdar³³ também existia um nexo semelhante entre as medi-

das a analisar à luz da directiva e a situação em que se manifestava a desigualdade de tratamento, que difere do do presente processo. Nesses dois processos, estava em causa o acesso ao serviço nas Forças Armadas, isto é, tratava-se de proibições concretas de ocupar um emprego e em ambas as situações as medidas a analisar do ponto de vista da directiva eram medidas que tinham directamente por objecto o acesso aos referidos empregos.

81. No entanto, não restam dúvidas de que o âmbito de aplicação material da Directiva 76/207 abrange as proibições directas de acesso especificamente em razão do sexo.

82. Além disso, o Tribunal de Justiça reconheceu a aplicação da Directiva 76/207 a quotas em função do sexo para o acesso a certos empregos³⁴. No entanto, naquele processo também estavam em causa medidas nacionais manifestamente destinadas a regular de maneira diferente consoante o sexo o acesso a determinado mercado do trabalho, de modo que também neste caso as referidas medidas se enquadravam indiscutivelmente no âmbito de aplicação material da Directiva 76/207.

83. No acórdão Schnorbus³⁵, o Tribunal de Justiça foi chamado a analisar a desigualdade de tratamento no acesso à formação profissional (artigo 4.º da Directiva

32 — Por exemplo, o acórdão de 25 de Julho de 1991, Stoeckel (C-345/89, Colect., p. I-4047), relativa à proibição de trabalho nocturno das mulheres.

33 — Acórdãos Sirdar (referido na nota 11, *supra*) e Kreil (referido na nota 5, *supra*). No processo Sirdar estavam em causa medidas que impediam o acesso das mulheres a determinadas unidades de combate; no acórdão Kreil, normas legais que, de forma geral, excluíam as mulheres dos postos de trabalho militares das Forças Armadas.

34 — Acórdão de 30 de Junho de 1988, Comissão/França (318/86, Colect., p. 3559).

35 — Citado na nota 6, *supra*.

76/207). Nesse processo, a desigualdade de tratamento consistia no facto de os homens que tivessem prestado serviço militar ou civil terem prioridade relativamente a outros candidatos ou serem admitidos mais rapidamente à formação profissional. Na medida em que se tratava de medidas nacionais que regulavam o acesso à formação profissional e que eram objecto de análise à luz da proibição de discriminação, uma vez que se baseavam numa desigualdade de tratamento, era indiscutível que, em razão do seu objecto, essas medidas nacionais eram abrangidas pelo âmbito de aplicação material da Directiva 76/207³⁶.

ii) Quanto à jurisprudência do Tribunal de Justiça no que respeita às medidas nacionais que têm como consequência criar um acesso diferenciado ao mercado do emprego

84. As considerações que farei relativamente à questão de saber se uma medida nacional se enquadra igualmente no âmbito de aplicação material da Directiva 76/207 quando não visa expressamente diferenciar o acesso ao mercado do trabalho consoante o sexo, mas *produz* ou *pode produzir* esse resultado são baseadas na jurisprudência

do Tribunal de Justiça em três processos. Trata-se, por um lado, da jurisprudência consagrada nos acórdãos Jackson e Cresswell³⁷, Meyers³⁸ e, por outro lado, no acórdão Schnorbus³⁹. Embora estes três processos tenham conteúdos distintos, penso que têm em comum um aspecto idêntico, relativo ao âmbito de aplicação da Directiva 76/207.

Quanto aos processos Jackson e Cresswell e ao processo Meyers

85. Nestes dois primeiros processos, havia que determinar se os recorridos nos processos principais preenchiam as condições para beneficiar do regime de segurança social a favor de pessoas que não pertenciam ao mercado regular do trabalho. Foi afirmado que estes requisitos para obtenção do direito a prestações tinham por efeito prejudicar os progenitores sozinhos (em geral, mulheres) no que respeita ao acesso ao mercado regular do trabalho.

86. O Tribunal de Justiça decidiu no n.º 28 deste acórdão Jackson e Cresswell⁴⁰:

«No entanto, tal regime apenas será abrangido por esta directiva caso tenha em vista

36 — Cabe igualmente mencionar o acórdão de 12 de Julho de 1984, Hofmann (184/83, Recueil, p. 3047), no qual estava em causa uma licença de maternidade e o facto de tal licença apenas ser concedida às mulheres. Dado que se tratava de uma medida cujo objecto directo era a regulação (específica em razão do sexo) de «condições de trabalho» na acepção do artigo 5.º da Directiva 76/207, era evidente que esta directiva era aplicável. A disposição nacional objecto do processo Marshall (referido na nota 10, *supra*), que também foi invocado por A. Dory, regulava a questão da cessação automática das relações laborais quando se atingisse uma idade, distinta consoante o sexo, para efeitos de obtenção de uma pensão de reforma. Nesse processo, o objecto da disposição nacional era igualmente estabelecer um regime (distinto consoante o sexo) das «condições de trabalho» na acepção do artigo 5.º da Directiva 76/207.

37 — Acórdão de 16 de Julho de 1992, Jackson e Cresswell (C-63/91 e C-64/91, Colect., p. I-4737).

38 — Acórdão de 13 de Julho de 1995, Meyers (C-116/94, Colect., p. I-2131).

39 — Citada na nota 6, *supra*.

40 — Acórdão citado na nota 37.

o acesso ao emprego, incluindo a promoção e a formação profissionais, bem como as condições de trabalho.»

Mais adiante, no mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça analisou as características das prestações de segurança social e concluiu, no n.º 21:

O Tribunal concluiu no n.º 30:

«Nestas condições, o *family credit* tem por objecto o acesso ao emprego referido no artigo 3.º da directiva.»

«Em consequência, a afirmação de que as regras de cálculo do rendimento efectivo dos beneficiários das prestações em causa, que servem de base à determinação do respectivo montante, poderiam afectar as possibilidades de acesso à formação profissional e ao trabalho a tempo parcial de mães solteiras não basta para que seja reconhecida a inclusão de tais regimes no âmbito de aplicação da Directiva 76/207.»

87. No n.º 13 do acórdão Meyers, o Tribunal de Justiça declarou, referindo-se ao acórdão atrás referido⁴¹:

«[...] a simples razão de as condições que dão direito à concessão de prestações poderem ter o efeito de afectar a possibilidade, quanto a um progenitor sozinho, de aceder a um emprego, não é suficiente para tornar a directiva aplicável [...]»

88. Poderia nesta fase ser-se tentado a pensar que, nos dois acórdãos referidos, o Tribunal de Justiça interpretou de forma muito apertada o âmbito de aplicação material da Directiva 76/207 e negou a sua aplicação a certas medidas nacionais que não têm por objecto, mas apenas por efeito, restringir, em razão do sexo, o acesso ao emprego. Nesta medida, pode existir um certo paralelismo com o serviço militar obrigatório unicamente para os homens. Esta medida nacional também dá azo a distinções em razão do sexo no acesso ao mercado do trabalho, embora o seu «objecto» seja completamente diferente, isto é, garantir a segurança externa.

89. Todavia, cabe interrogar-se se, nos acórdãos Jackson e Cresswell, o Tribunal de Justiça estabeleceu um princípio geral nesse sentido amplo.

90. A isto se opõe, em primeiro lugar, o facto de que esta interpretação do âmbito

41 — Acórdão citado na nota 38.

de aplicação material da Directiva 76/207 nos referidos acórdãos tinha que ver com a circunstância de, nos litígios nos processos principais, estarem em causa prestações da segurança social cuja configuração se afirmava ser discriminatória em relação às mulheres no que respeita ao acesso ao mercado do trabalho. No entanto, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça ⁴², as prestações que têm origem no domínio da segurança social estão excluídas, nos termos do artigo 1.º, n.º 2 ⁴³, da Directiva 76/207, do âmbito de aplicação da directiva. Mais uma vez o Tribunal de Justiça interpreta esta excepção de forma estrita, segundo os princípios gerais. Isso tem como consequência que o Tribunal parece ter começado por interpretar globalmente o âmbito de aplicação da Directiva 76/207 em sentido amplo. Chegou, assim, à conclusão de que uma medida nacional que, segundo a sua génese, é uma prestação da segurança social, *apesar disso* se enquadra no âmbito de aplicação da Directiva 76/207, se — e apenas se — tiver por «objecto» um dos aspectos que fazem parte do âmbito de aplicação da directiva, isto é, o acesso ao emprego, à formação e à promoção profissionais e as condições de trabalho. Deste modo, o Tribunal de Justiça interpretou em sentido estrito tanto a excepção como a disposição, isto é, saber quais são as medidas que se enquadram efectivamente no âmbito de aplicação da directiva.

91. Nos referidos acórdãos, o Tribunal de Justiça não analisou a questão geral — que

deve ser distinguida da origem de uma medida do domínio da segurança social — de saber se as medidas nacionais que tornam mais difícil o acesso ao emprego em razão do sexo por terem esse «efeito», embora não seja esse o respectivo «objecto», se enquadram no âmbito de aplicação da directiva.

92. Embora a referida jurisprudência do Tribunal de Justiça — em última análise — não imponha obrigatoriamente uma interpretação estrita do âmbito de aplicação material da Directiva 76/207, penso que pode servir de base a tal interpretação. De facto, o Tribunal de Justiça indica claramente, *a contrario*, que a questão determinante para que uma medida nacional fique fora do âmbito de aplicação da directiva, apesar de pertencer (formalmente) a um regime de segurança social, é o seu objecto. No entanto, o Tribunal de Justiça delimita com a mesma clareza o objecto da medida que pretende analisar à luz da directiva. O Tribunal de Justiça procede a uma interpretação estrita de uma disposição de excepção exactamente em razão da sua jurisprudência, pelo que uma medida nacional só pode deixar de ser analisada à luz da Directiva 76/207 se não se enquadrar em *nenhum* dos âmbitos mencionados nos artigos 3.º a 5.º da directiva.

93. A Directiva 76/207 tem em vista as restrições «clássicas» em razão do sexo nos referidos sectores: deste modo, o artigo 3.º, n.º 2, alínea c), tem manifestamente por

42 — Acórdão de 3 de Dezembro de 1987, Newstead (192/85, Colect., p. 4753).

43 — «Tendo em vista assegurar a realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento em matéria de segurança social, o Conselho adoptará, sob proposta da Comissão, disposições que especificarão, nomeadamente, o seu conteúdo, alcance e modalidades de aplicação.»

objecto a supressão das disposições nacionais que regulam (de forma distinta em razão do sexo) o acesso a profissões tipicamente masculinas ou femininas [(o mesmo vale no que respeita ao artigo 5.º, n.º 2, alínea c), em relação às condições de trabalho]. O elenco de excepções previsto no artigo 2.º, n.ºs 2 a 4, indica igualmente que a directiva tem como objectivo suprimir as disposições nacionais destinadas a regular o acesso ao mercado do emprego e à formação profissional e as condições de trabalho. Pelo contrário, nenhum elemento da directiva permite concluir que medidas nacionais que não tenham por objecto, mas apenas por efeito, regular as referidas matérias de forma diversa em razão do sexo devam ser sujeitas a tal apreciação.

O processo Schnorbus

94. Parece-me que, no processo Schnorbus, o Tribunal de Justiça se baseou no mesmo critério, independentemente dos restantes requisitos⁴⁴. O objecto da sua análise do ponto de vista da directiva, relativamente ao acesso a um estágio jurídico, não eram as disposições relativas ao serviço militar obrigatório enquanto tal, mas disposições que «regem as condições em que a admissão dos candidatos ao estágio jurídico preparatório pode ou não ser diferida»⁴⁵.

95. Em matéria de acesso ao estágio jurídico, portanto, no caso em discussão, a um

emprego civil⁴⁶, o Tribunal de Justiça analisou a medida que regula directamente as condições de acesso em questão, uma vez que só essa medida regula o «acesso ao emprego» na acepção da directiva. No que respeito ao «acesso ao emprego», esta medida, que tinha por objecto regulamentar o acesso, tinha uma relação com o serviço militar obrigatório apenas enquanto elemento normativo do «cumprimento de um serviço obrigatório». É certo que, deste modo, o serviço militar obrigatório constituía manifestamente a condição da medida, mas não estava ele próprio sujeito a uma apreciação à luz da directiva uma vez que não regulava, em si mesmo, o «acesso ao emprego» na acepção da Directiva 76/207. Foi por esta razão que o Tribunal de Justiça nem sequer teve que analisar a sexta questão prejudicial colocada no processo Schnorbus⁴⁷.

96. Deste modo, o Tribunal de Justiça partiu naquele processo, embora não de forma expressa, de uma noção de âmbito de aplicação da Directiva 76/207 segundo a qual as disposições nacionais que apenas têm como resultado, mas não como «objecto», restringir, em razão do sexo, o acesso à formação profissional, estão fora do âmbito de aplicação da directiva.

97. Vistas as considerações precedentes, esta conclusão afigura-se lógica, uma vez que a discriminação em questão era a consequência do serviço militar obrigatório, mas não o seu «objecto».

44 — Citado na nota 6, *supra*.

45 — Acórdão Schnorbus, referido na nota 6, *supra*, n.º 28.

46 — Acórdão Schnorbus, referido na nota 6, *supra*, n.º 29.

47 — V. n.º 40.

Conclusões intermédias

98. Consequentemente, pelas razões expostas, considero que o âmbito de aplicação material da Directiva 76/207 deve, em princípio, limitar-se às medidas nacionais cujo «objecto» seja regular de forma distinta, consoante o sexo, as condições de trabalho ou de acesso ao emprego e à formação profissional.

99. Sou assim de opinião que, relativamente ao serviço militar obrigatório e para efeitos de acesso ao mercado normal do trabalho, situação em que A. Dory se sente discriminado no presente processo, só haveria que analisar à luz da Directiva 76/207 as medidas que tivessem «por objecto» os requisitos do acesso aos empregos civis, isto é, tal como no processo Schnorbus, as medidas compensatórias que obedeçam à prestação do serviço militar obrigatório como critério (objectivo) de diferenciação.

100. Em contrapartida, o serviço militar obrigatório, enquanto tal, encontra-se numa situação de conexão suficientemente directa com a questão da igualdade de tratamento apenas no que respeita ao acesso aos empregos num exército profissional⁴⁸ para que se possa suscitar um problema de discriminação na aceção da

Directiva 76/207. Por outras palavras, o serviço militar obrigatório apenas cairia sob a alçada da directiva nas situações de discriminação em razão do sexo relacionadas com o acesso ao emprego nas Forças Armadas, mas não com o acesso ao emprego no mercado normal do trabalho.

iii) Quanto à eventual importância do artigo 3.º, n.º 2, CE, na interpretação do âmbito de aplicação material da Directiva 76/207 relativamente a medidas nacionais que produzam efeitos distintos consoante o sexo no acesso ao mercado do trabalho

101. No entanto, das considerações que precedem não se deve concluir que qualquer «objecto» de uma medida nacional que produza efeitos prejudiciais em razão do sexo no que respeita ao acesso ao mercado do trabalho permita evitar completamente uma verificação da sua compatibilidade com a Directiva 76/207.

102. Efectivamente, entendendo que, quando se procede à interpretação do âmbito de aplicação da Directiva 76/207, há que respeitar igualmente o artigo 3.º, n.º 2, CE. Embora esta disposição de direito primário ainda não vigorasse quando a directiva foi adoptada, a verdade é que, actualmente, obriga a Comunidade a pro-

48 — V. n.º 75, *supra*.

mover activamente a igualdade entre homens e mulheres.

por o Estado-Membro em causa as poder justificar por um qualquer — outro — «objecto» afigura-se incompatível com este imperativo de promoção.

103. Quanto ao âmbito de aplicação do artigo 3.º, n.º 2, CE, importa referir que a referida obrigação é válida no que respeita às «acções previstas» da Comunidade mencionadas no n.º 1. O direito comunitário relativo à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que respeita ao acesso ao emprego pode ser considerado uma «política social» na acepção do artigo 3.º, n.º 1, alínea j), CE⁴⁹. O artigo 3.º, n.º 2, CE, obriga a «Comunidade» no que respeita às «acções previstas». Isto inclui obviamente também o Tribunal de Justiça quando efectua, no âmbito de uma questão prejudicial, a interpretação do direito derivado em matéria de política social.

104. Em termos de conteúdo, o artigo 3.º, n.º 2, CE obriga a Comunidade a «promover» a igualdade de tratamento entre homens e mulheres. Uma interpretação do âmbito de aplicação material da Directiva 76/207 que excluísse as medidas nacionais (com efeitos no que respeita ao acesso ao mercado do trabalho em função do sexo) de qualquer apreciação à luz da directiva,

105. Deste imperativo de promoção previsto no artigo 3.º, n.º 2, CE resulta, em minha opinião, que uma interpretação do âmbito de aplicação material da Directiva 76/207 como a indicada *supra*⁵⁰ exige que se faça a seguinte precisão: em primeiro lugar, as referidas medidas nacionais devem ser excluídas do âmbito de aplicação da directiva apenas no caso de se provar que têm exclusivamente um «objecto» diverso do acesso ao emprego, incluindo a formação e a promoção profissionais ou as condições de trabalho. Por conseguinte, as medidas nacionais desse tipo que, por exemplo, como finalidade secundária, se destinassem igualmente a regular de maneira distinta em razão do sexo o acesso ao mercado do trabalho cairiam sob a alçada da Directiva 76/207. Além disso, poderíamos interrogar-nos se o «objecto» alegado da medida nacional em questão não deveria ser igualmente submetido, de uma certa forma, a uma *fiscalização de conteúdo* do ponto de vista dos objectivos do artigo 3.º, n.º 2, CE, pelo menos nas situações em que o referido «objecto» respeite a uma das matérias mencionadas no artigo 3.º, n.º 1, CE⁵¹. Nessas situações, haveria provavelmente que analisar se o «objecto» é compatível com o imperativo de promover a igualdade do artigo 3.º, n.º 2, CE. Todavia, em caso algum se

49 — A Directiva 76/207 foi igualmente adoptada com base no artigo 235.º do Tratado CE. A directiva recentemente adoptada (em 5 de Outubro de 2002) «Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, que altera a Directiva 76/207/CEE do Conselho 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 269, p. 15) foi adoptada com base no artigo 141.º, n.º 3, CE. Este artigo pertence ao título IX, capítulo 1, CE, intitulado «Disposições sociais».

50 — V., *supra*, n.º 98.

51 — Para clarificar, cabe assinalar que não pretendemos afirmar que o imperativo de promover a igualdade constante do artigo 3.º, n.º 2, CE vise as medidas nacionais. As reflexões anteriores apenas se referem ao «objecto» das medidas nacionais na medida em que este constitui o critério decisivo em termos da aplicabilidade do direito derivado relativo à igualdade entre homens e mulheres.

poderia efectuar uma análise do conteúdo do «objecto» em causa se este não se enquadrasse, enquanto tal, no âmbito de aplicação do direito comunitário.

iv) Aplicação das considerações precedentes relativas ao âmbito de aplicação material da Directiva 76/207 ao serviço militar obrigatório unicamente para os homens

108. Segundo as alegações igualmente não contestadas, o serviço militar obrigatório unicamente para os homens tem *exclusivamente* como objecto assegurar a segurança externa. Como assinalei anteriormente ⁵², o facto de se assegurar a segurança nacional externa *não se enquadra*, enquanto tal, *no âmbito de aplicação do direito comunitário*, de modo que, neste caso, uma interpretação estrita da Directiva 76/207 é compatível com o artigo 3.º, n.º 2, CE.

c) Conclusões

106. Aplicadas ao processo principal, as considerações feitas significam o seguinte: o serviço militar nacional obrigatório unicamente para os homens provoca um acesso diferenciado em razão do sexo ao mercado do trabalho.

109. Consequentemente, quando o serviço militar obrigatório unicamente para os homens não se enquadra no âmbito de aplicação material da Directiva 76/207, apesar dos seus efeitos sobre o acesso dos homens ao mercado do emprego, é desnecessário analisar mais em detalhe a existência de uma discriminação ou a eventual justificação desta à luz da directiva.

107. Na medida em que, segundo as alegações não contestadas, o serviço militar obrigatório unicamente para os homens tem um objecto diverso do acesso ao emprego, incluindo a formação e a promoção profissionais ou as condições de trabalho — isto é, assegurar a segurança externa da Alemanha através de uma certa forma de organização das Forças Armadas —, esta medida nacional está, em princípio, excluída do âmbito de aplicação material da Directiva 76/207.

110. Há que concluir que o serviço militar obrigatório unicamente para os homens, tal como se configura no litígio no processo principal, não é contrário à Directiva 76/207.

52 — V., *supra*, n.º 63.

VI — Conclusões

111. Pelos fundamentos expostos, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial, tal como reformulada, nos seguintes termos:

O artigo 3.º, n.º 2, CE, o artigo 13.º CE e o artigo 141.º CE, tal como a 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, devem ser interpretados no sentido de que, no estado actual do direito comunitário, não se opõem a uma disposição nacional como a que estabelece na Alemanha o serviço militar obrigatório unicamente para os homens.