

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 27 de Outubro de 1992 *

*Senhor Presidente,
Senhores Juízes,*

1. J.-C. Levy, director de uma empresa francesa especializada no fabrico de charcutaria, foi objecto de um processo penal perante o tribunal de police de Metz por ter ao seu serviço algumas mulheres na noite de 22 de Março de 1990; isto constituiu uma violação do artigo L 213-1 do code du travail, que estabelece, em princípio, a proibição de empregar pessoal feminino em trabalho nocturno nas fábricas, manufacturas, minas e pedreiras, estaleiros, oficinas e suas dependências de qualquer natureza.

Tendo dúvidas quanto à conformidade desta legislação nacional com o direito comunitário, o órgão jurisdicional nacional pergunta ao Tribunal se os artigos 1.º a 5.º da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976 ¹, devem ser interpretados no sentido de que uma legislação nacional que proíbe o trabalho nocturno apenas das mulheres é discriminatória, tendo em conta, além disso, o artigo 3.º da Convenção n.º 89 da Organização Internacional do Trabalho, que proíbe o trabalho nocturno das mulheres, à qual a França aderiu.

2. Na realidade, esta questão encontra uma resposta parcial no recente acórdão Stoeckel ², em que o Tribunal, precisamente em

relação a uma questão colocada por um órgão jurisdicional francês, afirmou que o artigo 5.º da Directiva 76/207 é suficientemente preciso para impor aos Estados-membros a obrigação de não instituir como princípio legislativo a proibição de trabalho nocturno das mulheres, mesmo que essa obrigação admita derrogações, quando não existe qualquer proibição de trabalho nocturno para os homens.

Não considero necessário referir de novo esta interpretação da norma comunitária em questão, que partilho plenamente, como resulta, aliás, das minhas conclusões relativas ao referido processo, não tendo as partes avançado qualquer argumento que pusesse em causa a leitura da norma fornecida pelo Tribunal no recordado acórdão ³.

3. Todavia, a questão prejudicial dirigida ao Tribunal de Justiça parece colocar desta vez, de forma bastante explícita, o problema da relação entre a aplicação da regulamentação comunitária e o respeito de obrigações decorrentes de uma convenção concluída antes da entrada em vigor do Tratado CEE. O órgão jurisdicional de reenvio sublinha, com efeito, que a regulamentação nacional que é chamado a aplicar foi adoptada em execução da Convenção n.º 89 da OIT, de Julho de 1948, que proíbe o trabalho nocturno das mulheres empregadas na indústria, convenção ratificada pela França através da

* Língua original: italiano.

1 — 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; EÉ 05 F2 p. 70).

2 — Acórdão de 25 de Julho de 1991 (C-345/89, Colect., p. I-4047).

3 — É interessante notar que, no acórdão de 28 de Janeiro de 1992, o Tribunal Constitucional alemão considerou igualmente contrária ao artigo 3.º, n.º 1 e 3 da Constituição, a proibição de trabalho nocturno prevista pela legislação alemã.

Lei n.º 53-604, de 7 de Julho de 1953, portanto, antes da entrada em vigor do Tratado CEE.

Por outras palavras, através da sua questão, o órgão jurisdicional *a quo* pergunta ao Tribunal se o artigo 234.º do Tratado deve ser interpretado no sentido de que a aplicação do artigo 5.º da Directiva 76/207 pode validamente opor-se a uma norma nacional de execução de disposições convencionais anteriores ao Tratado CEE e que vinculavam, na época dos factos, a República Francesa.

Por razões de comodidade de leitura, recordamos o texto do artigo 234.º:

«As disposições do presente Tratado não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes da entrada em vigor do presente Tratado, entre um ou mais Estados-membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro.

Na medida em que tais convenções não sejam compatíveis com o presente Tratado, o Estado ou os Estados-membros em causa recorrerão a todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades verificadas...»

4. Como se sabe, o primeiro parágrafo desta norma tem como objectivo esclarecer, em conformidade com um princípio estabelecido de direito internacional, consagrado igualmente no artigo 30.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que a aplicação do Tratado CEE não prejudica o compromisso subscrito pelo Estado-membro em causa de respeitar os direitos dos Estados

terceiros decorrentes de uma convenção anterior e de cumprir as respectivas obrigações.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça esclarece, além disso, justamente, que a referência contida no artigo 234.º aos direitos e obrigações decorrentes de convenções anteriores, se refere exclusivamente aos direitos dos Estados terceiros e às *obrigações dos Estados-membros* relativamente àqueles; ao invés, no que diz respeito aos direitos dos Estados-membros, é bem claro que, a partir do momento em que subscreveram, por força do Tratado, compromissos incompatíveis, renunciaram à possibilidade de os invocar ⁴.

Na mesma linha de pensamento, o Tribunal de Justiça afirmou, em seguida, que quando não estão em causa os direitos de Estados terceiros, um Estado-membro não pode invocar as disposições de uma convenção anterior para justificar restrições à comercialização de produtos provenientes de um outro Estado-membro, quando essa comercialização é lícita por força da livre circulação de mercadorias prevista pelo Tratado ⁵.

5. À luz da jurisprudência referida, é necessário, portanto, verificar se um Estado-membro que é parte na Convenção n.º 89 da OIT pode, eventualmente, permitir no seu território o trabalho nocturno de pessoal feminino na indústria, ou se esse comportamento prejudica necessariamente os direitos que os Estados terceiros podem invocar nos termos da referida convenção.

4 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 1962, Comissão/Itália (10/61, Colect. 1962-1964, p. 1).

5 — Acórdão de 22 de Setembro de 1988, Deserbais (286/86, Colect., p. 4907, n.º 18); acórdão de 11 de Março de 1986, Conegate (121/85, Colect. p. 1007, n.º 25).

Com esta finalidade, deve esclarecer-se que a Convenção n.º 89 da OIT, como, de forma mais geral, os acordos adoptados no âmbito desta organização, se propõe facilitar a adopção de medidas tendentes a melhorar a situação dos trabalhadores: as partes contratantes comprometem-se reciprocamente a respeitar as mesmas regras, de modo que ninguém possa beneficiar de uma vantagem concorrencial injustificada devido a uma menor protecção dos direitos dos trabalhadores.

Daí resulta que, no que respeita à convenção em questão, os direitos dos Estados contratantes consistem incontestavelmente em ver impedido, em princípio, e sem distinção de nacionalidade, o trabalho nocturno das mulheres na indústria no território de todos os Estados que ratificaram a referida convenção.

6. Por outro lado, é verdade que, como tive ocasião de afirmar nas conclusões que apresentei no processo Stoeckel, no caso em apreço não existe necessariamente uma contradição entre a proibição do trabalho nocturno das mulheres imposta pela convenção e a obrigação de não discriminação entre os sexos, no que respeita às condições de trabalho, imposta pela Directiva 76/207, visto que o Estado-membro interessado, poderá, de qualquer forma, cumprir as obrigações previstas pelo direito comunitário sem violar a Convenção da OIT, estabelecendo para ambos os sexos, e salvo as derrogações necessárias, o princípio da proibição do trabalho nocturno na indústria.

É igualmente verdade que, se um Estado-membro que é parte na Convenção n.º 89 da OIT, considera que tal hipótese não é aceitável, deverá, nos termos do segundo parágrafo do artigo 234.º do Tratado, recorrer a todos

os meios necessários para eliminar a incompatibilidade, incluindo denunciar a convenção, o que, aliás, fez o Governo francês, embora posteriormente aos factos do processo ⁶.

Tudo isto, aliás, tem maior importância no plano das obrigações impostas ao Estado pelo Tratado e das eventuais consequências de uma violação, por exemplo, no contexto distinto de um processo por incumprimento.

7. Em contrapartida, no caso que aqui nos ocupa, a escolha efectuada pelo legislador francês, quer seja legítima ou não, constitui o ponto de partida que não leva a modificar os direitos dos Estados terceiros, objecto do artigo 234.º, nem a função desta disposição no que diz respeito à escolha do direito aplicável a que o juiz deve proceder.

Quanto ao primeiro aspecto, é incontestável que, enquanto uma eventual denúncia da convenção não produzir os seus efeitos, os Estados terceiros que são partes contratantes da Convenção n.º 89 da OIT, conservam inalterado o seu direito de verem, em qualquer circunstância, respeitadas as obrigações decorrentes da referida convenção, visto que para eles o Tratado CEE e a regulamentação

6 — O Governo francês comunicou ao Tribunal que, em 26 de Fevereiro de 1992, denunciou a Convenção n.º 89 da OIT. Segundo as informações fornecidas pela Comissão na audiência, os Estados-membros que estavam ainda vinculados pela referida convenção, ou seja, a Bélgica, a Grécia, a Itália, a Espanha e Portugal, terão também procedido no mesmo sentido. A denúncia da Convenção n.º 89 da OIT pelo Governo francês pode talvez ter uma repercussão no processo pendente no órgão jurisdiccional nacional, mas este aspecto do problema não é da competência do Tribunal.

nacional dele derivada permanecem *res inter alios acta*.

Quanto ao segundo aspecto, embora seja necessário sublinhar a natureza de verdadeira regra de conflito do artigo 234.º, é bem claro que, ao formular a resposta à questão relativa à lei aplicável ao caso em apreço, apenas se pode registar a escolha efectuada pelo legislador francês numa determinada direcção.

Por outras palavras, é necessário distinguir bem o aspecto relativo às obrigações que o artigo 234.º impõe aos Estados-membros no segundo parágrafo, daquele que diz respeito ao critério indicado no primeiro parágrafo para resolver eventuais conflitos que, independentemente da legitimidade dos comportamentos dos Estados-membros, surgiram ou subsistiriam entre uma regra comunitária e uma disposição convencional anterior. Apenas este segundo aspecto se reveste de importância no presente litígio e, em especial, no processo perante o Tribunal de Justiça, visto que o julgador se encontra perante uma escolha normal do direito aplicável: ou não aplica a norma nacional a fim de respeitar as normas comunitárias, ou aplica a norma nacional na medida em que o artigo 234.º lho permite.

8. É certo que se poderia observar que, não tendo o Estado em questão feito tudo o que era necessário para assegurar o respeito do direito comunitário e tendo mesmo aplicado a citada Convenção da OIT de forma a criar uma discriminação (evitável), o órgão jurisdicional nacional deveria fazer prevalecer o direito comunitário e o Estado deveria suportar as consequências do seu comportamento, expondo-se a uma violação da

convenção e cometendo, assim, um acto ilícito no plano internacional.

Todavia, é evidente que esta abordagem parece pouco conforme à letra e sobretudo ao espírito do artigo 234.º do Tratado e, de modo mais geral, aos princípios do direito internacional. Com efeito, vendo bem as coisas, poderia, assim, penalizar-se não apenas e não tanto o Estado-membro em causa, mas precisamente os Estados terceiros, cujos direitos o artigo 234.º visa proteger. Em suma, equivaleria a suprimir do Tratado o artigo 234.º ou, pelo menos, a privá-lo de qualquer efeito útil.

9. Por fim, também não considero decisiva a observação da Comissão segundo a qual, também em direito internacional, existiria uma tendência progressiva para fazer prevalecer o princípio da não discriminação entre os sexos, entendido em sentido amplo, sobre a preocupação tradicional de assegurar aos trabalhadores uma protecção acrescida.

Com efeito, é verdade que vários Estados-membros, entre os quais a França, ratificaram a Convenção de Nova Iorque de 18 de Dezembro de 1979, que visa eliminar qualquer forma de discriminação em relação às mulheres e que se verifica, mesmo no seio da OIT, uma atenuação cada vez mais acentuada da proibição do trabalho nocturno das mulheres. Todavia, esta constatação de que o órgão jurisdicional *a quo* poderá fazer bom uso, por exemplo aplicando a sanção, não chega para eliminar um elemento de facto incontestado e incontestável: na época dos factos aqui considerados, a Convenção n.º 89 da OIT mantinha inalterada a sua força obrigatória e, portanto, o artigo 234.º do Tratado era e é aplicável.

10. Assim, com base nas considerações desenvolvidas anteriormente, concluímos sugerindo que o Tribunal de Justiça responda da seguinte forma à questão colocada pelo tribunal de police de Metz:

«O artigo 5.º da Directiva 76/207/CEE é suficientemente preciso para impor aos Estados-membros a obrigação de não instituir a proibição legal de trabalho nocturno das mulheres, mesmo que essa obrigação comporte derrogações, quando não existe qualquer proibição de trabalho nocturno para os homens; todavia, nos termos do artigo 234.º, primeiro parágrafo, do Tratado, o órgão jurisdicional nacional pode não aplicar o artigo 5.º da directiva se a sua aplicação lesar os direitos de Estados terceiros decorrentes da Convenção n.º 89 da OIT ratificada antes da entrada em vigor do Tratado CEE.»