

## CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

SIR GORDON SLYNN

apresentadas em 21 de Setembro de 1988 \*

*Senhor Presidente,  
Senhores Juízes,*

O n.º 1 do artigo 2.º da Directiva 76/207 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 emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO 1976, L 39, p. 40; EE 05 F2, p. 70), define «o princípio da igualdade de tratamento» para efeitos da directiva, referindo que este implica «a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar». No entanto, nos termos do n.º 3 do artigo 2.º:

«A presente directiva não constitui obstáculo às disposições relativas à protecção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade.»

Nos termos do artigo 5.º:

«1. A aplicação do princípio da igualdade de tratamento no que se refere às condições de trabalho, incluindo as condições de despedimento, implica que sejam asseguradas aos homens e às mulheres as mesmas condições, sem discriminação em razão do sexo.

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

a) ...;

b) sejam nulas, anuláveis ou possam ser revistas as disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento que figurem em convenções colectivas ou em contratos individuais de trabalho, em regulamentos internos das empresas, bem como nos estatutos das profissões independentes...»

O primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 9.º da directiva fixou aos Estados-membros um prazo de trinta meses para darem cumprimento à directiva e informarem a Comissão das medidas adoptadas com essa finalidade. Relativamente à França, o prazo expirou em 12 de Agosto de 1978.

A República Francesa aprovou a Lei n.º 83-635, que altera o Código do Trabalho e o Código Penal no que respeita à igualdade profissional entre homens e mulheres, em 13 de Julho de 1983, quase cinco anos depois de ter expirado o prazo fixado pela directiva. O artigo L 123-1c do Código do Trabalho, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 83-635, estabelece uma proibição geral de adopção de qualquer medida em razão do sexo, designadamente em matéria de remuneração, formação, colocação, qualificação, classificação, promoção

\* Tradução do inglês.

profissional ou transferência. O artigo L 123-2 do Código do Trabalho, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 83-635, proíbe a inserção, nas convenções colectivas de trabalho, nos acordos colectivos ou nos contratos de trabalho, de qualquer cláusula que reserve o benefício de uma medida, seja de que tipo for, a um ou mais assalariados determinados em razão do sexo, excepto nos casos em que a referida cláusula tenha por objecto a aplicação de determinados artigos do Código do Trabalho que protegem a mulher em virtude da gravidez, da maternidade e do aleitamento.

No entanto, nos termos do artigo 19.º da Lei n.º 83-635:

«O disposto nos artigos L 123-1c e L 123-2 do Código do Trabalho não constitui obstáculo à aplicação dos usos, das cláusulas dos contratos de trabalho, das convenções ou acordos colectivos, em vigor à data da promulgação da presente lei, que concedam direitos especiais às mulheres.

No entanto, os empregadores, as organizações patronais e as organizações de trabalhadores procurarão, através da negociação colectiva, tornar conformes as referidas cláusulas com o disposto nos supracitados artigos».

A Comissão entendeu que o artigo 19.º era incompatível com a directiva. Após a notificação de incumprimento e o parecer fundamentado necessário para o efeito, a Comissão, por petição entrada na Secretaria do Tribunal em 12 de Dezembro de 1986, vem solicitar que o Tribunal declare que a República Francesa, ao não adoptar, dentro do prazo estabelecido no primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 9.º da Directiva 76/207 do

Conselho, todas as medidas necessárias para garantir a aplicação completa e rigorosa desta directiva e ao aprovar o artigo 19.º da lei de 13 de Julho de 1983, em contradição com as exigências resultantes da mesma directiva, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem em virtude do Tratado.

A posição da Comissão assenta fundamentalmente em dois pontos. Em primeiro lugar, o primeiro parágrafo do artigo 19.º da lei supracitada permite a manutenção, para além da data limite fixada para a aplicação da directiva, de disposições como as referidas na alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º da directiva; em segundo lugar, não garante de facto que estas disposições venham a ser revistas em conformidade com o disposto no referido artigo, dado que deixa às organizações de empresários e de trabalhadores o encargo de tornar conformes as disposições em questão, sem impor uma data limite nem uma sanção ou mecanismo eficazes para a hipótese de não ser levada a cabo, dentro de um prazo fixado ou de um período razoável, a tarefa de tornar as disposições conformes.

Em resposta ao primeiro argumento, a França alega que o n.º 3 do artigo 2.º da directiva permite manter em vigor normas de protecção que não estejam directamente relacionadas com a gravidez ou a maternidade. Além disso, o n.º 4 do artigo 2.º da directiva autoriza a manutenção de medidas «que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular as que corrijam as desigualdades de facto que afectam as oportunidades das mulheres nos domínios referidos no n.º 1 do artigo 1.º», compreendendo estes domínios não apenas o acesso ao emprego e as condições de trabalho, mas ainda as medidas sociais relativas à repartição das responsabilidades familiares, que podem afectar as oportunidades das mulheres nesses domínios. A subsistência de direitos espe-

ciais em benefício das mulheres pode ser vista como um momento desse processo de eliminação das desigualdades na área do emprego.

Relativamente ao segundo argumento, alegou-se que a França tinha o direito, nos termos do n.º 2, alínea c), do artigo 5.º da directiva e em conformidade com a revisão prevista no n.º 1 do artigo 9.º da mesma, de «convidar» os parceiros sociais a eliminar as disposições em contrário e de garantir que futuramente as convenções submetidas ao processo de homologação não conterão tais disposições.

Com vista a eliminar as desigualdades que as mulheres, durante muito tempo, enfrentaram em matéria de emprego, a Comunidade podia ter seguido a política de exigir pura e simplesmente a supressão das disposições discriminatórias em relação às mulheres e a manutenção das que lhes são favoráveis. Apesar de alguns argumentos invocados neste litígio, não foi esse manifestamente o processo escolhido. Devem ser proporcionadas as mesmas condições a homens e mulheres, sem discriminação em razão do sexo. Deste modo, as disposições discriminatórias em relação aos trabalhadores masculinos foram proibidas, excepto quando ressalvadas por disposições específicas da directiva.

A primeira questão que se coloca é, assim, a de saber se os «direitos especiais das mulheres» acautelados pelo artigo 19.º da referida lei constituem normas relativas à protecção da mulher, na acepção do n.º 3 do artigo 2.º da directiva. É por todos aceite que as disposições que dizem directamente respeito à gravidez e à maternidade podem manter-se em vigor, admitindo a Comissão que a licença suplementar de maternidade,

concedida após ter expirado o prazo legal de protecção, se enquadra no âmbito de aplicação desta norma, dado que tem em vista proteger a mulher, tanto do ponto de vista das consequências da gravidez, como da maternidade (processo 184/83, Hofmann/Barmer Ersatzkasse, Recueil 1984, p. 3047, 3075, n.º 26 da fundamentação do acórdão). A França, no entanto, particularmente à luz do que afirma ser o papel da mãe na sociedade francesa, procura manter outros direitos concedidos até agora apenas às mulheres e que não estão directamente relacionados com a gravidez ou com a maternidade. Sem que se tenha pretendido fazer uma lista exhaustiva, são citados nos autos numerosos exemplos, tais como a redução do tempo de trabalho para as mulheres com mais de 59 anos ou que desempenham determinadas funções, como as dactilógrafas ou as operadoras de computadores, a antecipação da idade de reforma, a licença por adopção de uma criança, a licença para cuidar de um filho doente, a concessão de dispensas de um dia, aquando do início do ano escolar, ou de algumas horas, por ocasião do dia da mãe, e o pagamento de subsídios para ajudar as mães a fazer face às despesas da creche ou da guarda dos filhos.

Contudo, o n.º 3 do artigo 2.º, constituindo uma excepção à regra geral enunciada nos artigos 1.º e 2.º, n.º 1, da directiva, deve ser interpretado de forma estrita (ver n.º 44 da fundamentação do acórdão no processo 222/84, Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Recueil 1986, p. 1651, 1688 a 1689). Ainda que o termo «nomeadamente», utilizado no n.º 3 do artigo 2.º, indique que outras situações, além da gravidez e da maternidade, podem ser abrangidas por esta disposição, aquelas palavras dão uma ideia da finalidade destas excepções. O Tribunal teve já oportunidade de estabelecer os respectivos critérios de delimitação. No n.º 25 da fundamentação do acórdão proferido no processo

Hofmann e no n.º 44 da fundamentação do acórdão proferido no processo Johnston, o Tribunal declarou que o n.º 3 do artigo 2.º tem em vista assegurar a protecção da condição biológica da mulher e a relação especial existente entre a mulher e o filho. O Tribunal (no processo Hofmann, n.º 25 da fundamentação) esclareceu que as «relações especiais», a que se referiu neste processo, se limitam às existentes entre a mulher e o filho no período que se segue à gravidez e ao parto, e não num período posterior.

Importa ter presente o facto de que o actual processo se destina a garantir não a eliminação dos direitos concedidos às mulheres, mas a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, ressalvados os casos em que as disposições dizem respeito à protecção das mulheres; enquanto tais, em razão, por exemplo, da sua condição biológica ou das relações especiais existentes entre uma mãe e o seu bebé.

Aplicando o método seguido pelo Tribunal nos processos Johnston e Hofmann, parece-me que a maior parte dos exemplos citados de direitos concedidos às mulheres não encontram justificação ao abrigo do n.º 3 do artigo 2.º da directiva. É certo que algumas mulheres desejariam reformar-se aos 59 anos, usufruir de reduções do tempo de trabalho em virtude da natureza específica deste ou por ocasião de datas especiais, como o dia da mãe, e beneficiar de subsídios para cobrir despesas de creche ou de material escolar. Não pode, no entanto, afirmar-se que os homens não tenham, ou nunca possam ter, necessidade de tais direitos ou vantagens, ou que estes últimos devam ser vistos como exclusivamente ligados à condição biológica da mulher. O pai, nas actuais condições sociais, pode igualmente ser responsável pelos cuidados a prestar a um filho doente ou pelas despesas relativas à

sua vigilância; pode igualmente ter necessidade de uma reforma antecipada, por razões de saúde, ou de uma redução do tempo de trabalho em resultado do carácter penoso de determinadas actividades profissionais. Ao insistir sobre o papel familiar tradicional das mães, a França esquece, em meu entender, a evolução verificada na sociedade, que levou a que determinados homens, no caso das «famílias monoparentais», assumissem a responsabilidade exclusiva pelos filhos, ou a que determinados casais decidissem que seria o pai a ocupar-se dos filhos, papel que tradicionalmente cabia à mãe, em virtude da natureza da actividade profissional desta última. Isto não significa que ambos os progenitores possam beneficiar destes direitos; apenas um deles, mas não exclusivamente a mulher, o pode reivindicar.

Referi-me à maior parte dos exemplos, porque é defensável que as licenças para adopção de um bebé, embora concedidas sobretudo no interesse deste, se justifiquem pela relação existente entre a mãe adoptiva e o bebé. Este argumento não foi, no entanto, invocado, sendo possível que em alguns Estados-membros uma criança, mesmo de tenra idade, possa ser adoptada por um homem.

Não penso, deste modo, que em geral os direitos conferidos às mulheres encontrem a sua justificação no n.º 3 do artigo 2.º

Essa justificação não se encontra igualmente no n.º 4 do artigo 2.º; que autoriza medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, nomeadamente através da eliminação

das desigualdades de facto que afectam as oportunidades das mulheres. Os homens nunca beneficiaram de direitos como aqueles que acima foram referidos, de modo que não existem desigualdades a favor dos homens que afectem as oportunidades das mulheres no domínio laboral. Não é de aceitar o ponto de vista, que parece ser defendido pela França, de que, tendo as mulheres em geral sido vítimas de discriminações, quaisquer normas em seu favor no domínio laboral são válidas *de per si*, enquanto inseridas num processo de emancipação.

Em meu entender, o n.º 2, alínea c), do artigo 5.º da directiva não pode igualmente ser invocado pela França: ainda que as medidas se baseassem antigamente no papel efectivo da mãe, foram proibidas pela directiva e não cabiam, à partida, numa das excepções previstas no n.º 3 do artigo 2.º (n.º 44 da fundamentação do acórdão proferido no processo Johnston).

Em consequência, o primeiro parágrafo do artigo 19.º da lei francesa é, a meu ver, contrário à directiva, excepto na medida em que mantém em vigor direitos especiais que têm em vista a protecção da mulher, baseados na condição biológica desta e nas suas relações com os filhos, designadamente no que respeita à gravidez, maternidade e aleitamento. Não me parece que o ponto de vista da Comissão deva improceder pelo facto de ser formulado em termos gerais e de ser possível que determinados direitos proporcionados pela legislação francesa se encontrem abrangidos pela excepção. Se a legislação em questão se encontra formulada em termos tão genéricos e é materialmente inválida, parece-me que caberá à França elaborar uma nova lei que abranja apenas os direitos subsumíveis na excepção.

Quanto ao segundo fundamento da Comissão, não me parece que o n.º 2, alínea c), do artigo 5.º e o n.º 1 do artigo 9.º da directiva justifiquem a adaptação progressiva da legislação, nos termos pretendidos pela França. As medidas em questão foram sempre, a partir do momento em que expirou o prazo estabelecido para a aplicação da directiva, incompatíveis com as disposições desta. A França encontrava-se vinculada, nos termos do n.º 2, alínea b), do artigo 5.º e do primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 9.º, a adoptar as medidas necessárias, a fim de que as disposições constantes, por exemplo, das convenções colectivas ou dos contratos de trabalho viessem a ser anuladas ou revistas. Se, tal como penso, estas disposições deviam ter sido anuladas ou revogadas, não bastava confiar a tarefa aos parceiros sociais sem fixar condições precisas relativamente ao prazo e às formas de concretização dessa medida. Não existe garantia estatal de uma aplicação efectiva do princípio da igualdade no caso de falharem as negociações entre os parceiros sociais: (ver n.º 8 da fundamentação do acórdão do processo 143/83, Comissão/Dinamarca, Recueil 1985, p. 427, 434 e 435, e n.º 20 da fundamentação do acórdão do processo 235/84, Comissão/Itália, Recueil 1986, p. 2291, 2302).

Os resultados a que a legislação chega na prática demonstram a falta de qualquer garantia estatal de aplicação do princípio, apesar da existência de um processo de homologação governamental das convenções colectivas. Parece que, em 1983, 1 050 convenções colectivas relativas a ramos profissionais e 2 400 acordos de empresa foram assinados em França. Em 1984, esses números foram, respectivamente, de 927 e 6 000. No entanto, apenas 16 convenções colectivas foram renegociadas numa base não discriminatória, nos termos do segundo parágrafo do artigo 19.º da lei supracitada, durante o período de 1984 a 1987.

O Governo francês alegou que retirar às mulheres os «direitos especiais» em questão constituiria um retrocesso no domínio social. Ora, não é essa a intenção da Comissão, segundo a qual a igualdade também pode ser atingida através de um nivelamento pelo topo, oferecendo as mesmas vantagens aos homens. Esta abordagem do problema parece-me ser conforme ao texto e ao espírito da directiva que, nos termos do seu terceiro considerando, tem em vista promover a igualização «no progresso» das condições de vida e de trabalho. A legislação comunitária não exige, nem a Comissão através da presente acção o pretende, que as vantagens em questão sejam retiradas às mulheres. Apenas exige que estas sejam proporcionadas em igualdade de circunstâncias a homens e mulheres.

tiva. É um argumento que, se fosse válido, podia ser invocado em relação a qualquer medida adoptada que tenha em vista a igualização, como no caso das remunerações das trabalhadoras a tempo parcial, unicamente por serem mulheres. É jurisprudência assente do Tribunal que as dificuldades práticas suscitadas pela aplicação de uma medida comunitária não justificam que um Estado-membro renuncie unilateralmente à execução das suas obrigações. Não me parece que uma disposição como a do segundo parágrafo do artigo 19.º constitua a única forma de obviar à referida dificuldade. O legislador francês podia adoptar uma medida que proibisse condições de trabalho discriminatórias como as referidas no caso presente e que impusesse aos parceiros sociais a obrigação de proceder à sua renegociação numa base não discriminatória num prazo razoável.

Por outro lado, o Governo francês alegou que a extensão imediata a todos os trabalhadores de direitos como a concessão de pausas diárias, a redução do tempo de trabalho, a atribuição de dias de férias suplementares, a antecipação da idade da reforma, subsídios para a guarda dos filhos ou bonificações para o cálculo da reforma representaria um custo económico não negligenciável, tendo o legislador francês adoptado um método que se pensa que poderá permitir às empresas absorver progressivamente esses custos suplementares. Mesmo que o custo fosse tão elevado como foi referido (sem, no entanto, ter sido apresentado qualquer elemento de prova nesse sentido), tal não autoriza, em meu entender, que um Estado-membro não cumpra a obrigação que lhe incumbe de dar cumprimento a uma direc-

ção. Não é de aceitar o argumento da França, segundo o qual não há limitação de tempo, nem violação da directiva, uma vez que o n.º 1 do artigo 9.º prevê um prazo de trinta meses para a adopção das disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias, não tendo sido fixado um prazo para a sua entrada em vigor. A lei de 1983, mesmo no que diz respeito aos futuros acordos, tinha já cinco anos de atraso: a situação das disposições existentes devia ter sido já regulada num prazo razoável a partir de Agosto de 1978. Na altura em que a presente acção foi intentada, em 1986, esse prazo razoável tinha já há muito tempo expirado.

Em consequência, entendo procedente o pedido da Comissão, devendo o Tribunal:

- a) declarar que, ao não adoptar, no prazo fixado no primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 9.º da Directiva 76/207 do Conselho, todas as medidas necessárias para garantir a aplicação integral e precisa desta directiva, e ao adoptar o artigo 19.º da lei de 13 de Julho de 1983, em oposição às exigências desta directiva, excepto na parte em que a referida lei assegura a protecção das mulheres em razão da sua condição biológica e das relações especiais existentes entre a mulher e o filho, designadamente nos domínios da gravidez, do parto e do aleitamento, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem em virtude do Tratado;
- b) condenar a República Francesa nas despesas.