CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
F. G. JACOBS
apresentadas em 8 de Julho de 2004 [1]

1. Na presente acção, intentada ao abrigo do artigo 226.º CE, a Comissão alega que a legislação austríaca que proíbe o emprego de mulheres em lugares específicos na indústria mineira assim como em lugares que envolvam trabalho em ambientes de sobrepressão elevada e como mergulhadores é incompatível com os artigos 2.º e 3.º da directiva da igualdade de tratamento [2] (a seguir «directiva»).

Enquadramento legal

Direito comunitário

2. O artigo 2.º da directiva dispõe o seguinte:

«1. 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.

2. A presente directiva não constitui obstáculo à faculdade que os Estados-Membros têm de excluir do seu âmbito de aplicação as actividades profissionais e, eventualmente, as formações que a elas conduzam, e para as quais, em razão da sua natureza ou das condições do seu exercício, o sexo constitua uma condição determinante.

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

[...]»

1 — Língua original: inglês.

2 — 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 (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70).

3. O artigo 3.º da directiva dispõe o seguinte:

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

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

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

[...]»

4. Nos termos do direito comunitário, foi exigido à Áustria que transpusesse a directiva até dia 1 de Janeiro de 1995, data da sua adesão à Comunidade Europeia. No entanto, nos termos do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu [3], era-lhe exigido que transpusesse a directiva até dia 1 de Janeiro de 1994, data em que o acordo entrou em vigor.

5. O artigo 307.º CE dispõe o seguinte:

«As disposições do presente Tratado não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de Janeiro de 1958 ou, em relação aos Estados que aderem à Comunidade, anteriormente à data da respectiva adesão, 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 [...]»

3 — O acordo encontra-se anexado à Decisão 94/1/CECA, CE do Conselho e da Comissão, de 13 de Dezembro de 1993 (JO 1994, L 1, p. 3). V., em particular, artigo 70.º e n.º 18 do anexo XVIII.

Direito internacional

6. O artigo 2.º da Convenção n.º 45 da Organização Internacional do Trabalho de 21 de Junho de 1935 relativa ao emprego de mulheres em trabalhos subterrâneos em minas de qualquer espécie (a seguir «Convenção n.º 45 da OIT») dispõe:

«Não poderá ser empregada nenhuma pessoa do sexo feminino, seja qual for a sua idade, nos trabalhos subterrâneos em minas.»

7. O artigo 3.º dispõe:

«A legislação nacional poderá exceptuar desta proibição:

a) as mulheres que ocupem cargos de direcção e não realizem trabalho manual;

b) as mulheres empregadas em serviços de saúde e em serviços sociais;

c) as mulheres que, no âmbito dos seus estudos, tenham de passar um período de tempo na parte subterrânea de uma mina, para efeitos de formação profissional;

d) qualquer outra mulher que ocasionalmente tenha que descer à parte subterrânea de uma mina, no exercício de uma profissão que não seja de carácter manual.»

8. O artigo 7.º dispõe:

«1. Todo o membro que tiver ratificado a presente convenção poderá denunciá-la ao fim de um período de dez anos depois da data da entrada em vigor da convenção, por acto comunicado ao director-geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registado. A denúncia só terá efeito um ano depois de registada na Repartição Internacional do Trabalho.

2. Todo o membro que, tendo ratificado a presente convenção, não fizer uso da faculdade de denúncia prevista no presente artigo

no prazo de um ano após o termo do período de dez anos mencionado no número precedente, ficará vinculado por um novo período de dez anos, podendo, a partir daí, denunciar a presente convenção no fim de cada período de dez anos, nas condições previstas no presente artigo.»

9. A Convenção n.º 45 da OIT entrou em vigor no dia 30 de Maio de 1937. Podia assim ter sido denunciada durante o período de um ano a contar de 30 de Maio de 1997. A Áustria é parte contratante, tendo ratificado a convenção em 1937.

Direito nacional

10. O § 16 da Arbeitszeitordnung (lei que regula a duração do trabalho) de 30 de Abril de 1938 [4] (a seguir «lei de 1938»), que, segundo a Comissão, esteve em vigor até 31 de Julho de 2001, mas que, segundo o Governo austríaco, foi revogada por uma lei de 19 de Agosto de 1999 [5], dispunha:

«(1) Não serão empregados trabalhadores femininos em minas, salinas, fábricas de processamento, escavações subterrâneas ou minas a céu aberto, assim como em trabalhos de extracção à superfície [excepto processamento (separação e lavagem)], transporte e carregamento.

(2) Também não serão empregados trabalhadores femininos em fábricas de coquefacção ou no transporte de matérias-primas para qualquer tipo de construção.

(3) O Reichsarbeitsminister [Ministro do Trabalho] pode proibir totalmente o emprego de trabalhadores femininos ou fazê-lo depender de certas condições para determinados tipos de empresas ou de trabalho que acarretem riscos particulares para a saúde e a moralidade.»

11. Desde 1 de Agosto de 2001 que o emprego de mulheres na indústria mineira subterrânea é regulado pela Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Beschäftigungsverbote und — beschränkungen für Arbeitnehmerinnen (lei do Ministro Federal da Economia e do Emprego

4 — Deutsches RGBl. I, p. 447; GBlf.d.L.Ö 231/1939.

5 — Bundesgesetz zur Bereinigung der vor 1946 kundgemachten einfachen Bundesgesetze und Verordnungen (lei federal que revogou leis federais simples e regulamentos aprovados antes de 1946) BGBl. I, 191/1999.

relativa às proibições e restrições no emprego de mulheres) de 4 de Outubro de 2001 [6] (a seguir «lei de 2001»).

12. O § 2 da lei de 2001 dispõe:

«1. Não serão empregados trabalhadores femininos na indústria mineira subterrânea.

2. O n.º 1 não se aplica:

1. a trabalhadores femininos com responsabilidades de gestão ou técnicas que não envolvam trabalho fisicamente exigente;

2. a trabalhadores femininos que trabalham em serviços sociais ou de saúde;

3. a trabalhadores femininos que necessitam de fazer formação profissional como parte dos seus estudos ou instrução similar, enquanto durar essa formação;

4. a trabalhadores femininos que estejam empregados esporadicamente na indústria mineira subterrânea em funções que não são fisicamente exigentes.»

13. O § 4 dispõe:

«1. Não deverão ser empregados trabalhadores femininos em trabalhos que envolvam levantar, carregar, empurrar, rodar ou transportar cargas que os exponham a um esforço físico envolvendo *stress* psicológico que lhes seja prejudicial.

2. Na avaliação do trabalho referido no n.º 1, os factores determinantes a tomar em consideração no que respeita ao esforço e ao *stress* são, acima de tudo, o peso, o tipo e a

6 — BGBl. II, 356/2001.

forma da carga, os meios e a velocidade do transporte, a duração e a frequência do trabalho e a robustez dos trabalhadores femininos.

3. O n.º 1 não se aplicará ao trabalho que os trabalhadores femininos desempenhem apenas por um curto período de tempo ou em condições que não se presume que coloquem em risco a sua vida ou saúde.»

14. O § 8 da Druckluft- und Taucherarbeiten-Verordnung de 25 de Julho de 1973 [7] (a seguir «lei de 1973») dispõe o seguinte:

«1. Em ambientes isobáricos de alta pressão apenas podem ser empregados trabalhadores masculinos com idade igual ou superior a 21 anos que possuam, do ponto de vista da saúde, robustez física para o efeito.

2. [...] Se o requisito de saúde previsto no n.º 1 estiver satisfeito, podem igualmente ser empregados trabalhadores femininos com idade igual ou superior a 21 anos como pessoal supervisor ou noutras funções em ambientes isobáricos de alta pressão que não envolvam qualquer esforço físico acrescido.»

15. O § 31 dispõe:

«Apenas podem ser empregados como mergulhadores trabalhadores masculinos com idade igual ou superior a 21 anos que possuam, do ponto de vista da saúde, robustez física bem como o conhecimento especializado e a experiência profissional necessária do ponto de vista da saúde e da segurança.»

Tramitação processual

16. Por carta datada de 29 de Setembro de 1998, a Comissão escreveu às autoridades austríacas solicitando informação detalhada sobre a proibição de emprego de mulheres em cargos específicos na indústria mineira e em cargos que envolvam trabalho em ambientes de sobrepressão elevada.

7 — BGBl. 501/1973.

17. A Áustria respondeu por carta datada de 2 de Março de 1999. Enviou à Comissão as disposições relevantes da lei de 1938 e da lei de 1973, referiu a excepção do artigo 2.°, n.° 3, da directiva, e afirmou explicitamente que não havia a intenção de alterar as regras sobre o emprego de mulheres na indústria mineira.

18. Por considerar que as proibições relativas ao emprego de mulheres estabelecidas pelas leis de 1938 e 1973 eram incompatíveis com a directiva, a Comissão enviou à Áustria uma notificação para cumprir datada de 29 de Abril de 1999.

19. Na sua resposta datada de 2 de Julho de 1999, a Áustria reportou-se à sua carta anterior. Acrescentou que o § 16 da lei de 1938 não se aplicava a todas as operações da indústria mineira e que, para além disso, a autoridade da indústria mineira tinha aceite a introdução de um certo número de excepções a essa lei. A Áustria também afirmou que estava a planear uma avaliação da legislação sobre doenças profissionais e segurança no sector da indústria mineira, que abrangeria as duas disposições legais em causa.

20. A Comissão não ficou satisfeita com a resposta e enviou à Áustria um parecer fundamentado em 7 de Fevereiro de 2002. A Áustria respondeu em 11 de Abril de 2002 explicando que a sua legislação relativa à proibição de emprego de mulheres na indústria mineira fora alterada pela lei de 2001.

21. Por entender que as proibições de emprego de mulheres que constavam da lei de 1973 e da lei de 2001 eram contrárias ao direito comunitário, a Comissão intentou a presente acção, na qual pretende obter a declaração de que a Áustria não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 2.° e 3.° da directiva e do artigo 10.° CE conjugado com o artigo 249.° CE.

Admissibilidade

22. A Áustria argumenta que a acção é inadmissível no que diz respeito à proibição de emprego de mulheres na indústria das minas subterrâneas. Defende que, de acordo com jurisprudência assente [8], o parecer fundamentado da Comissão e a petição apresentada no Tribunal devem basear-se em acusações idênticas e que apenas nos casos em que as medidas contestadas no procedimento pré-contencioso sejam manti-

8 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 1991, Comissão/Grécia (C-105/92, Colect., p. I-5871) e de 10 de Setembro de 1996, Comissão/Bélgica (C-11/95, Colect., p. I-4115).

das na totalidade é que as alterações da legislação nacional adoptadas entre a emissão do parecer fundamentado e a apresentação da petição no Tribunal não afectam a admissibilidade da acção. Tal não acontece no caso vertente, pois as medidas não foram mantidas na íntegra.

23. É verdade que o objecto de uma acção intentada nos termos do artigo 226.º CE está circunscrito pelo procedimento administrativo previsto por essa disposição e que, em consequência, o parecer fundamentado da Comissão e a acção devem basear-se em acusações idênticas [9].

24. Contudo, o Tribunal de Justiça declarou expressamente que essa exigência não pode, contudo, ir ao ponto de impor, em qualquer hipótese, uma coincidência entre as disposições nacionais mencionadas no parecer fundamentado e as referidas na petição. Quando se verifica uma alteração legislativa entre essas duas fases do processo, basta, com efeito, que o regime estabelecido pela legislação impugnada no decurso do procedimento administrativo tenha, no seu conjunto, sido mantido pelas novas medidas adoptadas pelo Estado-Membro posteriormente ao parecer fundamentado e impugnadas no âmbito da acção [10].

25. Das alterações introduzidas à legislação austríaca não resultou qualquer modificação substancial na proibição de emprego de mulheres na indústria das minas subterrâneas. A lei de 1938 estabelecia uma diferença de tratamento a respeito dos vários tipos de actividade que se traduzia numa ampla proibição de emprego de mulheres no sector mineiro, ao passo que a lei de 2001 estabeleceu uma proibição única e geral e previu algumas excepções que visam actividades muito específicas, como, por exemplo, experiências de trabalho levadas a cabo na indústria mineira. Em consequência, o regime estabelecido pela legislação impugnada na fase pré-contenciosa foi, em geral, mantido pelas novas medidas adoptadas pela Áustria.

26. Além disso, o Tribunal de Justiça também já teve a oportunidade de salientar que não é necessário que o enunciado do parecer fundamentado e o das conclusões da petição sejam coincidentes, quando o objecto do litígio não tenha sido alargado ou alterado, mas pelo contrário, simplesmente restringido [11]. No presente processo, a Áustria alega, na contestação, que a lei de 2001 deixou de estabelecer uma proibição absoluta de emprego de mulheres em minas, limitando-se a manter proibições específicas e restrições relativamente a esse emprego. Por conseguinte, poder-se-á dizer que, na medida em que a legislação em causa foi

9 — Acórdão Comissão/Bélgica, referido na nota 8, n.º 73.

10 — Acórdão Comissão/Bélgica, já referido na nota 8, n.º 74, e jurisprudência aí citada.

11 — Acórdão de 11 de Julho de 2002, Comissão/Espanha (C-139/00, Colect., p. I-6107, n.º 19).

alterada, essa alteração teve por efeito uma restrição do objecto da acção intentada pela Comissão.

27. Por fim, acrescentaria que está implícito no argumento da Áustria baseado no artigo 307.º CE [12] que a lei de 2001 é essencialmente uma reedição da lei de 1938.

28. À luz do que foi acima exposto, considero que a questão prévia de admissibilidade não procede.

A proibição de emprego de mulheres na indústria das minas subterrâneas

A directiva

29. A Comissão alega que a proibição de emprego de mulheres na indústria das minas subterrâneas decorrente do § 2 da lei de 2001 contraria a directiva, cujo artigo 3.º, n.º 1, proíbe a discriminação baseada no sexo quanto às condições de acesso ao emprego. Acrescenta que a Áustria reconhece implicitamente o carácter desproporcionado da proibição, já que, em todos os outros sectores, o § 4 da lei de 2001 prevê uma apreciação casuística para determinar se as mulheres devem ou não ser autorizadas a exercer um trabalho fisicamente exigente.

30. É pacífico que a legislação em causa trata desigualmente homens e mulheres no que diz respeito ao emprego na indústria mineira. Por conseguinte, a questão reside em saber se, como a Áustria alega, esse tratamento é permissível pelo facto de cair no âmbito de aplicação da excepção prevista no artigo 2.º, n.º 3, da directiva.

31. Em particular, a Áustria defende que, regra geral e do ponto de vista biológico, não há dúvida que as mulheres não possuem a mesma constituição que os homens, sendo fisicamente mais fracas. Em consequência, o trabalho fisicamente desgastante na indústria das minas subterrâneas implica uma maior pressão física sobre as mulheres e expõe a

12 — V. n.ºs 39 e segs. *infra*.

saúde destas a riscos maiores do que no caso dos homens. A Áustria alega que o mesmo não sucede no que diz respeito ao trabalho nocturno, que expõe homens e mulheres a igual sobrecarga física. Por conseguinte, a jurisprudência do Tribunal de Justiça, invocada pela Comissão, segundo a qual as proibições de trabalho nocturno das mulheres são contrárias à directiva não são análogas [13].

32. A Áustria conclui que, consequentemente, a manutenção da proibição de emprego de mulheres na indústria mineira se justifica ao abrigo do artigo 2.º, n.º 3, da directiva, que, alega, tem por objectivo a protecção das mulheres.

33. Na minha opinião, tal como, de facto, resulta claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça, aquela disposição tem por fim responder a necessidades específicas das mulheres e que, por isso, podem ser justificadamente protegidas em certas situações. Em particular, o Tribunal de Justiça declarou que, ao permitir que os Estados-Membros mantenham ou introduzam disposições com o fim de proteger as mulheres no que diz respeito à «gravidez e maternidade», a directiva reconhece a legitimidade, em termos do princípio da igualdade, de proteger as necessidades da mulher em dois aspectos. Em primeiro lugar, é legítimo assegurar a protecção da condição biológica da mulher no decurso da gravidez e na sequência desta, até que as suas funções fisiológicas e mentais regressem ao normal depois do parto; em segundo lugar, é legítimo proteger as relações especiais entre a mulher e o seu filho no período subsequente à gravidez e ao parto, evitando que essas relações sejam perturbadas pelas inúmeras dificuldades que decorreriam do exercício simultâneo de uma actividade profissional [14].

34. Por conseguinte, o artigo 2.º, n.º 3, da directiva não permite que as mulheres sejam excluídas de um certo tipo de trabalho com o fundamento de que lhes devia ser dada maior protecção do que aos homens contra riscos que afectam de forma igual homens e mulheres e que se distinguem das necessidades específicas de protecção das mulheres, como as que foram expressamente referidas [15].

35. Pode observar-se que, apesar da utilização do termo «nomeadamente» no artigo 2.º, n.º 3, o Tribunal de Justiça não aceitou a aplicação da excepção a outras situações para além da gravidez e maternidade. Apesar de o termo «nomeadamente» indicar que outras situações, além da gravidez e da materni-

13 — Acórdãos de 25 de Julho de 1991, Stoeckel (C-345/89, Colect., p. I-4047); de 2 de Agosto de 1993, Levy (C-158/91, Colect., p. I-4287), e de 13 de Março de 1997, Comissão/ /França (C-197/96, Colect., p. I-1489).

14 — Acórdão de 12 de Julho de 1984, Hofmann (184/83, Recueil, p. 3047, n.º 25).

15 — Acórdãos de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651, n.º 44), e de 11 de Janeiro de 2001, Kreil (C-285/98, Colect., p. I-69, n.º 30).

dade, poderão cair no âmbito da derrogação, estas palavras dão uma ideia de finalidade das excepções [16].

36. Assim, as situações visadas pelo artigo 2.°, n.° 3, são claramente diferentes das visadas pela legislação austríaca, a qual exclui todas as mulheres desse trabalho independentemente das suas capacidades e condição físicas.

37. Na minha opinião, o facto de, como a Áustria salienta, a sua legislação prever excepções à proibição geral é irrelevante. O Tribunal de Justiça declarou claramente que o princípio da igualdade de tratamento não permite que se estabeleça uma exclusão geral das mulheres de certas actividades, mesmo que existam excepções, sempre que essas actividades não estejam vedadas aos homens [17]. Em qualquer caso, as excepções previstas na legislação austríaca são de âmbito extremamente limitado.

38. Consequentemente, concluo que a proibição do trabalho feminino nas minas não cai no âmbito da excepção prevista no artigo 2.°, n.° 3, da directiva.

A Convenção da OIT

39. A Áustria alega que as restrições impostas ao trabalho feminino se justificam ao abrigo das obrigações internacionais que para ela decorrem da Convenção n.° 45 da OIT, a qual, dado que precede a adesão da Áustria ao Tratado CE, continua a vinculá-la por força do artigo 307.° CE.

40. O primeiro parágrafo do artigo 307.° prevê que os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas, antes da entrada em vigor do Tratado, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro, não são prejudicados pelas disposições do Tratado. O artigo 307.° tem alcance geral e aplica-se a qualquer convenção, qualquer que seja o seu objecto, susceptível de ter influência sobre a aplicação do Tratado [18].

41. A Áustria alega que, em consequência dessa disposição, tal como é interpretada pelo Tribunal de Justiça [19], os Estados-Membros não têm que aplicar o direito comunitário quando a sua aplicação se mostre incompatível com as suas obrigações resultantes de um tratado ou de uma convenção internacional celebrados com

16 — Conclusões do advogado-geral Sir Gordon Slynn no processo Comissão/França (acórdão de 25 de Outubro de 1988, 312/86, Colect., p. 6315).

17 — Acórdão Stoeckel, referido na nota 13, n.° 19.

18 — Acórdãos de 14 de Outubro de 1980, Burgoa (812/79, Recueil, p. 2787, n.° 6), e de 4 de Julho de 2000, Comissão/Portugal (C-84/98, Colect., p. I-5215, n.° 52).

19 — Acórdão Levy, referido na nota 13.

Estados não membros antes da sua adesão ao Tratado CE. Baseia-se, em especial, nos acórdãos Levy [20] e Minne [21] como fundamento do seu argumento de que a proibição de trabalho feminino é permitida ao abrigo do artigo 307.º CE.

42. Nos processos que deram origem a estes acórdãos estava em questão saber se o princípio da igualdade de tratamento impedia um Estado-Membro de proibir o trabalho nocturno de mulheres em circunstâncias relativamente às quais outra Convenção da OIT anterior à adesão ao Tratado exigia essa proibição. O Tribunal de Justiça declarou, essencialmente, que, apesar de essa proibição contrariar o princípio da igualdade de tratamento, a directiva não podia aplicar-se na medida em que as disposições nacionais tivessem sido adoptadas para assegurar o cumprimento, pelo Estado-Membro, de obrigações resultantes de uma convenção na acepção do artigo 307.º CE.

43. A Comissão refere, contudo, o segundo parágrafo do artigo 307.º CE, que obriga os Estados-Membros a recorrer a todos os meios adequados para eliminar quaisquer incompatibilidades verificadas entre tal convenção e o Tratado, e alega que, por essa razão, a Áustria deveria ter denunciado a Convenção em 30 de Maio de 1997, em conformidade com o artigo 7.º [22].

44. Os acórdãos Levy e Minne resultaram de pedidos de decisão prejudicial submetidos ao Tribunal de Justiça. Em nenhum dos casos, o tribunal de reenvio solicitava esclarecimentos quanto aos efeitos do segundo parágrafo do artigo 307.º CE. Essa questão também não foi suscitada por nenhuma das partes que apresentaram observações ao Tribunal, apesar de, no acórdão Minne, o Tribunal de Justiça ter referido que o Estado-Membro em causa (Bélgica) tinha, de facto, denunciado a convenção em causa [23].

45. Pelo contrário, no caso ora em apreço, é pedido ao Tribunal de Justiça que declare que a Áustria violou o direito comunitário. Já manifestei a opinião de que a lei de 2001 contraria efectivamente a directiva. Para determinar se a Áustria pode, como defende, invocar o artigo 307.º CE para justificar a sua legislação, é necessário verificar se, em conformidade com o segundo parágrafo do referido artigo, recorreu a todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades entre essa legislação e as suas obrigações de direito comunitário. Essa questão foi,

20 — Referido na nota 13.

21 — Acórdão de 3 de Fevereiro de 1994, Minne (C-13/93, Colect., p. I-371).

22 — Referido no n.º 8, *supra*.

23 — V. n.º 15 do acórdão.

aliás, suscitada pelas partes. Se o Tribunal de Justiça entender que a Áustria podia ter eliminado a incompatibilidade entre as disposições nacionais e o direito comunitário relevante, mas não o fez, a Áustria deixará de poder invocar o artigo 307.º CE.

46. O acórdão do Tribunal de Justiça no processo Comissão/Portugal [24] aborda explicitamente o problema que se coloca a um Estado-Membro em caso de conflito entre o seu direito internacional e as suas obrigações de direito comunitário. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça entendeu que, embora no quadro do artigo 307.º CE os Estados-Membros tenham o direito de escolher as medidas apropriadas a tomar, não deixam por isso de ter a obrigação de eliminar as incompatibilidades existentes entre uma convenção pré-comunitária e o Tratado CE. Se um Estado-Membro encontrar dificuldades que tornem impossível a modificação de um acordo, não se pode, por isso, excluir que lhe compete denunciar esse acordo [25]. O Tribunal de Justiça concluiu que, ao não ter denunciado nem adoptado um acordo com um país terceiro que estava em conflito com um regulamento comunitário, Portugal não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força desse regulamento [26].

47. Assim, o segundo parágrafo do artigo 307.º CE cobre, como a sua redacção sugere, situações em que uma convenção pode ser renegociada pelas partes contratantes ou denunciada unilateralmente nos termos nela previstos. No que diz respeito ao caso ora em apreço, pode constatar-se que treze partes contratantes, incluindo seis Estados-Membros [27], já denunciaram a Convenção n.º 45 da OIT. A maioria desses países justificaram a denúncia pela incompatibilidade da referida Convenção com o princípio da igualdade de tratamento de homens e mulheres. Além disso, em 1996, o conselho de administração da OIT convidou os Estados que são partes na Convenção n.º 45 a ponderarem a hipótese de ratificarem a Convenção n.º 176 de 1995 relativa à segurança e saúde nas minas, descrita por aquela organização como «modelo actualizado nesta matéria [que], na prática, abrangia o objecto da Convenção n.º 45», e de possivelmente revogarem a Convenção n.º 45 [28]. A Convenção n.º 176 aplica-se de forma igual a homens e mulheres.

48. Daí decorre que em circunstâncias como as do caso em apreço, em que teve a oportunidade de denunciar licitamente a

24 — Referido na nota 18.

25 — N.º 58 do acórdão.

26 — N.º 61 do acórdão.

27 — Finlândia, Irlanda, Luxemburgo, Países Baixos, Suécia e Reino Unido.

28 — V. relatórios do conselho de administração da OIT relativos à sessão 267 (Novembro de 1996), GB.267/LILS/WP/PRS/2, à sessão 268 (Março de 1997), GB.268/LILS/WP/PRS/2, à sessão 270 (Novembro de 1997), GB.270/15 e à sessão 274 (Março de 1999), GB.274/LILS/WP/PRS/1 (disponível no página da internet www.ilo.org).

Convenção n.º 45 da OIT durante o período de um ano a contar de 30 de Maio de 1997 [29], e, desse modo, garantir a igualdade de tratamento entre homens e mulheres nos termos da directiva, em matéria de acesso ao emprego na indústria das minas subterrâneas, a Áustria não pode invocar o artigo 307.º CE, no quadro da presente acção, para justificar legislação nacional incompatível com a directiva.

49. Todavia, a Áustria alega que não podia saber, em tempo útil para denunciar a Convenção n.º 45 da OIT, que a sua legislação contrariava o direito comunitário ou que a Comissão considerava as disposições em causa contrárias ao direito comunitário, uma vez que a primeira comunicação da Comissão sobre esta questão tinha sido enviada em Setembro de 1998.

50. Não pode aceitar-se esse argumento. Como foi acima referido [30], a directiva tornou-se aplicável na Áustria aquando da entrada em vigor do Acordo EEE, em 1 de Janeiro de 1994, e, nos termos do direito comunitário, a Áustria estava obrigada a transpor a directiva até 1 de Janeiro de 1995. Assim, por força do artigo 3.º, n.º 2, da directiva, a Áustria estava obrigada a abolir logo que possível quaisquer normas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento, pelo que a data de uma comunicação da Comissão é irrelevante a esse respeito.

51. Decorre do que precede que, no quadro da presente acção, a Áustria não pode invocar a Convenção n.º 45 da OIT para se exonerar do cumprimento das obrigações que lhe incumbem por força da directiva.

A proibição de empregar mulheres em lugares que envolvam trabalho em ambientes de sobrepressão elevada e como mergulhadores

52. A Comissão alega que a proibição de empregar mulheres em lugares que envolvam trabalho em ambientes de sobrepressão elevada e como mergulhadores que constam dos §§ 8 e 31 da lei de 1973 contraria o direito comunitário.

53. A Áustria responde que essa proibição respeita as exigências da directiva e, em particular, que se justifica pelas mesmas razões que a proibição do trabalho em minas,

29 — V. artigo 7.º da Convenção, citado no n.º 8 *supra*.
30 — V. n.º 4, *supra*.

ou seja, a natureza fisicamente exigente do trabalho associada às capacidades físicas geralmente mais fracas das mulheres, como a sua menor capacidade respiratória.

54. É verdade que, como no caso do trabalho mineiro, as actividades visadas pela lei austríaca podem implicar algum esforço físico para quem as exerce. Todavia, atendendo a que a Áustria não apresentou qualquer prova de que esse trabalho cria riscos que afectam de forma diferente homens e mulheres ou riscos que são específicos às mulheres e relativamente aos quais estas necessitam de uma protecção especial na acepção do artigo 2.°, n.° 3, da directiva, esse facto não pode justificar que se excluam todas as mulheres do exercício de tais actividades [31].

55. O facto de a proibição de trabalho feminino num ambiente isobárico de alta pressão ter duas excepções limitadas (contrariamente à proibição geral de empregar mulheres em trabalho de mergulho, que não admite excepções) não a torna compatível com a directiva. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça declarou expressamente que o princípio da igualdade de tratamento não permite que se estabeleça uma exclusão geral das mulheres de determinado trabalho, mesmo que haja excepções, quando esse trabalho não está vedado aos homens [32]. Em segundo lugar, é, em qualquer caso, claro que as excepções não são objectivamente justificadas na acepção do artigo 2.°, n.° 3, porque apenas permitem que as mulheres desempenhem tarefas de supervisão ou trabalhem em ambientes isobáricos de alta pressão que não lhes imponham um esforço físico excessivo. Por conseguinte, as referidas excepções não são abrangidas pela categoria de excepções relacionadas com a gravidez e a maternidade previstas no artigo 2.°, n.° 3.

56. Além disso, pode-se excluir a aplicação do artigo 2.°, n.° 2, da directiva, uma vez que a presença de trabalhadores do sexo feminino em tais lugares não tem um impacto específico sobre os outros trabalhadores, o que justificaria a sua exclusão de tal actividade simplesmente em razão do seu sexo. Daqui resulta que o sexo não constitui uma condição determinante de tais actividades, na acepção do artigo 2.°, n.° 2 [33].

57. Face ao acima exposto, considero que a proibição de empregar mulheres em lugares que envolvam trabalho em ambientes de sobrepressão elevada é incompatível com a directiva.

31 — V. a apreciação nos n.os 33 a 36 *supra*.

32 — Acórdão Stoeckel, já referido na nota 13, n.° 19

33 — V. n.os 33 a 35 supra.

Conclusão

58. Por conseguinte, sou de opinião que o Tribunal de Justiça deveria:

«1) declarar que, ao manter em vigor os §§ 8 e 31 da lei relativa ao trabalho em ambientes de sobrepressão elevada e como mergulhadores de 1973, e ao introduzir os §§ 2 e 4 da lei do Ministro Federal da Economia e do Emprego relativa às proibições e restrições no emprego de mulheres, de 4 de Outubro de 2001, a República da Áustria não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 2.º e 3.º da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa a concretização do principio 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;

2) condenar a República da Áustria no pagamento das despesas».