CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 21 de Novembro de 2002 [1]

1. O Arbeitsgericht Lübeck (Alemanha) submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 324.° CE, duas questões prejudiciais em que pede a interpretação da Directiva 76/207/CEE [2], para saber se uma trabalhadora, que goza uma licença parental, tem obrigação de informar a entidade patronal de que está grávida quando solicita a sua reintegração antes do termo dessa licença, tendo em conta que, devido ao seu estado, se encontra na impossibilidade de efectuar algumas das tarefas próprias da sua actividade.

I — Os factos do litígio principal

2. Wiebke Busch, demandante no processo principal, é uma enfermeira empregada, desde Abril de 1998, num hospital gerido pela demandada, a Klinikum Neustadt Gmbh & Co. Betriebs KG.

Por ocasião do nascimento do seu primeiro filho, em Junho de 2000, W. Busch obteve uma licença parental de três anos. Em Outubro de 2000 ficou de novo grávida, pelo que, em 30 de Janeiro de 2001, pediu por escrito a sua reintegração no seu lugar de trabalho, sem limitação de turnos. Depois de várias conversas telefónicas entre o chefe do pessoal e a demandante, a empresa decidiu colocá-la num serviço com 39 camas sob a responsabilidade de equipas de três enfermeiras trabalhando por turnos, em que havia um lugar vago que era conveniente preencher quanto antes.

3. Em 22 de Março de 2001, a empresa demandada deu o seu consentimento para que W. Busch cancelasse a sua licença parental, sem lhe ter perguntado se estava grávida. W. Busch ocupou o seu lugar em 9 de Abril de 2001, mas, no dia seguinte, informou a sua entidade patronal de que estava grávida de sete meses. A razão para voltar a trabalhar foi receber o subsídio de maternidade, mais elevado do que o que se recebe durante a licença parental, e o suplemento pago pela entidade patronal.

1 — Língua original: espanhol.

2 — Directiva do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70).

4. Nos termos do artigo 3.°, n.° 2, da lei sobre a protecção da maternidade (Mutterschutzgesetz), a licença de maternidade devia começar em 23 de Maio. A demandada reagiu enviando a demandante para casa em 11 de Abril e anulou, seguidamente, o consentimento que tinha dado para a reintegração, alegando dolo e erro sobre uma qualidade essencial. De acordo com a proibição do artigo 4.°, n.° 2, desta lei, considera que a trabalhadora não constituía mão-de-obra com pleno rendimento.

5. W. Busch confirma que, entre as tarefas que as enfermeiras do seu serviço efectuam, figuram as seguintes: levantar pacientes acamados para comer, lavar os que necessitam de cuidados intensivos, mudá-los regularmente de posição com a ajuda de uma colega, preparar e administrar injecções. Alega que, durante a sua primeira gravidez, continuou a realizar as suas obrigações habituais, ainda que tenha desempenhado também funções administrativas. Indica que podia ter trabalhado até ao início da licença de maternidade, de modo que não existia nenhuma proibição de trabalho até 23 de Maio de 2001, já que, neste hospital, se empurram as camas e o transporte dentro do edifício é realizado por um serviço interno especializado previsto para esse efeito.

Pede o pagamento de um montante de 4 181,77 DEM (2 138,11 euros) ilíquidos de salários, assim como um montante de 3 258,50 DEM (1 666,04 euros), líquidos de complemento ao subsídio de maternidade.

6. A demandada recusa-se a pagar estes montantes por entender que a empregada devia ter informado do seu estado antes de reiniciar a actividade. Por se tratar de um emprego de duração limitada (de 9 de Abril a 23 de Maio de 2001), a gravidez constitui uma qualidade essencial da trabalhadora e, por desconhecer a sua existência, a empresa incorreu em erro.

7. Ao que parece, as partes estão de acordo em que, durante esse período, não havia possibilidade de W. Busch colaborar em funções administrativas.

II — A legislação nacional [3]

8. O § 3 da lei sobre a protecção da maternidade determina que as mulheres grávidas não devem trabalhar durante as seis semanas anteriores ao parto, a não ser que declarem expressamente que estão dispostas a fazê-lo.

3 — Informação fornecida pela Comissão nas suas observações escritas.

Nos termos do § 4, n.º 1, é proibido encarregá-las de tarefas físicas pesadas ou que as exponham aos efeitos nocivos de substâncias ou radiações prejudiciais para a saúde, de pó, de gases ou vapores, de calor, de frio, de humidade, de vibrações ou de ruído. O n.º 2 não permite encarregá-las de trabalhos em que, de modo habitual, devam levantar, mover ou transportar à mão, sem ajuda mecânica, pesos de mais de 5 kg ou de mais de 10 kg, se for com carácter ocasional.

O § 11 regula a retribuição da trabalhadora grávida afectada por uma proibição de trabalho contemplada na lei. No caso de não ter direito ao subsídio de maternidade, se suspender total ou parcialmente a sua actividade profissional, continua a receber da sua entidade patronal o salário médio das treze últimas semanas ou dos três meses anteriores àquele em que ficou grávida.

De acordo com o § 13, as trabalhadoras inscritas numa caixa de doença recebem um subsídio durante o período de licença de maternidade, que se eleva a 25 DEM (12,78 euros) diários. De acordo com o disposto no § 14, se tiverem direito a este subsídio, recebem também um complemento a cargo da entidade patronal, igual à diferença entre 25 DEM e o salário médio diário, sobre o qual são feitos os descontos legais.

9. O § 5 da lei federal relativa à concessão do subsídio e da licença parental (Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub) fixa o seu montante durante a licença parental em 600 DEM [4] (306,78 euros) por mês. Nos termos do § 7, a partir do nascimento, o subsídio de maternidade é imputado na licença parental.

O § 16 obriga o trabalhador que deseje beneficiar de uma licença parental a solicitá-la à entidade patronal quatro semanas, no mínimo, antes de o iniciar e a definir a sua duração. O beneficiário pode por-lhe fim antecipadamente ou prolongá-lo, sempre que a entidade patronal dê o seu consentimento, para o que goza, ao que parece, de liberdade de apreciação [5].

10. O Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch), no seu § 123, prevê que toda e qualquer pessoa pode anular a sua declaração de vontade, quando tenha sido realizada sob a influência de dolo ou de ameaças.

4 — A partir de 1 de Janeiro de 2001, este montante foi fixado, em função dos rendimentos e da preferência do beneficiário, em 900 DEM (460,16 euros) durante o primeiro ano de vida do filho, ou em 600 DEM durante os dois primeiros anos.

5 — Esta disposição foi modificada e completada, com efeitos a 1 de Janeiro de 2001, de modo que, a partir desta data, a entidade patronal apenas se pode opor a que se ponha prematuramente termo à licença parental por causa do nascimento de outro filho ou em caso de necessidade absoluta, com base em razões imperiosas ligadas ao bom funcionamento da empresa. Não é permitido, no entanto, que a trabalhadora renuncie à licença parental durante o período que corresponde à licença de maternidade. Estas reformas não se aplicam aos factos do processo principal devido à disposição transitória que consta no § 24, n.º 1, da referida lei.

Nos termos do § 119, n.º 1, também pode anular a sua declaração de vontade todo aquele que, ao efectuá-la, tenha incorrido em erro sobre o seu conteúdo ou que a não teria efectuado se tivesse conhecido a situação de facto e avaliado a questão com discernimento. De acordo com o n.º 2, constitui erro, em qualquer caso, o equívoco sobre as qualidades da pessoa ou da coisa consideradas essenciais segundo o costume.

III — As questões prejudiciais

11. O Arbeitsgericht Lübeck, que tem que se pronunciar sobre esta questão, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Constitui uma discriminação ilícita em razão do sexo na acepção do artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 76/207/CEE o facto de uma mulher, que pretende, com o consentimento da sua entidade empregadora, reduzir a licença para assistência aos filhos, que já começou a gozar, ser obrigada a comunicar à entidade empregadora a sua nova gravidez, que já era do seu conhecimento antes de chegar a acordo sobre a redução da licença, quando a interessada não pode exercer plenamente a actividade em causa em razão de uma proibição de trabalho que abrange determinadas tarefas inerentes à sua função e que é aplicável desde o primeiro dia?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, constitui, nas circunstâncias descritas, uma discriminação ilícita em razão do sexo na acepção da directiva já referida, o facto de a entidade empregadora, por ter sido induzida em erro sobre o estado de gravidez da empregada, poder anular a sua declaração de redução da licença para assistência aos filhos?»

IV — A legislação comunitária

12. A fim de responder às questões submetidas, é necessário interpretar algumas das disposições da Directiva 76/207.

«*Artigo 2.º*

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.

[...]

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

«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.»

V — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

13. Apresentaram observações por escrito no presente processo, dentro do prazo estabelecido pelo artigo 20.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, as partes no processo principal, o Governo alemão e a Comissão.

Na audiência que teve lugar em 23 de Outubro de 2002, foram apresentadas observações orais pelo representante da demandada e pela Comissão.

VI — A primeira questão prejudicial

14. Com esta questão, o órgão jurisdicional nacional deseja saber se os artigos 2.º, n.os 1 e 3, e 5.º, n.º 1, da Directiva 76/207 se opõem a que uma trabalhadora que, com o consentimento da entidade patronal queira antecipar o termo da licença parental de que goza, deve informá-la de que está grávida antes de chegar a um acordo sobre a reintegração quando, devido ao seu estado, não pode exercer todas as funções devido a uma proibição legal aplicável desde o primeiro dia.

A — *A posição das partes que apresentaram observações*

15. Para W. Busch, a exigência de declarar a gravidez antes da reintegração no trabalho constitui uma discriminação em razão do sexo, já que apenas uma mulher pode estar impedida pelo seu estado de efectuar determinadas tarefas. A entidade patronal não pode impugnar a validade do consentimento alegando dolo, pois não lhe perguntou se estava grávida, ao passo que, ao alegar erro quanto às qualidades essenciais da pessoa, incorre em discriminação visto que o facto de não estar grávida não faz parte do elenco das qualidades essenciais de uma mulher. Na realidade, teria podido

exercer a maioria das suas funções, dado que as que lhe estavam vedadas representavam apenas uns minutos do total da jornada laboral. Teria sido preferido libertá-la dessas actividades, em lugar de a impedir de trabalhar por completo.

16. A demandada no processo principal sustenta que as tarefas que a trabalhadora estava impedida de realizar constituíam uma boa parte das que correspondem ao posto de trabalho. Entende que não há discriminação, por o contrato de trabalho não ter sido rescindido e por o período de actividade de seis semanas ser equiparável a uma relação laboral a termo certo, em que a trabalhadora está incapacitada para executar a sua prestação. Em cumprimento do dever de lealdade inerente ao contrato de trabalho, do qual só se suspendem durante a licença parental as obrigações principais, W. Busch deveria ter informado que, devido ao seu estado, não podia cuidar de doentes. Se houvesse discriminação, seria justificada, porque as disposições que restringem a actividade da mulher em determinadas circunstâncias foram adoptadas com o fim de conceder protecção à maternidade.

17. O Governo alemão distingue entre os pressupostos de discriminação de uma mulher grávida no acesso ao emprego ou no despedimento, por um lado, e daqueles em que já tem um contrato de trabalho por tempo indeterminado, cuja validade não se questiona, por outro. No início de uma relação laboral não se pode pedir a uma trabalhadora que informe sobre o seu estado, para evitar prejudicá-la. Em seu entender, W. Busch não está a reivindicar um direito à igualdade com os homens, antes pretende obter apenas uma vantagem económica em relação às demais trabalhadoras grávidas que continuem a gozar da licença parental, o que, em sua opinião, se assemelha muito a um abuso de direito.

18. Para a Comissão, a recusa da entidade patronal de que uma trabalhadora grávida retome o seu lugar antes do termo da licença parental, devido ao seu estado, constitui uma discriminação em razão do sexo, contrária à Directiva 76/207. Por se tratar de um contrato de duração indeterminada, não há que examinar se a impossibilidade de a trabalhadora realizar, no período que precede a licença de maternidade, a totalidade das prestações próprias do lugar devido a uma proibição legal é uma excepção ao princípio geral da não discriminação. Partindo da base de que a gravidez não é um critério que a entidade possa tomar em conta, por discriminatório, é irrelevante que a trabalhadora lhe comunique o seu estado.

B — *Resposta à questão prejudicial*

19. O acordo-quadro sobre a licença parental[6] representa um compromisso das

6 — Celebrado em Bruxelas em 14 de Dezembro de 1995.

organizações interprofissionais de carácter geral (UNICE, CEEP e CES) para fixar disposições mínimas sobre este tipo de licença, como meio importante para enquadrar a vida profissional e familiar e para promover a igualdade de oportunidade e de tratamento entre homens e mulheres. Foi declarado aplicável aos Estados-Membros, com excepção do Reino Unido, pela Directiva 96/34[7], adoptada em 3 de Junho de 1996 com base no n.º 2 do artigo 4.º do acordo sobre a política social[8], que permite aos parceiros sociais pedirem conjuntamente a aplicação dos instrumentos de âmbito comunitário mediante decisão do Conselho sob proposta da Comissão. O prazo para incorporar no direito interno o conteúdo do acordo-quadro sobre a licença parental terminou em 3 de Junho de 1998[9].

20. Nos termos da cláusula 1, o acordo estabelece disposições mínimas, cujo objectivo é facilitar a conciliação das responsabilidades profissionais e familiares dos pais que trabalham. A cláusula 4 permite aos Estados-Membros manterem ou adoptarem medidas mais favoráveis do que as previstas no acordo. O texto não limita o direito individual de licença parental aos trabalhadores cuja relação laboral seja por tempo indeterminado.

21. De acordo com o ponto 7 da cláusula 2, cabe também aos Estados-Membros e aos parceiros sociais definir o regime do contrato ou da relação de trabalho para o período da licença parental. No entanto, é claro que, ainda que as obrigações principais das partes tenham ficado em suspenso, o contrato continua a existir visto que, de acordo com o ponto 5 da cláusula 2, no termo da licença parental, o trabalhador tem direito a ser reintegrado no seu posto de trabalho ou, em caso de impossibilidade, num trabalho equivalente ou similar.

22. A duração da licença parental é fixada entre um mínimo de três meses e uma idade determinada, que pode chegar até aos oito anos. No entanto, não existe nenhuma disposição relativa à reintegração do trabalhador no seu posto de trabalho antes de terminar a licença que lhe tenha sido concedida. Por esta razão, as condições em que pode ter lugar o regresso antecipado ao trabalho são decididas no âmbito nacional, quer no quadro da legislação quer através das convenção colectivas.

A lei alemã relativa à concessão do subsídio e da licença parental, na versão aplicável aos factos do processo principal, permitia a

7 — Directiva do Conselho, de 3 de Junho de 1996, relativa ao acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES (JO L 145, p. 4).

8 — Acordo relativo à política social celebrado entre os Estados-Membros da Comunidade Europeia com excepção do Reino Unido e Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, anexo ao protocolo n.º 14, incorporado no Tratado que institui a Comunidade Europeia pelo Tratado da União, assinado em Maastricht em 7 de Fevereiro de 1992. O texto das disposições do acordo relativo à política social foi incorporado nos artigos 117.º a 120.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (actuais artigos 136.º a 143.º) pelo Tratado de Amesterdão, assinado em 2 de Outubro de 1997, que entrou em vigor em 1 de Maio de 1999.

9 — Esta directiva foi alterada e alargada ao Reino Unido pela Directiva 97/75/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997 (JO 1998, L 10, p. 24). O prazo concedido a este Estado-Membro para a adaptação do seu direito interno terminou em 15 de Dezembro de 1999.

reintegração antes do termo do período concedido, sem outra condição para além do acordo da entidade patronal, para o qual gozava de liberdade de apreciação.

23. A Directiva 76/207 visa a implementação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, incluindo a promoção, à formação profissional e às condições de trabalho [10]. O artigo 5.º dispõe que a aplicação do princípio no que se refere às condições de trabalho implica que sejam asseguradas aos homens e às mulheres as mesmas condições, sem discriminação em razão do sexo.

A qualidade de trabalhador implica o direito à licença parental e, enquanto durar a licença, o contrato de trabalho mantém-se em vigor. Portanto, os requisitos aplicáveis à reintegração do interessado no seu posto de trabalho, antes do termo da licença, fazem parte das condições de trabalho e, como tais, estão sujeitos às disposições desta directiva, com a consequência de não poderem ser diferentes em função do sexo do trabalhador.

24. A jurisprudência do Tribunal de Justiça interpretativa do princípio da igualdade de tratamento estabelecido pela Directiva 76/207, quando estejam em jogo os direitos laborais de trabalhadoras grávidas, é desde já abundante. Até agora, o Tribunal de Justiça sempre qualificou como discriminação directa em razão do sexo a tomada em consideração, pela entidade patronal, da gravidez como critério para não contratar uma mulher [11], para a despedir [12], ou para se recusar a renovar o contrato a termo certo [13]. Do mesmo modo, é discriminatório despedir uma trabalhadora grávida devido às ausências provocadas por uma incapacidade laboral ocasionada pelo seu estado [14]. O Tribunal de Justiça nunca aceitou justificar esta discriminação por argumentos relacionados com o prejuízo económico sofrido pela entidade patronal que emprega uma mulher grávida durante o período da licença de maternidade ou durante a gravidez.

De acordo com a jurisprudência, ao ter carácter imperativo, a proibição de discriminação em razão do sexo não só se impõe à actuação das autoridades públicas como também a todas as convenções destinadas a regular de modo colectivo o trabalho por conta de outrem, bem como os contratos

10 — A Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social (JO 1979, L 6, p. 24; EE 05 F2 p. 174), precisou o conteúdo, o alcance e as modalidades de aplicação do princípio no âmbito da segurança social.

11 — Acórdãos de 8 de Novembro de 1990, Dekker (177/88, Colect., p. I-3941), e de 3 de Fevereiro de 2000, Mahlburg (C-207/98, Colect., p. I-549).

12 — Acórdãos de 14 de Julho de 1994, Webb (C-32/93, Colect., p. I-3567), e de 4 de Outubro de 2001, Tele Danmark (C-109/00, Colect., p. I-6993).

13 — Acórdão de 4 de Outubro de 2001, Jiménez Melgar (C-438/99, Colect., p. I-6915).

14 — Acórdão de 30 de Junho de 1998, Brown (C-394/96, Colect., p. I-4185). Neste acórdão, o Tribunal de Justiça em formação plena rectificou a decisão da Sexta Secção proferida em 29 de Maio de 1997 no processo Larsson (C-400/95, Colect., p. I-2757). V. as conclusões que apresentei nestes dois processos.

entre particulares [15]. A proibição aplica-se igualmente aos actos unilaterais de uma entidade patronal em relação aos seus trabalhadores [16].

25. É pacífico que, no caso de W. Busch, não se trata de acesso a um emprego nem de despedimento, mas de condições em que se exercem os direitos e se cumprem as obrigações que derivam do contrato de trabalho. No entanto, como já se indicou, as disposições da Directiva 76/207 proíbem que a entidade patronal se baseie no facto de a trabalhadora estar grávida para tomar uma decisão que a prejudique nos seus direitos laborais. Em consequência, se a gravidez da interessada é o motivo pelo qual a entidade patronal se recusa a permitir a sua reintegração na empresa antes do termo da licença parental, há uma discriminação directa em razão do sexo, contrária ao artigo 5.°, n.° 1, da directiva, já que os requisitos exigidos para a reintegração fazem parte das condições de trabalho que devem ser aplicadas do mesmo modo a homens e a mulheres, ao passo que a gravidez é um estado que apenas afecta estas últimas.

Dado que a entidade patronal não pode tomar em consideração a gravidez no momento de se pronunciar sobre a reintegração, sob pena de cometer uma discriminação directa em razão do sexo, o estado da trabalhadora é irrelevante para a decisão da entidade patronal, com a consequência de a mulher não ser obrigada a comunicar-lhe que está grávida.

26. O Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre a rescisão de um contrato de trabalho devido a gravidez através de uma declaração de nulidade ou de uma impugnação por erro sobre as qualidades essenciais da trabalhadora devido à proibição legal de trabalho nocturno [17], e sobre a recusa em contratar uma mulher grávida, baseada numa proibição legal para ocupar o posto que lhe estava destinado [18]. Ambas as proibições eram impostas, tal como no que se refere a W. Busch, pela lei alemã sobre a protecção da maternidade.

27. Nestes dois processos, como salientou o Tribunal de Justiça, a desigualdade de tratamento não se justificava directamente pela gravidez da mulher, mas pela proibição legal de trabalho ligada a esse estado, constante do artigo 2.°, n.° 3, da Directiva 76/207, nos termos da qual essa proibição não obsta à aplicação das disposições relativas à protecção da mulher, especialmente no que se refere à gravidez e à maternidade.

15 — Acórdãos de 27 de Junho de 1990, Kowalska (C-33/89, Colect., p. I-2591, n.° 12); de 7 de Fevereiro de 1991, Nimz (C-184/89, Colect., p. I-297, n.° 11), e de 9 de Setembro de 1999, Krüger (C-281/97, Colect., p. I-5127, n.° 20).

16 — Acórdão de 21 de Outubro de 1999, Lewen (C-333/97, Colect., p. I-7243, n.° 26).

17 — Acórdão de 5 de Maio de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Colect., p. I-1657).

18 — Acórdão Mahlburg, já referido.

Dito isto, o Tribunal no primeiro processo considerou que uma discriminação directa, como é a rescisão de um contrato por tempo indeterminado devido à gravidez, quer seja consequência de nulidade ou de impugnação, não se justifica pelo facto de uma proibição legal, imposta devido à gravidez, impedir temporariamente a trabalhadora de praticar um horário nocturno.

No segundo processo, o Tribunal considerou que a aplicação das disposições relativas à protecção da mulher grávida não pode ter por corolário um tratamento desfavorável que impeça o acesso da mulher ao emprego, de modo que não permite ao empresário recusar-se a contratar uma candidata grávida por uma proibição de trabalho provocada pelo seu estado impedir que ela seja utilizada, desde o primeiro momento e até que inicie a licença de maternidade, no posto de trabalho por tempo indeterminado que esteja vago, acrescentando que não se pode justificar a recusa pelo prejuízo económico da entidade patronal derivado de a mulher contratada não poder ocupar o lugar em causa enquanto estiver nesse estado.

28. A proibição que afecta W. Busch por estar grávida é semelhante, embora menos intensa, à que era oposta a G. Habermann-Beltermann e a S.-K. Mahlburg; resulta da lei sobre a protecção da maternidade, baseada no artigo 2.°, n.° 3, da Directiva 76/207. Esta norma reserva aos Estados-Membros uma faculdade de apreciação em relação às medidas sociais que adoptem a fim de garantir, no âmbito definido pela directiva, a protecção da mulher no que se refere à gravidez e à maternidade, bem como à compensação dos inconvenientes de facto, em matéria de manutenção do emprego, que, ao contrário do homem, a mulher suporta [19].

A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que o exercício dos direitos conferidos às mulheres nos termos do n.° 3 do artigo 2.° não pode ser objecto de um tratamento desfavorável no que diz respeito ao seu acesso ao emprego, nem no que respeita às suas condições de trabalho e que, nesta perspectiva, a directiva tem por objectivo conseguir uma igualdade material e não meramente formal [20].

29. A demandada no processo principal alega que a reintegração de W. Busch no seu posto de trabalho, nas circunstâncias descritas, seria discriminatória para o resto das trabalhadoras que, mesmo estando grávidas, continuam a gozar a sua licença parental.

30. É difícil estar de acordo com esta opinião à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça que define a discriminação como o facto de aplicar normas distintas a

19 — Acórdão de 12 de Julho de 1984, Hofmann (184/83, Recueil, p. 3047, n.° 27).

20 — Acórdão de 30 de Abril de 1998, Thibault (C-136/95, Colect., p. I-2011, n.° 26).

situações comparáveis ou a mesma norma a situações diferentes [21].

Uma trabalhadora grávida que retoma o seu posto de trabalho antes do termo da licença parental recupera a sua situação de actividade e tem direito a receber o salário e o complemento ao subsídio de maternidade a cargo da entidade patronal. Pelo contrário, a que continua a gozar a licença parental durante a gravidez faz parte da população inactiva. Encontrando-se ambas as mulheres em situações distintas, dar-lhes o mesmo tratamento constituiria uma violação do princípio da igualdade.

31. Ainda que o órgão jurisdicional nacional alemão, na decisão em que submeteu a questão prejudicial, demonstre estar ao corrente da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de igualdade de tratamento, parece que, quando a redigiu, ainda não tinham sido proferidos os acórdãos Tele Danmark [22] e Jiménez Melgar [23].

32. Este pormenor tem interesse, porque o juiz nacional, apoiando-se em alguns dos acórdãos que acabo de examinar, proferidos nos processos em que se discutia o acesso a um posto de trabalho ou o despedimento de uma mulher grávida titular de um contrato por tempo indeterminado, retira algumas consequências que resultam erradas à luz da interpretação do princípio da igualdade de tratamento que o Tribunal de Justiça fez nesses dois acórdãos do Outono de 2001 [24], nos quais examinou, pela primeira vez, se esse princípio se aplicava da mesma maneira quando a relação laboral vigorava por tempo determinado.

Por exemplo, no ponto 1, alínea b), do capítulo II da sua decisão, o Arbeitsgericht Lübeck afirma, depois de citar dois acórdãos do Tribunal de Justiça, que resulta destes «que, salvo nos casos em que foi celebrado um contrato de trabalho com duração indeterminada, não só a entidade empregadora pode informar-se sobre a eventual gravidez de uma candidata como esta última é obrigada a revelar o seu estado de gravidez mesmo que tal não lhe seja explicitamente perguntado». Acresce que W. Busch sabia que só trabalharia cerca de seis semanas e que «[portanto] a situação coloca-se como se se tratasse do início de uma relação de trabalho com duração determinada».

À luz da jurisprudência recente do Tribunal de Justiça, estas considerações não podem estar mais desenquadradas.

33. No acórdão Tele Danmark, tratava-se de saber se era discriminatório o despedi-

21 — Acórdãos de 14 de Fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, Colect., p. I-225, n.º 30); de 27 de Junho de 1996, Asscher (C-107/94, Colect., p. I-3089, n.º 40); de 14 de Setembro de 1999, Gschwind (C-391/97, Colect., p. I-5451, n.º 21), e de 3 de Outubro de 2000, Ferlini (C-411/98, Colect., p. I-8081, n.º 51).

22 — Já referido.

23 — Já referido.

24 — Acórdãos Tele Danmark e Jiménez Melgar, já referidos.

mento de uma trabalhadora devido a gravidez, tendo em conta que ela tinha sido contratada por um período determinado sem informar a entidade patronal do seu estado, ainda que o conhecesse no momento da contratação, e que, devido à gravidez, não podia trabalhar uma grande parte da duração do contrato.

34. O Tribunal de Justiça reiterou a doutrina desenvolvida no acórdão Webb[25], segundo a qual, ainda que, para a entidade patronal, a disponibilidade do trabalhador seja um requisito essencial para a correcta execução do contrato de trabalho, a protecção que o direito comunitário garante à mulher durante a gravidez e, posteriormente, após o parto, não pode depender do facto de saber se a presença da interessada, durante o período correspondente à sua licença de maternidade, é indispensável para o bom andamento da empresa para que trabalha; uma interpretação contrária privaria de efeito útil as disposições da Directiva 76/207.

O Tribunal de Justiça acrescentou que esta interpretação não pode ser alterada pela circunstância de o contrato de trabalho celebrado ser de duração determinada. Em seu entender, uma vez que o despedimento de uma trabalhadora devido à sua gravidez constitui uma discriminação directa em razão do sexo, independentemente da natureza e do alcance do prejuízo económico sofrido pela entidade patronal pela ausência devida à gravidez, o facto de o contrato de trabalho celebrado ser de duração determinada ou por tempo indeterminado continua a não ter qualquer incidência no carácter discriminatório do despedimento. Em ambos os casos, a incapacidade da trabalhadora para cumprir o seu contrato de trabalho é devida à gravidez.

35. No acórdão Jiménez Melgar, uma das questões suscitadas incidia na recusa em renovar o contrato de trabalho de duração determinada de uma trabalhadora grávida. O Tribunal de Justiça considerou que, embora a proibição do despedimento prevista no artigo 10.° da Directiva 92/85/CEE[26] se aplique tanto aos contratos de trabalho de duração indeterminada como aos contratos celebrados a termo certo, a falta de renovação de um contrato, quando chegue ao termo previsto, não pode ser considerada como despedimento proibido por essa disposição. Todavia, na medida em que a falta de renovação do contrato de trabalho a prazo certo seja motivada pela gravidez da trabalhadora, constitui uma discriminação directa em razão do sexo, contrária aos artigos 2.°, n.° 1, e 3.°, n.° 1, da Directiva 76/207.

36. Não se pode negar que o facto de a trabalhadora não poder efectuar todas as tarefas do posto de trabalho uma vez reintegrada é susceptível de ter impacto na empresa, tanto de um ponto de vista de organização como económico. No entanto, o artigo 5.° da Directiva 92/85 dá à entidade patronal uma certa margem de manobra, pois permite-lhe, em caso de

25 — Já referido.

26 — Directiva do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho (décima directiva especial na acepção do n.° 1 do artigo 16.° da Directiva 89/391/CEE) (JO L 348, p. 1).

risco para a segurança ou para a saúde, bem como de repercussão na gravidez ou na situação de lactante de uma trabalhadora, proceder, como primeiro passo, a uma adaptação provisória das condições ou do tempo de trabalho. Se isto não for possível, deve tomar as medidas necessárias para garantir uma mudança de lugar; é apenas se estas soluções estiverem fora das suas possibilidades é que tem a obrigação de a dispensar de trabalhar durante o período necessário para a sua protecção.

37. O Tribunal de Justiça interpretou as Directivas 76/207 e 92/85 no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que, quando uma entidade patronal não pode dar trabalho a uma trabalhadora grávida que não está em situação de incapacidade laboral, permite obrigá-la a deixar de trabalhar sem lhe pagar a totalidade do seu trabalho e sem examinar previamente a viabilidade de organizar as suas condições como o seu tempo de trabalho ou inclusivamente mudá-la de posto de trabalho [27].

Em lugar de recorrer aos meios que o artigo 5.º da Directiva 92/85 põe à sua disposição, a demandada no processo principal decidiu dispensar a trabalhadora de trabalhar, com efeitos imediatos [28], impugnando o consentimento que tinha dado para pôr termo à licença parental, por dolo e erro quanto a uma qualidade essencial.

38. Em qualquer caso, como acertadamente salienta a Comissão nas suas observações escritas, cabe aos Estados-Membros definir os custos que a entidade patronal tem de assumir e os que ficam a cargo do erário público, financiados através dos impostos a título de dever social colectivo, tendo sempre presente que a protecção concedida à mulher grávida não pode prejudicá-la como indivíduo no mercado do trabalho.

39. Quero acrescentar algumas considerações de interesse para o Arbeitsgericht Lübeck, pois mesmo sem haver questionado directamente a existência de abuso de direito pela trabalhadora, parece existir essa possibilidade, como resulta de algumas das observações que constam no n.º 1, alínea b), do capítulo II do despacho de reenvio.

Em primeiro lugar, a reintegração antes do termo da licença parental articula-se, no ordenamento jurídico alemão, como um direito do trabalhador.

Em segundo lugar, ainda que a entidade patronal tenha dado o seu consentimento para a reintegração em Março, o pedido tinha sido apresentado em Janeiro, de modo que, se não tivesse tardado tanto em chegar a acordo, a trabalhadora podia ter podido permanecer em situação de actividade durante um período mais longo antes de iniciar a licença de maternidade.

27 — Acórdão de 19 de Novembro de 1998, Høj Pedersen e o. (C-66/96, Colect., p. I-7327, n.os 58 e 59).

28 — No entanto, na audiência, o seu representante informou o Tribunal de Justiça de que a maior parte do pessoal de enfermagem deste hospital são mulheres e que a planificação das necessidades de contratação tem sempre em conta a possibilidade de gravidez.

Em terceiro lugar, ainda que a intenção de W. Busch fosse receber o subsídio de maternidade, mais elevado do que o que recebe durante a licença parental, assim como o suplemento pago pela entidade patronal, nada permite presumir que as mulheres grávidas que solicitam a reintegração tenham o mesmo objectivo. Existem outras razões para que uma trabalhadora regresse ao seu posto de trabalho, como, por exemplo, a possibilidade de receber alguns meses de salário completo antes do parto, o facto de o filho para cuidar do qual tinha pedido a licença parental deixar de estar a seu cargo, a perspectiva de uma promoção ou a participação numa acção de formação profissional.

Por último, a proibição de realizar determinadas tarefas durante a gravidez só afecta as mulheres que desempenhem uma actividade que as exponha a riscos para a sua segurança ou para a sua saúde, caso em que a entidade patronal tem que levar a cabo uma organização provisória das condições ou do tempo de trabalho e, se isso não for possível, uma alteração de posto de trabalho, concedendo, em última instância, uma dispensa laboral à trabalhadora.

40. Pelas razões indicadas, há que declarar que os artigos 2.°, n.os 1 e 3, e 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207 opõem-se a que uma trabalhadora que, com o consentimento da entidade patronal, queira pôr termo antecipadamente à licença parental de que goza, deva informar aquela de que está grávida antes de chegar a um acordo sobre a sua reintegração, ainda que, devido ao seu estado, não possa exercer todas as funções devido a uma proibição legal aplicável desde o primeiro dia.

VII — A segunda questão prejudicial

41. Com esta questão, o juiz nacional quer saber se há discriminação ilícita em razão do sexo, na acepção da Directiva 76/207, quando a entidade patronal esteja no direito de anular a sua declaração de vontade aceitando pôr termo à licença parental, por ter incorrido em erro sobre a existência de gravidez da trabalhadora.

42. Estou de acordo com a Comissão em que o órgão jurisdicional nacional deve interpretar as disposições do Código Civil à luz do teor literal e da finalidade das Directivas 76/207 e 92/85, a fim de alcançar o resultado prosseguido pela legislação comunitária.

Parece-me claro que, tendo em conta que a entidade patronal não pode invocar a existência de gravidez para recusar à trabalhadora a reintegração no seu posto de trabalho antes do termo da licença parental, seria inaceitável que, quando já tenha dado o seu acordo, obtivesse o mesmo resultado recorrendo aos artigos 123.° e 119.° do Código Civil alemão.

43. Por esta razão, sou de opinião que o facto de a entidade patronal ter direito a anular a sua declaração de vontade aceitando pôr termo à licença parental de uma trabalhadora grávida, por ter incorrido em erro sobre o seu estado, constitui uma discriminação directa em razão do sexo, proibida pela Directiva 76/207.

VIII — Conclusão

44. Face a todo o exposto, proponho que o Tribunal de Justiça dê ao Arbeitsgericht Lübeck a seguinte resposta:

«1) Os artigos 2.°, n.os 1 e 3, e 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, opõem-se a que uma trabalhadora que, com o consentimento da entidade patronal, queira pôr termo antecipadamente à licença parental de que goza, deva informar aquela de que está grávida antes de chegar a um acordo sobre a sua reintegração, ainda que, devido ao seu estado, não possa exercer todas as funções devido a uma proibição legal aplicável desde o primeiro dia.

2) O facto de a entidade patronal ter o direito de anular a sua declaração de vontade aceitando pôr termo à licença parental de uma trabalhadora grávida, por ter incorrido em erro sobre o seu estado, constitui uma discriminação directa em razão do sexo, proibida pela Directiva 76/207.»