CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 10 de Maio de 2001 [1]

1. O Højesteret (Supremo Tribunal da Dinamarca) submeteu duas questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.° CE, pelas quais pede a interpretação do artigo 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE [2] e do artigo 10.° da Directiva 92/85/CEE [3].

O Højesteret quer saber, essencialmente, se essas normas se opõem ao despedimento de uma trabalhadora grávida, devido à gravidez, tendo em conta: que tinha sido contratada por seis meses; que, conhecendo o seu estado, não o comunicou à entidade patronal no momento da contratação; e que devido à licença de maternidade, não ia estar disponível para trabalhar durante uma parte do período do contrato.

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)

3 — 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).

I — Os factos

2. A recorrente no litígio principal é a Tele Danmark A/S (a seguir «Tele Danmark»), uma empresa de telefones que empregou M. Brandt-Nielsen, para o serviço de atendimento a clientes, por contrato com início em 1 de Julho e a terminar em 31 de Dezembro de 1995. Na entrevista efectuada antes da contratação M. Brandt-Nielsen foi informada de que os dois primeiros meses seriam dedicados à formação e de que, nesse período, catorze dias seriam de aprendizagem efectiva.

3. M. Brandt-Nielsen, que é a parte recorrida, começou a trabalhar na data prevista. Em Agosto, comunicou que estava grávida e que esperava dar à luz em 6 de Novembro de 1995. De acordo com a convenção colectiva tinha direito a uma licença com retribuição de oito semanas antes do parto. Esse período começava em 11 de Setembro, poucos dias depois de ter terminado, em teoria, a formação, que, na realidade se tinha prorrogado porque a interessada contraiu matrimónio em 12 de Agosto e tinha gozado umas curtas férias.

4. Em 23 de Agosto foi-lhe comunicado o despedimento, com efeitos a partir de finais de Setembro, momento em que se viu

obrigada a deixar de trabalhar. Invocava-se como causa a infracção das condições de contratação, ao não ter comunicado na entrevista que estava grávida e que o parto seria em Novembro.

5. Em Março de 1996, o Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (sindicato dos trabalhadores do comércio e escritórios), em representação da trabalhadora, accionou em juízo a empresa no Retten de Århus, pedindo uma indemnização, porque o despedimento devido à gravidez infringe o artigo 9.° da lei relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres, no que se refere ao emprego e à licença de maternidade [4] (a seguir «lei relativa à igualdade de tratamento»).

A empresa pediu que o juiz negasse provimento ao pedido, porque a trabalhadora, contratada por seis meses, não tinha informado de que estava grávida nem que o parto ocorreria em Novembro. E isso foi o que fez o Retten de Århus na sentença de 14 de Janeiro de 1997.

6. Em recurso, o Vestre Landsret concedeu uma indemnização a M. Brandt-Nielsen por considerar provado que a gravidez tinha sido a causa do despedimento. Teve em conta que nem os trabalhos preparatórios anteriores à adopção da lei relativa à igualdade de tratamento nem a jurisprudência do Tribunal de Justiça sustentam a tese de que os trabalhadores temporários não estão protegidos, e considerou que não tinha relevância o facto de M. Brandt-Nielsen conhecer o seu estado e de não poder cumprir as obrigações laborais na sua totalidade.

II — As questões prejudiciais

7. Em Setembro de 1998, a empresa interpôs recurso dessa sentença no Højesteret, que, antes de decidir, submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE [...] e/ou o artigo 10.° da Directiva 92/85/CEE [...], ou outras disposições das referidas directivas ou o direito comunitário em geral, opõem-se a que uma trabalhadora seja despedida devido à gravidez, quando:

(i) a interessada foi contratada para um emprego temporário por um período de tempo limitado;

4 — Lei n.° 161, de 12 de Abril de 1978 (lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v.).

(ii) a trabalhadora, sabendo que estava grávida, não informou a entidade patronal; e

(iii) a gravidez implicava que a trabalhadora não podia trabalhar durante uma parte considerável do período do contrato?

2) Tem importância para a resposta à questão 1 o facto de a trabalhadora ter sido contratada por uma grande empresa que recorre com frequência à contratação de trabalhadores temporários?»

III — As disposições comunitárias

8. A Directiva 76/207 faz parte da acção da Comunidade destinada a concretizar o 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. Nos termos do artigo 5.°, n.° 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.»

9. A Directiva 89/391/CEE[5], destinada a melhorar a segurança e a saúde dos trabalhadores, é uma directiva-quadro que serviu de base a directivas específicas que cobrem os riscos no local de trabalho. O artigo 15.° dispõe que os grupos sujeitos a riscos especialmente sensíveis devem ser protegidos contra os perigos que os afectam especificamente.

10. Considerando que as trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes devem ser consideradas, sob diversos pontos de vista, um grupo de risco especialmente sensível e que devem ser tomadas medidas no que respeita à sua saúde e segurança, o Conselho adoptou a Directiva 92/85, que tem como finalidade a sua protecção enquanto estiverem nessas circunstâncias.

Perante o risco de serem despedidas por motivos relacionados com o seu estado, que pode ter efeitos prejudiciais no seu estado físico e psíquico, a directiva prevê, no

5 — Directiva do Conselho, de 12 de Junho de 1989, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho (JO L 183, p. 1).

artigo 10.°, n.° 1, uma proibição nos seguintes termos:

«1) Os Estados-Membros tom[arão] as medidas necessárias para proibir que as trabalhadoras [...] sejam despedidas durante o período compreendido entre o início da gravidez e o termo da licença de maternidade [...] salvo nos casos excepcionais não relacionados com o estado de gravidez admitidos pelas legislações e/ou práticas nacionais e, se for caso disso, na medida em que a autoridade competente tenha dado o seu acordo.»

IV — A legislação dinamarquesa

11. A lei relativa à igualdade de tratamento transpôs para o direito nacional a Directiva 76/207, e a Lei n.° 412, de 1 de Junho de 1994, fez o mesmo em relação à Directiva 92/85.

12. Por força do artigo 9.° da lei relativa à igualdade de tratamento, o empregador não pode despedir um trabalhador pelo facto de ter utilizado o seu direito a uma licença ou por outros motivos ligados à gravidez, ao período pós-parto ou à adopção.

13. Segundo o artigo 16.° da mesma lei:

«1. Se um trabalhador for despedido em violação do artigo 9.°, o despedimento será anulado se tal for requerido, a menos que, em casos especiais, após uma ponderação dos interesses das partes se considerar manifestamente injustificado impor a manutenção ou o restabelecimento da relação de trabalho.

2. Se um trabalhador for despedido em violação do artigo 9.° e o despedimento não for anulado, o empregador deverá pagar uma indemnização ao trabalhador.

[...]

4. Se for efectuado um despedimento em caso de gravidez, maternidade ou adopção, incumbe ao empregador fazer a prova de que o despedimento não teve como fundamento qualquer destas circunstâncias.»

V — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

14. Apresentaram observações escritas neste processo, no prazo fixado para esse efeito pelo artigo 20.° do Estatuto (CE) do

Tribunal de Justiça, tanto a recorrente como a recorrida no processo principal, o Órgão de Fiscalização da Associação Europeia de Comércio Livre (EFTA)[6] e a Comissão.

Na audiência, que teve lugar em 29 de Março de 2001 compareceram, a fim de apresentar alegações, o representante da recorrente e o da recorrida, o agente do Órgão de Fiscalização da EFTA e o da Comissão.

IV — Exame das questões prejudiciais

A. *A primeira questão*

15. A pergunta é relativa à procedência do despedimento de M. Brandt-Nielsen e a sua possível justificação.

16. A empresa recorrente no processo principal alega que as directivas em questão não abrangem o despedimento devido à gravidez nas circunstâncias em que se encontrava a trabalhadora e apenas quando o contrato é por tempo indeterminado é que a recusa de contratação de uma mulher grávida ou o seu despedimento infringem o direito comunitário. Em sua opinião, o princípio da igualdade de tratamento não pode ser extensivo a uma relação laboral por tempo determinado em que a ausência da trabalhadora por causa da licença de maternidade tem uma importância absoluta, por dificultar a realização das obrigações objecto do contrato. Do mesmo modo, o facto de a trabalhadora ocultar o seu estado no momento da contratação tem uma importância fundamental nos contratos por tempo determinado.

Alega que as circunstâncias que rodearam o despedimento de M. Brandt-Nielsen ficam fora do âmbito de aplicação da Directiva 92/85, legislação que não pode justificar, em nenhum caso, a imposição unilateral de obrigações a um empregador.

17. A trabalhadora expõe que o seu despedimento foi devido à gravidez e considera-o uma discriminação directa em razão do sexo. Os inconvenientes que a licença de maternidade implica para o empregador não são mais onerosos numa relação laboral por tempo determinado do que numa por tempo indeterminado e não justificam a discriminação. Nenhuma das duas directivas cuja interpretação é pedida estabelece diferenças relativamente ao período do contrato e a protecção que proporcionam

6 — Nos termos do terceiro parágrafo do artigo 20.º do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, modificado devido à declaração da Comunidade Europeia relativa aos direitos dos Estados da EFTA perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, anexa à acta final do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (JO 1994, L 1, p. 523 e segs., especialmente, p. 567).

também não está limitada em função de as trabalhadoras terem cumprido um período mínimo de actividade.

Em seu entender, o custo ligado à licença de maternidade deve estar a cargo do empregador que, no caso em apreço, deveria suportar uma ausência menor do que a correspondente se o contrato tivesse sido celebrado por tempo indeterminado. Afirma que tencionava continuar o seu trabalho até dar à luz e que, como o parto ocorreu em 13 de Novembro de 1995, se não tivesse sido despedida, teria podido trabalhar quatro dos seis meses. Considera que o facto de conhecer o seu estado quando foi contratada é irrelevante, já que a obrigação mútua de boa fé entre as partes não implica tacitamente para a trabalhadora a obrigação de comunicar esse facto ao empregador no momento da contratação.

18. O Órgão de Fiscalização da EFTA é de opinião de que a Directiva 92/85, dedicada exclusivamente à protecção da trabalhadora grávida, contém normas mais concretas do que a Directiva 76/207, em matéria de protecção contra o despedimento e de garantia dos direitos inerentes ao contrato de trabalho. Também é mais específica, mais pormenorizada e mais recente. Por estas razões inclina-se por examinar as questões submetidas à luz da Directiva 92/85, cujo artigo 10.° impõe várias condições para que se possa proceder ao despedimento. Estas questões são cumulativas e difíceis de reunir e não estão preenchidas no despedimento de M. Brandt-Nielsen.

Órgão de Fiscalização da EFTA considera que o legislador quis conceder uma protecção reforçada às trabalhadoras grávidas e que nada leva a pensar, na exposição de motivos nem no articulado, que todas as trabalhadoras, independentemente do período dos seus contratos, não devam gozar da mesma protecção.

A título subsidiário, o Órgão de Fiscalização da EFTA examina os factos à luz da Directiva 76/207, partindo da base de que o despedimento foi ocasionado pela gravidez. Por esta razão, M. Brandt-Nielsen foi vítima de uma discriminação directa em razão do sexo, que não pode ser justificada pelo encargo financeiro que a licença de maternidade possa representar para o empregador nem pela circunstância de que a trabalhadora não informou do seu estado no momento da contratação.

19. A Comissão alega que tanto a Directiva 76/207 como a Directiva 92/85 são aplicáveis a este processo, já que não distinguem entre contratos de trabalho celebrados por tempo indeterminado ou por tempo determinado. Depois de fazer uma interpretação conjugada de ambas as directivas, alega que um despedimento como o que sofreu a trabalhadora é uma discriminação directa contrária ao artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 76/207, que não pode ocorrer, por força do artigo 10.° da Directiva 92/85, durante o período de protecção da gravidez. Nenhuma das circunstâncias que concorre-

ram para o despedimento, adiantadas pelo órgão jurisdicional, é relevante para modificar tal apreciação.

20. O Tribunal de Justiça vê-se confrontado, mais uma vez, com questões prejudiciais provenientes do Reino da Dinamarca nas quais se coloca em relevo o tratamento laboral que têm nesse Estado as trabalhadoras grávidas. Posso citar como exemplos: B. Hertz, despedida um ano depois da licença de maternidade, devido às ausências motivadas por uma doença que teve a sua origem no parto [7]; H. Larsson, despedida imediatamente depois da licença de maternidade, porque estava em situação de incapacidade laboral por uma doença originada pelo parto, que já a tinha impedido de trabalhar durante mais de quatro meses, antes de dar à luz [8]; B. Høj Pedersen, B. Andresen e P. Sørensen, a quem, ao ficarem incapacitadas para trabalhar devido a doença ocasionada pelo parto, deixaram de receber a totalidade do salário a que têm direito os trabalhadores doentes por outro motivo; e T. Pedersen, empregada de um odontólogo que suspendeu o seu contrato de trabalho e o vencimento quando teve conhecimento de que, devido às complicações que lhe causava a gravidez, o obstetra só a autorizava a trabalhar a tempo parcial [9]. M. Brandt-Nielsen parece destinada a aumentar a tradição.

21. A questão do Højesteret faz referência à Directiva 76/207 e à Directiva 92/85. Creio que, no presente processo, tanto a aplicação de uma como da outra conduzirão, por caminhos diferentes, ao mesmo resultado.

22. O Tribunal de Justiça teve de interpretar com frequência a Directiva 76/207 em situações factuais em que se dificultava ou se impedia o acesso ao trabalho das mulheres [10] ou em que as condições laborais que se lhes ofereciam eram discriminatórias [11]. Dentro deste capítulo merece especial menção a diferença de tratamento de que é vítima a trabalhadora grávida em relação ao acesso ao emprego e às condições laborais. Como ficará demonstrado durante a minha exposição, o Reino da Dinamarca não tem a exclusividade em situações de discriminação da mulher no meio laboral.

23. De acordo com a reiterada jurisprudência do Tribunal de Justiça, resulta das disposições da Directiva 76/207 que o despedimento de uma trabalhadora por causa da sua gravidez constitui uma discriminação directa em razão do sexo [12]. O órgão jurisdicional que submeteu as ques-

7 — Acórdão de 8 de Novembro de 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, dito «Hertz» (C-179/88, Colect., p. I-3979).

8 — Acórdão de 29 de Maio de 1997, Larsson (C-400/95, Colect., p. I-2757).

9 — Estes factos foram objecto do processo C-66/96, resolvido pelo acórdão de 19 de Novembro de 1998, Høj Pedersen e o. (Colect., p. I-7327).

10 — Como se demonstrou, por exemplo, nos acórdãos de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann (14/83, Recueil, p. 1891), e Harz (79/83, Recueil, p. 1921); e de 11 de Janeiro de 2000, Kreil (C-285/98, Colect., p. I-69).

11 — Posso dar como exemplos os acórdãos de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall (152/84, Colect., p. 723); de 12 de Julho de 1990, Foster e o. (C-188/89, Colect., p. I-3313); 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 3 de Fevereiro de 1994, Minne (C-13/93, Colect., p. I-371).

12 — Esta afirmação figura, pela primeira vez, no acórdão Hertz, citado na nota 7 *supra*, n.º 13.

tões prejudiciais tem conhecimento desta interpretação, mas pergunta se as circunstâncias em que ocorreu a contratação de M. Brandt-Nielsen justificam que se chegue a uma solução diferente. Examinarei separadamente essas circunstâncias.

a) O contrato de trabalho celebrado por tempo determinado

24. Os processos resolvidos até agora pelo Tribunal de Justiça em que a causa directa de despedimento de uma trabalhadora foi a gravidez foram dois. Em ambos, o contrato tinha sido celebrado por tempo indeterminado e o Tribunal de Justiça assim o sublinhou no seu raciocínio [13].

25. No primeiro caso, G. Habermann-Beltermann, auxiliar de clínica, diplomada em geriatria, celebrou um contrato pelo qual se obrigava a trabalhar de noite como prestadora de cuidados num lar para a terceira idade. Dias depois de começar o seu trabalho, esteve de baixa mais de um mês por doença e o médico certificou que quando celebrou o contrato de trabalho estava grávida há doze dias. O empregador invocando o n.º 1 do artigo 8.º da lei relativa à protecção da maternidade, que proíbe às trabalhadoras grávidas a prestação de trabalho nocturno, comunicou-lhe que considerava o contrato nulo.

O Tribunal de Justiça declarou que a ruptura de um contrato de trabalho por motivo da gravidez da trabalhadora, quer resulte de uma declaração de nulidade ou de uma impugnação, apenas diz respeito às mulheres e constitui, portanto, uma discriminação directa baseada no sexo [14]. Depois de salientar que a desigualdade de tratamento não se baseava directamente na gravidez da trabalhadora, mas na proibição legal do trabalho nocturno que está ligada a tal situação, destacou que as questões prejudiciais se relacionavam com um contrato por tempo indeterminado e que, portanto, a proibição do trabalho nocturno das mulheres grávidas só produzia efeitos durante um período limitado em relação à duração total do contrato.

26. No segundo caso, C. Webb tinha sido contratada com um período de estágio de três meses. Durante a entrevista prévia foi informada de que o lugar estava vago porque a Sr.ª Stewart, outra empregada da mesma secção, estava grávida. Esta empregada tinha a intenção de continuar a trabalhar até ao final do ano e voltar ao

13 — Jacqmain, J.,: «Pregnancy as Grounds for Dismissal», *Industrial Law Journal*, 1994, pp. 355 a 359, especialmente, p. 356: «However, both the *Haberman* and the *Webb* judgments are surprising because of the importance accorded by the Court of Justice to the *duration of the contract of employment*.»

14 — Acórdão de 15 de Maio de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Colect., p. I-1657, n.º 15).

seu lugar depois da licença de maternidade, sem que este regresso implicasse a rescisão da relação laboral de C. Webb, que, para poder fazer essa substituição necessitava de um período de formação de seis meses. Duas semanas depois de ter começado a trabalhar, C. Webb apercebeu-se de que também estava grávida, circunstância que levou o empregador a comunicar-lhe o despedimento mediante uma carta em que dizia que, ao não ter comunicado na altura que estava grávida, não tinha outra alternativa senão pôr termo ao contrato.

No acórdão, o Tribunal de Justiça salientou que, numa situação como a de C. Webb, a resolução de um contrato celebrado por tempo indeterminado, devida à gravidez da trabalhadora não pode justificar-se pelo facto de a empregada se encontrar, a título meramente temporário, impedida de efectuar o trabalho para o qual foi contratada [15].

27. A empresa Tele Danmark apoia-se nesta jurisprudência para sustentar que o Tribunal de Justiça quis fazer uma clara diferença entre os contratos celebrados por tempo indeterminado e os celebrados por tempo determinado, para efeitos de aplicar o princípio da igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras [16].

Em minha opinião, trata-se de uma interpretação errada da jurisprudência, demasiado fiel à redacção da formulação do Tribunal de Justiça [17]. É um facto, como acabo de referir, que o Tribunal de Justiça fez estas afirmações no passado. Mas, ao fazê-las, limitava-se a tomar em consideração o contexto factual de cada processo, sem fazerem julgamento prévio no sentido de que, quando a duração do contrato fosse por tempo indeterminado em vez de por

15 — Acórdão de 14 de Julho de 1994, Webb (C-32/93, Colect., p. I-3567, n.º 27).

16 — Esta empresa não é, naturalmente, a única a pensar deste modo. Uma boa parte da doutrina que se ocupou deste tema já referiu que faria esta interpretação dos acórdãos. Veja-se, por exemplo: McGlynn, C.M.S.,: «Webb v EMO: A Hope for the future?», *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1995, pp. 50 a 62, v., especialmente, p. 59: «Although the decision in Webb is itself condemnatory of the dismissal of pregnant women, it would appear to leave the issue open to continued argument, particularly in respect of women employed for a fixed term»; Szyszczak, E.,: «'The Status to be accorded to Motherhood': processo C-32/93, Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd», *The Modern Law Review*, 1995, pp. 860 a 866, especialmente, p. 861; Napier, B.,: «*Webb* in Europe», *New Law Journal*, 1994, vol. 144, p. 1020: «What if there had been a fixed-term contract?»; e *Revue de jurisprudence sociale*, 2000, p. 413, «Saliente-se que só a contratação mediante contrato por tempo indeterminado é referida por esta solução [...] Pode-se pensar que a solução teria sido diferente se se tratasse de um contrato por tempo determinado».

17 — Este foi, contudo, o sentido do acórdão proferido pela House of Lords nos termos do acórdão do Tribunal de Justiça, que figura na base de dados «Decisões nacionais» do Tribunal de Justiça, referência QP/02459-P1. Busby, N.,: «The Unequal Treatment of Pregnant Workers: Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd (N.º 2)», *The Juridical Review*, 1996, pp. 156-159, especialmente p. 156, «In a strict and narrow application of the preliminary ruling of the European Court of Justice [...] the House of Lords has distinguished the rights of pregnant women engaged on fixed-term contracts from those of women engaged on indefinite or open-ended contracts.» The scenario was distinguished «in order to avoid a situation likely to 'be perceived as unfair to employers and as tending to bring the law on sex discrimination into disrepute'».

tempo determinado, a solução deveria ser diferente [18].

28. Este parecer baseia-se em várias razões. Em primeiro lugar, o articulado da Directiva 76/207 estabelece o 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, sem fazer distinção entre contratos por tempo indeterminado e por tempo determinado.

Em segundo lugar, uma vez que o Tribunal de Justiça deu por assente que o despedimento de uma trabalhadora devido à sua gravidez constitui uma discriminação directa em razão do sexo, tanto é discriminatório um despedimento quando a relação laboral é por tempo indeterminado como por tempo determinado.

Em terceiro lugar, se se excluir o trabalho por tempo determinado do âmbito de aplicação da Directiva 76/207, uma parte importante das relações laborais não seria abrangida pelo princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, no que se refere ao acesso ao emprego e às condições de trabalho, o que privaria a directiva de uma boa parte do seu efeito útil e, além disso, incentivar-se-ia a contratação por tempo determinado, porque o nível de protecção das trabalhadoras poderia ser mais reduzido.

Por último, no acordo-quadro da Confederação Europeia dos Sindicatos, da União das Confederações da Indústria e dos Empregadores da Europa e do Centro Europeu das Empresas Públicas sobre o trabalho a termo [19], a cláusula 4, dedicada ao princípio da não discriminação, estabelece, no seu n.º 1, que, no que diz respeito às condições de emprego, os trabalhadores contratados a termo não poderão ter tratamento menos favorável do que os trabalhadores permanentes numa situação comparável, pelo simples facto de os primeiros terem um contrato a termo, salvo se razões objectivas justificarem um tratamento diferente [20]. Não há dúvida de que as circunstâncias em que ocorre o despedimento fazem parte das condições de trabalho e que a gravidez não é nenhuma razão objectiva que possa justificar um trata-

18 — Lousada Arochena, J. F.,: «La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse», *Revista del Poder Judicial*, 1999, n.º 54, pp. 563 a 586, especialmente p. 570: «Tanto o caso Habermann-Beltermann, como o caso Webb, feriram, com razão, algumas susceptibilidades, ao fazer finca-pé no facto de serem contratos por tempo indeterminado: Por acaso a decisão seria diferente se fossem contratos por tempo determinado? Espero que o Tribunal de Justiça, se chegar o momento, não deve ter em conta uma numa circunstância que, em boa dogmática, é irrelevante»; e Boch, Ch.,: *Common Market Law Review*, 1996, pp. 547 a 567, especialmente p. 560, «This distinction — fixed term/ /indefinite term — is at odds with the reasoning of the Court elsewere in the judgment.»

19 — Este acordo-quadro foi celebrado em 18 de Março de 1999 entre as organizações interprofissionais de carácter geral. A sua aplicação realizou-se através da Directiva 1999/70/ /CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999 (JO L 175, p. 43).

20 — O prazo para adaptação do direito interno às disposições da Directiva 1999/70 termina em 10 de Julho de 2001.

mento diferente entre trabalhadores permanentes e temporários.

b) A trabalhadora conhece o seu estado no momento da contratação e não o comunica ao empregador

29. A Directiva 76/207 não contém qualquer disposição a este respeito, ao passo que a Directiva 92/85 define, no seu artigo 2.°, alínea a), a trabalhadora grávida: toda a trabalhadora grávida que informe o empregador do seu estado, em conformidade com as legislações e/ou práticas nacionais [21].

Segundo informa a Comissão nas suas observações escritas, de acordo com o artigo 7.° da lei relativa às relações jurídicas entre empresários e empregados («funktionærlov»), a empregada grávida é obrigada, a fim de facilitar ao empregador a planificação do trabalho, a informá-lo, pelo menos três meses antes da data prevista para o parto, do momento em que pretende iniciar a sua licença de maternidade.

30. O Højesteret no relato dos factos que fez nos autos não consta que a trabalhadora não cumpriu a obrigação de informar do seu estado o empresário, de acordo com a lei nacional. Assim, deduzo que a queixa da empresa relativa à falta de informação no momento da contratação significa que, se tivesse sabido que a candidata estava grávida, não lhe tinha proposto o emprego.

31. Deste modo, por força do artigo 3.°, n.° 1, da Directiva 76/207, a aplicação do princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo nas condições de acesso a postos de trabalho.

32. O Tribunal de Justiça afirmou, no acórdão Dekker [22], que a recusa de contratação por motivo de gravidez só pode ser feita às mulheres e constitui, assim, uma discriminação directa em razão do sexo.

33. No acórdão Mahlburg [23] reafirmou que a aplicação das disposições relativas à protecção da mulher grávida não pode ter como consequência um tratamento desfavorável no que respeita ao acesso ao emprego de uma mulher grávida, pelo que não permite a uma entidade patronal recusar contratar uma candidata grávida

21 — Relativamente a esta formalidade, Jacqmain, J.,: *op. cit.*, p. 358, pergunta-se: «Is it possible that a visibly pregnant woman who does nothing to inform her employer of her pregnancy is not protected?».

22 — Acórdão de 8 de Novembro de 1990 (C-177/88, Colect., p. I-3941, n.° 12).

23 — Acórdão de 3 de Fevereiro de 2000 (C-207/98, Colect., p. I-549, n.° 27).

pelo facto de uma proibição de prestação de trabalho devida a essa gravidez a impedir de a colocar, de imediato e pela duração da gravidez, no lugar a preencher por tempo indeterminado.

34. Embora, de acordo com a Directiva 76/207, a gravidez não seja um factor que possa ser tomado em conta na hora de contratar uma mulher e a recusa de a contratar devido ao seu estado constitua uma discriminação directa em razão do sexo, considero que o empregador não tem legitimidade para perguntar à trabalhadora se está grávida. O contrário, além de representar uma intromissão no direito à intimidade da trabalhadora, equivaleria a impedir seriamente o acesso ao mercado laboral da mulher grávida.

O empregador não poderá, portanto, alegar esta omissão de informação para justificar o despedimento posterior da trabalhadora.

c) A impossibilidade de trabalhar durante uma parte significativa do contrato

35. O acórdão Dekker examinou os prejuízos económicos que a licença de maternidade pode acarretar para a empresa. No litígio principal, o empregador recusou-se a contratar uma mulher grávida, alegando que, nos termos da legislação neerlandesa, não poderia obter da sua seguradora o reembolso da retribuição da trabalhadora durante o período de licença de maternidade e que, se contratasse um substituto, seria obrigado a pagar-lhe com os seus próprios fundos. Creio que as consequências económicas que teria suportado o empregador neerlandês, pagando duas retribuições durante todo esse período, eram de maior envergadura do que os prejuízos que teria sofrido a Tele Danmark.

Contudo, o Tribunal de Justiça declarou não só que a recusa de contratação devida à gravidez constitui uma discriminação directa em razão do sexo, mas também que a recusa de contratação fundamentada nas consequências económicas do período de licença de maternidade se baseia essencialmente na gravidez. Essa discriminação não pode ser justificada por motivos assentes no prejuízo financeiro sofrido pela entidade patronal durante esse período, em caso de contratação de uma mulher grávida [24]. No acórdão Mahlburg acrescentou que a mesma solução se impõe relativamente ao prejuízo financeiro provocado pelo facto de a mulher contratada não poder ocupar, durante o período da gravidez, o lugar em causa [25].

36. O acórdão Webb abordou também, como motivo de despedimento, a incapacidade de a mulher cumprir uma das condi-

24 — Acórdão já referido na nota 22 *supra*, n.° 12.
25 — Acórdão já referido na nota 23 *supra*, n.° 29.

ções essenciais do seu contrato de trabalho. Afirmou, a este respeito, que a disponibilidade do assalariado é para a entidade patronal uma condição essencial para a boa execução do contrato de trabalho, mas que a protecção garantida pelo direito comunitário à mulher durante a gravidez e após o parto não pode depender da questão de saber se a presença da interessada, durante o período correspondente à maternidade, é indispensável ao bom funcionamento da empresa em que se encontra empregada. Uma interpretação contrária privaria de qualquer efeito útil as disposições da Directiva 76/207 [26].

37. Estou de acordo com esta apreciação do Tribunal de Justiça. Uma interpretação da directiva em sentido contrário teria como consequência que a gravidez, que é normalmente acompanhada de uma ausência mais ou menos prolongada da trabalhadora, poderia justificar a recusa de contratar uma mulher ou o seu despedimento posterior.

38. O empregador parece partir da base de que os dois primeiros meses, que a empregada ia passar em período de estágio, não fazem parte do seu trabalho. Contudo, foi ele próprio quem impôs que, dos seis meses do contrato, dois seriam dedicados à formação. Assim, não pode alegar validamente que M. Brandt-Nielsen trabalhou só poucos dias quando, na realidade, esteve na empresa até final de Setembro e não continuou porque foi despedida.

Quanto ao momento de iniciar a sua licença de maternidade, a empregada declarou que estava disposta a trabalhar até uma data muito próxima do parto, que ocorreu em meados de Novembro. Não sei se teria podido fazê-lo, porque não conheço profundamente a legislação dinamarquesa a este respeito nem a convenção colectiva aplicável à empresa. Mas a Directiva 92/85 não o teria impedido, já que, de acordo com o artigo 8.º, a licença de maternidade de, pelo menos, catorze semanas consecutivas, deve incluir uma licença de maternidade de, pelo menos, duas semanas, repartidas antes e/ou depois do parto.

Tendo em conta que o despedimento ocorreu bastante tempo antes de dar à luz, é impossível saber quando teria iniciado M. Brandt-Nielsen a licença de maternidade, dado que resultaria essencial para julgar se, na prática, deixou de trabalhar durante uma parte significativa do contrato.

39. Além disso, como o salienta a Comissão, os efeitos da licença de maternidade não há têm maior importância num contrato de duração por tempo determinado do que num por tempo indeterminado. Sabe-se que, nas últimas décadas, as empresas recorrem com maior frequência ao emprego temporário; os contratos de duração por tempo determinado tendem a ser

26 — Acórdão já referido na nota 15 *supra*, n.º 26.

renovados e perderam grande parte do estigma de emprego precário que os caracterizou inicialmente [27].

As circunstâncias em que M. Brandt-Nielsen foi empregada, isto é, um contrato de seis meses dois dos quais dedicados à formação, levam-me a pensar que havia possibilidades de ser renovado, uma ou mais vezes, já que dois meses de formação de um trabalhador são um investimento importante para uma empresa. Assim, não vejo nenhuma razão para que, se não houvesse despedimento fulminante, a trabalhadora, que já tinha sido formada, não pudesse continuar empregada na empresa, com o novo contrato temporário, uma vez terminada a sua licença de maternidade.

40. Considero, portanto, que o artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 76/207, conjugado com o artigo 5.°, n.° 1, se opõem a que uma trabalhadora grávida empregada por tempo determinado, que não comunicou o seu estado à empresa quando esta a contratou, apesar de conhecê-lo, seja despedida porque a gravidez a vai impedir de cumprir plenamente as suas obrigações laborais.

41. Falta-me examinar os dados descritos à luz do artigo 10.°, n.° 1, da Directiva 92/85, que obriga os Estados-Membros a proibir o despedimento das trabalhadoras durante o período compreendido entre o início da gravidez e o termo da licença de maternidade, salvo nos casos excepcionais e não relacionados com o estado de gravidez admitidos pelas legislações e/ou pelas práticas nacionais, na medida em que a autoridade competente tenha dado o seu acordo.

42. O Tribunal de Justiça observou no acórdão Webb que, tendo em conta o risco que um eventual despedimento implica para a condição física e psíquica das trabalhadoras grávidas, incluído o risco grave de incitar a trabalhadora grávida a interromper voluntariamente a gravidez, o legislador comunitário previu, no artigo 10.° da Directiva 92/85, uma protecção

27 — Moore, S.,: «Sex, Pregnancy and Dismissal», *European Law Review*, 1994, pp. 653 a 660, especialmente, p. 659, «Nevertheless, in the light of the unequivocal ruling of the Court of Justice that detrimental action taken against a woman on the grounds of her pregnancy constitutes direct discrimination on grounds of sex, it now seems difficult to distinguish in law between women employed pursuant to indeterminate contracts, such as Ms. Webb, and women employed pursuant to determinate contracts [...] In each case, the woman's inability to perform her contract of employment is essentially due to her pregnancy, however fundamental that inability may be in relation to the terms of the contract.»

particular para a mulher [28], estabelecendo a proibição de despedimento durante o período compreendido entre o início da gravidez e o termo da licença de maternidade [29].

43. Observo, em primeiro lugar, que o articulado desta directiva não faz qualquer distinção entre os contratos celebrados por tempo indeterminado e os contratos por tempo determinado. E não é que o legislador comunitário não pondere as especificidades que representa o trabalho temporário numa comunidade em que, como refere o Órgão de Fiscalização da EFTA, há uma reflexão permanente sobre os meios mais aptos a flexibilizar o mercado do emprego.

Contudo, a única disposição que contempla um tratamento diferenciado, mas que não interessou o juiz nacional, é o artigo 11.°, n.° 4, que permite aos Estados-Membros estabelecer, como condição para que a mulher possa receber uma retribuição ou uma prestação durante a licença de maternidade, um período de trabalho prévio que não pode ser mais de doze meses antes do parto.

44. Nem o Højesteret nem as partes que apresentaram observações neste processo apresentaram ao Tribunal de Justiça quais são os casos excepcionais não inerentes ao estado da trabalhadora admitidos pela legislação dinamarquesa que permitiriam despedi-la, apesar de estar grávida [30]. Penso que cumpriria esta condição, por exemplo, um despedimento devido a força maior, que impossibilitasse definitivamente a prestação de trabalho, ou um despedimento colectivo fundamentado em razões económicas, técnicas, organizativas ou de produção da empresa [31].

O que resulta claro é que não devem ser inerentes ao estado da trabalhadora. E o despedimento de M. Brandt-Nielsen é devido, precisamente, à sua gravidez.

45. Portanto, há que declarar que o artigo 10.° da directiva também se opõe a um despedimento realizado nas circunstâncias anteriormente descritas.

28 — Protecção de que estão bem necessitadas, a julgar pela notícia publicada no jornal *El País*, de 19 de Março de 2001: uma jogadora de andebol profissional viu rescindido o seu contrato ao comunicar ao clube que está grávida. Segundo parece, o seu contrato incluía uma cláusula que especificava que a gravidez era motivo de rescisão. Em 23 de Março seguinte, no mesmo jornal, aparece a notícia de que a jogadora teve um aborto espontâneo em consequência, possivelmente, por ter jogado uma partida de competição estando grávida de dois meses.

29 — Acórdão já referido na nota 15 *supra*, n.° 21.

30 — Na audiência, tanto o representante da Tele Danmark como o de M. Brandt-Nielsen estiveram de acordo, ao responder à pergunta que lhes formulei, no sentido de que a legislação dinamarquesa não regulamenta as situações concretas em que pode admitir-se o despedimento de uma trabalhadora grávida, e que os tribunais decidem em função das circunstâncias que ocorram em cada caso.

31 — Gorelli Hernández, J.,: «Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia», *CIVITAS Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1999, n.° 97, pp. 729 a 768, especialmente, p. 764, é de opinião que o artigo 10.° da Directiva 92/85 não impede o despedimento disciplinar de uma trabalhadora grávida que deixasse de cumprir de forma grave e com culpa as suas obrigações, sempre e quando o incumprimento não seja justificado pela sua situação.

B — *A segunda questão*

46. A seguir, o Højesteret pretende saber se o facto de M. Brandt-Nielsen ter sido contratada por uma grande empresa, que recorre com frequência ao emprego de trabalhadores temporários, tem alguma influência na resposta à primeira questão.

47. As partes que apresentaram observações neste processo estão de acordo que se deve responder negativamente a esta questão.

A recorrente considera que seria inaceitável que o regime jurídico variasse em função da dimensão da empresa, a que cabe acrescentar a dificuldade que representaria a delimitação da dimensão e os problemas que se originariam se as trabalhadoras na mesma situação pudessem beneficiar de um grau de protecção diferente em função da dimensão da empresa em que estivessem empregadas. A recorrida e a Comissão estão de acordo no sentido de que este factor só deve ser tomado em consideração quando o objectivo que se prossegue ao recorrer à contratação temporal é eludir as normas que conferem direitos aos trabalhadores. Caso contrário, há que entender que é irrelevante na resposta que propõem para a primeira questão.

48. Concordo com estas opiniões. Em primeiro lugar, nem o articulado da Directiva 76/207, nem o princípio da igualdade de tratamento, nem o articulado da Directiva 92/85, sobre a melhoria da segurança e da saúde da trabalhadora na sua função de mãe, estabelecem qualquer diferença nos seus âmbitos de aplicação segundo a dimensão da empresa empregadora. Como muito bem refere o Órgão de Fiscalização da EFTA, apenas o terceiro considerando da Directiva 92/85 invoca a imposição do artigo 118.°-A do Tratado CE [32], nos termos do qual as directivas devem evitar impor disciplinas administrativas, financeiras e jurídicas tais, que sejam contrárias à criação e desenvolvimento de pequenas e médias empresas. Dado que a Tele Danmark é uma grande empresa, esta restrição não pode ser-lhe aplicada [33].

49. O mesmo há que dizer relativamente ao facto de a empresa que despediu uma trabalhadora grávida, com a qual celebrou um contrato por tempo determinado, recorrer com frequência a esse tipo de contratação. Como já o referi ao examinar os

32 — Como consequência das alterações levadas a cabo pelo Tratado de Amesterdão, essa disposição figura agora no artigo 137.°, n.° 2, CE.

33 — Boch, Ch.,: *op. cit.*, p. 561, destaca: «the preamble to the Pregnancy Directive which the Court relies upon, also refers, in its third recital, to the need to avoid imposing administrative, financial and legal constraints in a way which would hold back the creation and development of small and medium-sized undertakings. Presumably, Air Cargo Ms Webb's employer, with 16 employees, falls within the SME category, yet the Court made no reference to this recital».

efeitos que podia ter a duração temporária do trabalho na aplicação de ambas as directivas, nenhuma delas estabelece diferenças por esse motivo.

E também não resulta dos documentos juntos aos autos que a finalidade prosseguida pela Tele Danmark, ao recorrer preferencialmente à contratação temporária, seja a de eludir determinadas normas que reconhecem direitos aos trabalhadores.

50. Portanto, esta questão deve obter, em minha opinião, uma resposta negativa.

VII — Conclusão

51. Nos termos das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda ao Højesteret (Dinamarca) do seguinte modo:

«1) O artigo 2.°, 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, conjugado com o artigo 5.°, n.° 1, e o artigo 10.° da Directiva 92/85/CEE 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) opõem-se a que uma

trabalhadora grávida contratada por tempo determinado, que não comunicou o seu estado à empresa quando foi contratada, apesar de o conhecer, seja despedida porque a gravidez a vai impedir de cumprir plenamente as suas obrigações laborais.

2) O facto de a trabalhadora ser contratada por uma empresa de grande dimensão que recorre com frequência à contratação de trabalhadores temporários é irrelevante para a resposta à primeira questão.»