CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 10 de Julho de 1997 *

1. O Sø- og Handelsret, tribunal marítimo e de comércio da Dinamarca, apresentou ao Tribunal de Justiça, ao abrigo do artigo 177.° do Tratado CE, uma questão prejudicial contendo várias hipóteses com vista a resolver quatro litígios que lhe foram submetidos e em que estão em causa os direitos das empregadas em matéria de trabalho durante a gravidez.

Antes de responder a esta questão, passaremos a expor a legislação nacional relevante e a matéria de facto dos quatro processos principais, seguindo as indicações contidas no despacho de reenvio.

A legislação nacional

A — *A lei n.° 516, de 23 de Julho de 1987, que regula as relações jurídicas entre empregadores e empregados*

2. A relação de trabalho das demandantes está sujeita à Lei n.° 516, de 23 de Julho de 1987, que regula as relações jurídicas entre empregadores e empregados (a seguir «lei dos empregados»), a que estão sujeitos um grande número de empregados do comércio e de escritório e que regula, entre outras matérias de direito do trabalho, o despedimento, a indemnização por despedimento, o incumprimento das obrigações dos empregadores e dos empregados, a baixa por doença, a protecção na gravidez e a licença de maternidade.

A situação jurídica das empregadas em caso de doença e de incapacidade para o trabalho por causa da gravidez e do parto rege-se também pela Lei n.° 639, de 17 de Julho de 1992, relativa à igualdade de remuneração entre homens e mulheres, que transpôs para o direito dinamarquês a Directiva 75/117/CEE [1] (a seguir «Directiva 75/117»); pela Lei n.° 244, de 19 de Abril de 1989, relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere, nomeadamente, ao emprego e à licença de maternidade, que adaptou o direito dinamarquês à Directiva 76/207/CEE [2] (a seguir «Directiva 76/207»), e pela Lei n.° 852, de 20 de Dezembro de 1989, sobre subsídio diário por motivo de

1 — Directiva do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remunerações entre os trabalhadores masculinos e femininos (JO L 45, p. 19, EE 05 F2 p. 52).

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).

* Língua original: espanhol.

doença ou de parto (a seguir «lei do subsídio diário»).

3. Na lei dos empregados, que, como se depreende do despacho de reenvio, é a aplicada às demandantes, a incapacidade para o trabalho por motivo de doença e as suas consequências são reguladas no seu § 5, cujo n.º 1 dispõe o seguinte. «No caso de um empregado, por virtude de doença, ficar impossibilitado de executar o seu trabalho, as faltas ao serviço daí derivadas são consideradas como impedimento legítimo do empregado, a menos que as circunstâncias provem que este provocou a sua doença intencionalmente ou com grave negligência, ou que quando da sua entrada em funções omitiu fraudulentamente que sofria da referida doença.»

O conceito de doença compreende qualquer dor ou afecção tanto corporal como psíquica que, em opinião do médico, impeça que o empregado preste o seu trabalho. Em caso de doença, o empregado recebe a totalidade do salário e o empregador tem direito ao reembolso do subsídio diário, prestação de segurança social a que o empregado teria tido direito.

4. O § 7 da lei dos empregados regula a situação laboral das empregadas em período de gravidez e de licença de maternidade. A empregada está obrigada a comunicar ao empregador, pelo menos três meses antes da data prevista para o parto, o momento em que pensa iniciar o período de licença de maternidade.

A primeira frase do n.º 2 deste § 7 estabelece que «no caso de gravidez de uma empregada, a entidade patronal é obrigada a pagar-lhe metade da remuneração durante cinco meses no período que vai desde o início da incapacidade para o trabalho, mas nunca antes dos três meses anteriores ao parto, até três meses após o mesmo.» A segunda frase acrescenta: «Idêntica obrigação se verifica no caso de a entidade patronal, mesmo que a empregada não esteja incapaz para o trabalho, considerar que não a pode pôr a trabalhar».

B — *A lei do subsídio diário*

5. Os trabalhadores assalariados têm direito a receber o subsídio diário em várias hipóteses:

— § 5: os «subsídios diários por doença» são concedidos quando o trabalhador está em situação de incapacidade total para o trabalho devida à sua doença;

— o § 12, n.º 1: os «subsídios diários de maternidade» são concedidos à mulher a partir da data em que se entende que faltam quatro semanas para o parto;

— o § 12, n.º 2: os «subsídios diários de maternidade antecipados» são pagos antes dessa data:

1) se, segundo atestado médico, a gravidez tem uma evolução patológica que comportaria, em caso de continuação da actividade profissional, um risco para a saúde da mãe ou do feto, ou

2) se o carácter específico do trabalho comporta um risco para o feto, ou quando as disposições legais em vigor obstam a que a mulher possa continuar a exercer as suas funções e o empregador não lhe tenha proposto outra ocupação apropriada.

Em caso de cessação da prestação de trabalho por causa da gravidez, parto ou adopção, é a comuna que paga o subsídio diário.

6. O órgão jurisdicional nacional precisa que a incapacidade para o trabalho devida à gravidez ou ao parto não confere os mesmos direitos salariais que a incapacidade para o trabalho por motivo de doença. Na prática, a incapacidade para o trabalho da mulher grávida pode dar lugar às seguintes situações:

— se a incapacidade para o trabalho não é causada pela gravidez e ocorre antes do período de licença de maternidade, é-lhe aplicável o § 5 da lei dos empregados e tem direito a receber a totalidade do salário;

— se a incapacidade para o trabalho é causada pela gravidez e ocorre antes dos três meses que precedem o parto, a empregada não tem direito a receber qualquer salário, mas sim ao subsídio diário;

— se a incapacidade para o trabalho ocorre dentro dos três meses que precedem a data

prevista para o parto, o empregador deve, por força do n.º 2 do § 7 da lei dos empregados, pagar-lhe metade do salário.

O órgão jurisdicional de reenvio acrescenta que a empregada é obrigada, a pedido do empregador, a justificar por meio de prova documental a sua incapacidade para o trabalho, que deve ter sido apreciada por um médico. Não é necessário que precise as causas da sua incapacidade para o trabalho, mas deve indicar se essa incapacidade está relacionada com a gravidez.

Os empregados gozam dos direitos conferidos pela lei do subsídio diário, além dos conferidos pela lei dos empregados.

C — *A circular n.º 191, de 27 de Outubro de 1994, relativa aos subsídios diários de doença e de maternidade, adoptada pela Sociale Ankestyrelse*

7. A circular n.º 191, de 27 de Outubro de 1994, relativa aos subsídios diários de doença e de maternidade (a seguir «circular n.º 191»), contém, no seu capítulo 8, em especial nos pontos 171, 172 e 175 [3], uma série de disposições de aplicação que regulam a concessão do subsídio diário antes das quatro semanas que precedem a data prevista para o parto. Estas disposições prevêem, na parte que nos interessa, o seguinte:

«171 : A mulher tem direito ao subsídio diário de maternidade antecipado quando, segundo parecer médico, o desenvolvimento da gravidez apresente um carácter patológico que comporte, no caso de continuação da actividade profissional, um risco para a saúde da mãe ou do feto. A título de exemplo referem-se o risco de aborto; a gravidez múltipla que comporta um aumento do risco de aborto ou de parto prematuro; a toxemia gravídica com hipertensão, albuminuria e/ou edema; os casos especiais de vómitos muito violentos e/ou frequentes que afectem o estado geral e conduzam à incapacidade para o trabalho; as hemorragias vaginais; o descolamento precoce da placenta; o prolapso pélvico, bem como as afecções psíquicas graves ligadas às gravidez, em especial os casos de sindroma de stress associado à gravidez com repercussões tão graves que possam considerar-se incluídos na noção de doença.»

O órgão jurisdicional nacional precisa que esta disposição corresponde à terceira hipótese da questão prejudicial.

«172 : Quando a mulher se encontre em situação de incapacidade total para o trabalho, é-lhe pago o subsídio diário de maternidade antecipado se a gravidez agravar consideravelmente uma doença (por exemplo,

3 — O órgão jurisdicional de reenvio afirma, no seu despacho, que o enunciado destes pontos corresponde ao dos pontos 90, 91 e 93 da circular n.º 5, de 22 de Março de 1990.

afecções das costas, cardíacas, dos pulmões ou dos rins) que, aliás, não tenha qualquer relação com a gravidez, ou se a gravidez dificultar o tratamento da doença.»

Este subsídio também será pago em caso de suspensão do trabalho devida à incapacidade por causa de aborto, inclusivamente por causa de interrupção voluntária da gravidez.

O órgão jurisdicional nacional indica que esta disposição corresponde à primeira e à segunda hipótese da questão prejudicial.

«175 : Em determinadas situações, não existirá qualquer direito a receber o subsídio diário, a saber, em presença de transtornos comuns próprios de um desenvolvimento normal da gravidez que não conduzam à incapacidade para o trabalho, tais como náuseas, mal-estar, vómitos, ligeira anemia ou ligeira hipertensão e quando a falta se justifica mediante um atestado médico em que se recomende repouso que não seja motivado pela existência de uma situação patológica propriamente dita ou de riscos especiais para o feto.»

O órgão jurisdicional nacional indica que esta disposição corresponde à quarta e à quinta hipótese da questão prejudicial.

8. O órgão jurisdicional nacional refere que alguns parceiros sociais estão em desacordo acerca da interpretação que deve ser dada às disposições da lei dos empregados que regulam a incapacidade para o trabalho por motivo de doença e a incapacidade para o trabalho por causa da gravidez. Os trabalhadores sustentam, a este respeito, que, em virtude das disposições do direito comunitário em matéria de igualdade de tratamento entre homens e mulheres, há que interpretar a lei dinamarquesa relativa aos empregados no sentido de que concede às mulheres o direito de receber a totalidade do salário mesmo no caso de a incapacidade para o trabalho decorrer da gravidez. Os empregadores, por seu lado, defendem a tese de que não é contrária ao direito comunitário uma interpretação desta lei no sentido de que nega às mulheres o direito de receber a totalidade do salário em caso de incapacidade para o trabalho causada pela gravidez, remetendo-as para o subsídio diário.

Matéria de facto dos processos pendentes no Sø- og Handelsret

9. Os litígios em que surgiu a questão prejudicial submetida ao Tribunal são quatro. Em todos, as demandantes são trabalhadoras por conta de outrem cuja relação de trabalho se

rege pela lei dos empregados. Todas sofreram transtornos durante o desenvolvimento da gravidez e estiveram incapacitadas para o trabalho, total ou parcialmente, conforme atestado médico, antes dos três meses que precediam a data prevista para o parto. Três foram suspensas da prestação de trabalho, sem direito a receber qualquer salário do empregador (primeiro, segundo e quarto processos), enquanto a última, cuja incapacidade parcial para o trabalho lhe teria permitido trabalhar com horário reduzido, foi suspensa do emprego sem retribuição, por o seu empregador considerar que não podia continuar a dar-lhe emprego. Os médicos tinham diagnosticado um prolapso pélvico (primeiro processo), um aborto iminente com risco para a saúde da interessada ou para a do feto (segundo e terceiro processos) e hypermesis gravidarum — vómitos incoercíveis de gravidez (quarto processo).

10. Os factos que resultam do despacho de reenvio são, no primeiro litígio, os seguintes: a demandante, Berit Høj Pedersen, tinha sido contratada como repositora pela demandada, que faz parte de uma cadeia de supermercados de âmbito nacional, em Dezembro de 1990. O seu trabalho consistia principalmente em ordenar as mercadorias, colocá-las nas prateleiras e efectuar diversas tarefas de carácter geral relacionadas com o estabelecimento.

A demandante ficou grávida em Maio de 1992. Esteve incapacitada para o trabalho entre 26 de Junho de 1992 e o momento do parto, que teve lugar em Fevereiro do ano seguinte, com um diagnóstico de prolapso pélvico. A demandada considerou que as faltas da trabalhadora se deviam à gravidez e não constituíam uma doença propriamente dita, pelo que deixou de lhe pagar o salário desde o momento em que apresentou o primeiro atestado médico.

Até três meses antes da data prevista para o parto, a demandante apenas recebeu o subsídio diário de maternidade antecipado previsto no n.º 2 do § 12 da lei do subsídio diário. A seguir, até um mês antes da data prevista para o parto, recebeu ainda metade do salário pago pelo empregador, ao abrigo do § 7 da lei dos empregados. Durante o mês que precedeu a data prevista para o parto, recebeu a totalidade do seu salário, em conformidade com as disposições da convenção colectiva aplicável.

11. No segundo litígio descrito pelo órgão jurisdicional de reenvio, a demandante, Bettina Andresen, tinha sido contratada como auxiliar de clínica pelo Dr. Jørgen Bagner, dentista, em 1 de Agosto de 1991. Em 25 de Agosto de 1993, a demandante, que estava grávida, foi declarada em situação de incapacidade para o trabalho devido ao risco de aborto (*abortus inminens*), estando previsto o parto para 24 de Abril de 1994. Os atestados médicos referiam que a continuação da sua actividade profissional comportava um risco para a saúde da demandante ou do feto. Em Setembro de 1993, o demandado deixou de

lhe pagar o salário e apenas lhe pagou o subsídio diário de maternidade antecipado.

12. No terceiro litígio, a demandante, Tina Pedersen, tinha sido contratada como aprendiz de clínica pelo Dr. Rasmussen, dentista, em 1 de Setembro de 1984. Uma vez terminada a aprendizagem, passou a ocupar um posto de trabalho regido pela lei dos empregados. Por causa da sua gravidez, o seu médico declarou que estava parcialmente incapacitada para o trabalho, em 4 de Fevereiro de 1994, devido ao risco de aborto (*abortus inminens*), estando o parto previsto para 5 de Junho de 1994. O médico referiu que a continuação da sua actividade profissional comportava um risco para a saúde da demandante e/ou do feto.

A demandante informou por telefone o demandado da situação em que se encontrava e de que desejava retomar o trabalho com um horário reduzido. O demandado afirmou que não estava disposto a empregá-la a tempo parcial e que tinha de contratar um substituto a tempo inteiro porque, em sua opinião, a demandante não estava em condições de prestar o seu trabalho de modo normal. O empregador informou a demandante, em seguida, de que tinha contratado um substituto a tempo inteiro para ocupar o seu posto durante a ausência dela e que não lhe pagaria o salário, pelo que lhe recomendou que solicitasse o pagamento do subsídio diário de maternidade antecipado.

13. No quarto litígio, a demandante, Pia Sørensen, começou a trabalhar como aprendiz da demandada, Hvitfeldt Guld og Sølv Aps, em 1 de Agosto de 1989. Terminada a aprendizagem, foi contratada por tempo indeterminado, como assalariada, para um posto de trabalho regido pela lei dos empregados. Em meados de Janeiro de 1994, a demandante, sofrendo de fortes náuseas, verificou que estava grávida. Por atestado médico de 25 de Janeiro de 1994, foi declarada em situação de incapacidade para o trabalho por um período de quatro semanas, devido às fortes náuseas e vómitos de que sofria, a que se seguiu uma rápida perda de peso, pelo que teve de ser hospitalizada. Em 4 de Março de 1994, foi-lhe diagnosticada hypermesis gravidarum (vómitos incoercíveis de gravidez), com risco para a saúde da mãe e do feto, pelo que foi declarada em situação de incapacidade para o trabalho durante quatro meses e meio em razão da sua gravidez. A partir do mês de Fevereiro de 1994, a demandada deixou de lhe pagar o salário.

A questão prejudicial submetida ao Tribunal

14. O Sø- og Handelsret entendeu ser necessário suspender estes processos e submeter ao Tribunal, ao abrigo do artigo 177.° do Tratado CE, uma questão prejudicial nos seguintes termos:

«O direito comunitário, nomeadamente o artigo 119.° do Tratado CE, e as Directivas

75/117/CEE, 76/207/CEE e 92/85/CEE [4] opõem-se a que uma legislação nacional dispense o empregador de pagar o salário às trabalhadoras grávidas quando:

1) a ausência é devida ao facto de a gravidez ter agravado substancialmente uma doença que aliás não está ligada à gravidez,

2) a ausência é devida a uma doença causada pela gravidez,

3) a ausência é devida ao facto de a gravidez ter decorrido de forma patológica e de a continuação da actividade laboral implicar riscos para a saúde da mulher ou do feto,

4) a ausência é devida ao mal-estar geral resultante da gravidez quando a mesma decorre normalmente e em que não se verifica incapacidade para o trabalho,

5) a ausência verifica-se com base num parecer médico com vista a proteger o feto, mas o parecer médico não se justifica por uma situação propriamente patológica ou por riscos especiais para o feto,

6) a ausência é devida ao facto de a entidade patronal, apenas em razão da gravidez, considerar que não tem possibilidade de utilizar o trabalho da trabalhadora grávida, apesar de a trabalhadora não estar incapaz para o trabalho,

e nas situações previstas nos n.º 1 a 3 e 6 é garantido pelo Estado à trabalhadora grávida o mesmo subsídio diário que é atribuído em caso de baixa por doença, mas na situação dos n.os 4 e 5 não é recebido subsídio diário do Estado e além disso, nos termos da legislação nacional, constitui um dever da entidade patronal pagar a remuneração integral em caso de doença?»

A legislação comunitária aplicável

15. O artigo 119.º dispõe:

«Cada Estado-Membro garantirá... a aplicação do princípio da igualdade de remunerações entre trabalhadores masculinos e femininos por trabalho igual.

Por "remuneração" deve entender-se, para efeitos do disposto no presente artigo, o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas,

4 — Directiva do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas à melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho (décima directiva especial na acepção do n.º 1 do artigo 16.º da Directiva 89/391/CEE) (JO L 348, p. 1, a seguir «directiva 92/85»).

directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último.

...»

16. A Directiva 75/117 dispõe no seu artigo 1.°:

«O princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e os trabalhadores femininos, que consta do artigo 119.° do Tratado..., implica, para um mesmo trabalho ou para um trabalho a que for atribuído um valor igual, a eliminação, no conjunto dos elementos e condições de remuneração, de qualquer discriminação em razão do sexo.

...»

17. A Directiva 76/207, relativa à concretização, nos Estados-Membros, 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, dispõe no seu artigo 2.°:

«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.

...».

e, no seu artigo 5.°:

«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.

...».

18. A Directiva 92/85, cuja finalidade é a aplicação de medidas para promover a melhoria da segurança e da saúde no trabalho das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, devia ter sido transposta para o direito interno dos Estados-Membros o mais tardar dois anos depois da sua adopção, ou seja, em 19 de Outubro de 1994.

Em nossa opinião, esta directiva não é aplicável, *ratione temporis*, aos factos dos processos principais porque, segundo resulta do resumo dos factos feito pelo órgão jurisdicional nacional, as reivindicações das trabalhadoras limitam-se ao período da gravidez e todas elas deram à luz antes de 19 de Outubro de 1994. Nada indica que a legislação dinamarquesa já tivesse sido adaptada nessa data.

19. Foram apresentadas observações escritas, no prazo estabelecido para esse efeito no artigo 20.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, pelas demandantes e pelas demandadas nos processos principais, que as formularam em conjunto, pelo Governo francês, pelo Governo do Reino Unido e pela Comissão. Na audiência, compareceram os mandatários das demandantes e das demandadas, e os representantes do Governo francês e da Comissão.

20. As demandantes, que analisaram cada um dos seis pontos da questão prejudicial, entendem que:

— se a incapacidade de trabalho da mulher, certificada por atestado médico, se deve ao facto de a gravidez agravar consideravelmente uma doença não relacionada com a gravidez (primeira hipótese) ou é devida a uma doença causada pela gravidez (segunda hipótese) — situações nas quais o Estado lhe garante o pagamento do subsídio diário de montante idêntico ao que receberia em caso de baixa por motivo de doença —, é contrária ao direito comunitário e, em especial, ao artigo 119.° do Tratado, a legislação nacional que dispensa o empregador de pagar a totalidade do salário, tendo em consideração que estas mesmas trabalhadoras teriam esse direito se a sua incapacidade para o trabalho não estivesse relacionada com a gravidez;

— se a incapacidade para o trabalho é devida ao facto de o desenvolvimento da gravidez ter um carácter patológico, de modo que a continuação da actividade profissional comportaria um risco para a sua saúde e/ou do feto (terceira hipótese) —

situação em que o Estado também lhe garante o pagamento de um subsídio diário de montante idêntico ao que receberia em caso de baixa por motivo de doença —, é contrário ao direito comunitário que as mulheres só possam receber esse subsídio enquanto os outros trabalhadores recebem a totalidade do salário em caso de doença, sendo a gravidez uma situação que afecta apenas as mulheres;

lhe garante um subsídio diário de montante idêntico àquele que receberia em caso de baixa por motivo de doença —, é contrária ao direito comunitário uma disposição nacional que obriga uma empregada apta para o trabalho a aceitar um salário inferior àquele a que tem direito, por se tratar de uma situação em que só as mulheres se podem encontrar.

— se a falta é devida a transtornos comuns durante a gravidez próprios de um desenvolvimento normal e que não determinam a incapacidade para o trabalho (quarta hipótese), ou se é justificada através de um atestado médico em que se recomenda repouso, mas não motivada pela existência de uma situação patológica propriamente dita ou de riscos especiais para o feto (quinta hipótese) — situações em que as mulheres não têm direito a receber o subsídio diário —, deve ser assimilada a uma doença, apesar de não existir um verdadeiro estado patológico, sendo contrária ao direito comunitário uma disposição nacional que permite que as empregadas nestas situações não recebam salário nem subsídio diário;

Na audiência, o mandatário da Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, que representa Høj Pedersen, Andresen e Pedersen, demandantes, respectivamente, no primeiro, segundo e terceiro processos, informou o Tribunal de que estes processos tinham sido submetidos ao conselho nacional de medicina legal, órgão supremo especializado em questões de medicina que afectam os particulares, que, em data posterior à apresentação da questão prejudicial, decidiu que as suas três clientes tinham faltado ao trabalho por uma causa relacionada com a gravidez, que podia ser considerada como uma doença.

— se a suspensão do trabalho da mulher é devida ao facto de o empregador entender, pelo simples facto da gravidez, que já não pode utilizar os serviços da trabalhadora, embora esta não preencha as condições exigidas para lhe ser dada baixa (sexta hipótese) — situação em que o Estado

21. As demandadas sustentam que as empregadas em situação de incapacidade para o trabalho causada pela gravidez não podem ser consideradas como doentes e que, por isso, os seus direitos salariais não estão abrangidos no âmbito de aplicação do artigo 119.° do Tratado. Porque só as mulheres podem exigir uma compensação por faltas devidas à gravidez, não se pode fazer uma comparação com o direito dos homens a receber o salário numa situação equivalente e não pode, portanto, falar-se de discriminação salarial.

As demandadas acrescentam, a título subsidiário, que há razões objectivas que justificam a recusa de pagar às demandantes a totalidade do seu salário: a legislação dinamarquesa traduz uma repartição equitativa e adequada dos riscos e dos encargos económicos relacionados com a gravidez entre as trabalhadoras, os empregadores e a sociedade; a recusa de pagar às trabalhadoras a totalidade do salário em caso de gravidez não constitui uma discriminação, devendo-se ao facto de a gravidez ser, do ponto de vista do mercado de trabalho, uma situação extraordinária cujo encargo não pode caber totalmente ao empregador; e há que considerar que a gravidez é um estado em que as empregadas se encontram, normalmente, de forma deliberada, de maneira que as faltas relacionadas com esse estado não podem equiparar-se a uma doença imprevista.

22. O Governo francês examina se a retribuição recebida em caso de incapacidade para o trabalho devida à gravidez constitui uma retribuição na acepção do segundo parágrafo do artigo 119.° do Tratado. A própria redacção desta disposição, bem como a jurisprudência do Tribunal, levam-no a dar uma resposta afirmativa. Partindo da hipótese de que o subsídio diário que recebe a mulher grávida cuja incapacidade para o trabalho é devida à gravidez será inferior ao salário que receberia se esta incapacidade fosse devida a uma doença não relacionada com a gravidez, o Governo francês conclui que a diferença de tratamento estabelecida pela legislação dinamarquesa é contrária ao princípio da igualdade de remuneração e que nenhuma circunstância objectiva permite justificar esta diferença em detrimento das mulheres grávidas.

23. O Reino Unido sustenta que há que distinguir duas situações: por um lado, aquela em que a mulher falta durante o período de licença de maternidade estabelecido pelo direito nacional e, por outro, a situação em que a falta ocorre fora desse período.

Se a falta tem lugar durante a licença de maternidade, momento em que aparecem *normalmente os transtornos próprios* da gravidez e do parto, nem o artigo 119.° do Tratado nem as Directivas 75/117 e 76/207 *garantem à mulher o direito de receber do* empregador a totalidade do seu salário, nem um subsídio do montante do subsídio diário *por doença, nem determinado nível de* remuneração. A única exigência que decorre destas disposições é que a remuneração ou a prestação que uma mulher recebe durante a licença de maternidade não seja de tal nível que a impeça na prática de exercer o direito à licença de maternidade, mas a decisão sobre o montante concreto que a mulher deve receber nessas circunstâncias é da competência *do legislador nacional.*

Pelo contrário, a mulher que falta ao trabalho por causa de uma doença devida à gravidez, fora do período de licença de maternidade, deve ser tratada do mesmo modo que qualquer outro empregado que se encontre em situação de incapacidade para o trabalho, seja homem ou mulher.

O Reino Unido conclui que uma disposição nacional em virtude da qual uma mulher que falta ao trabalho por motivo de doença relacionada com a gravidez, fora do período de licença de maternidade, recebe uma remuneração inferior à de um homem doente ou à de uma mulher cuja doença não está relacionada com a gravidez, é contrária ao artigo 119.° do Tratado e às Directivas 75/117 e 76/207.

24. A Comissão propõe uma resposta conjunta à primeira, segunda e terceira hipóteses, por várias razões: todos estes casos dão origem a uma incapacidade para o trabalho certificada por atestado médico; esta incapacidade para o trabalho é devida a uma doença relacionada com a gravidez ou agravada por esta; o Estado garante às mulheres que se encontram numa dessas situações o pagamento de uma subsídio diário do mesmo montante que aquele a que teriam direito em caso de baixa por motivo de doença e a lei dos empregados dispensa o empregador de pagar a totalidade do salário quando a incapacidade para o trabalho esteja relacionada com a gravidez.

A este respeito, a Comissão afirma, em primeiro lugar, que o salário que o empregador paga a um empregado enquanto está doente, por força do § 5 da lei dos empregados, ou a uma empregada grávida, por força do seu § 7, está abrangido no conceito de remuneração que figura no artigo 119.° do Tratado, tal como foi interpretado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Em segundo lugar, a Comissão afirma que a primeira, segunda e terceira hipóteses são comparáveis àquelas em que um trabalhador, independentemente do seu sexo, deve interromper as suas actividades por motivo de doença. Porque só as mulheres podem estar grávidas, o n.° 2 do § 7 da lei sobre os empregados, ao obrigar o empregador a pagar apenas metade do salário durante um período determinado às mulheres impedidas de trabalhar por motivo de doença relacionada com a gravidez, opera uma discriminação directa que consiste em aplicar regras diferentes a situações comparáveis e, por isso, é incompatível com o artigo 119.° do Tratado, mesmo que o Estado pague o subsídio diário, na medida em que, aliás, o § 5 da mesma lei obriga o empregador a pagar a totalidade dos salários aos trabalhadores em caso de baixa por motivo de doença.

No que respeita à quarta e quinta hipóteses, a Comissão refere que não estamos em presença de verdadeiras incapacidades para o trabalho nem de doenças certificadas por atestado médico, mas sim perante situações que poderiam ser assimiladas às faltas da mulher durante a licença de maternidade. Não sendo a situação de uma mulher comparável à de um trabalhador masculino doente, o facto de lhe recusar o direito de receber o seu salário não constitui uma violação das disposições do artigo 119.° do Tratado.

Em relação à sexta hipótese, a Comissão afirma, em primeiro lugar, que a disposição do n.° 2 do § 7 da lei dos empregados, em virtude da qual o empregador que considera impossível continuar a dar trabalho a uma mulher grávida pode obrigá-la a deixar de trabalhar, apesar de esta não ter sido declarada em situação de incapacidade para o

trabalho, sendo apenas obrigado, por seu lado, a pagar-lhe metade do seu salário durante um período limitado, opera uma discriminação directa em matéria de condições de trabalho contrária ao n.° 1 do artigo 2.° e ao n.° 1 do artigo 5.° da Directiva 76/207 e, em segundo lugar, que não pode ser considerada como uma disposição destinada a proteger a mulher em razão da gravidez ou da maternidade, na acepção do n.° 3 do artigo 2.° da Directiva 76/207, porque é o empregador que toma a decisão de maneira unilateral e no seu próprio interesse.

Por último, no que diz respeito à Directiva 92/85, a Comissão entende que os litígios submetidos ao órgão jurisdicional de reenvio parecem ser anteriores à transposição para o direito dinamarquês das disposições desta directiva. A Comissão acrescenta que, em todo o caso, o n.° 2 do § 7 da lei dos empregados, na medida em que reconhece ao empregador o direito de decidir se pode ou não continuar a empregar uma trabalhadora grávida enquanto se encontre nesse estado, é incompatível com as disposições desta directiva.

Análise da questão prejudicial

25. Devemos salientar, antes de iniciar a análise da questão prejudicial, que o órgão jurisdicional nacional, que suspendeu a instância em quatro processos, apresentou uma questão que consta de seis hipóteses. Queremos fazer, a este respeito, algumas observações:

1) Em primeiro lugar, a quarta e quinta hipóteses não têm qualquer relação com esses quatro processos pendentes, uma vez que nenhuma das demandantes se encontrou em qualquer dessas situações. Por esta razão, proponho ao Tribunal que analise a admissibilidade da questão prejudicial no que se refere a estas hipóteses.

2) Em segundo lugar, a sexta hipótese, que corresponde aos factos do terceiro litígio, deve ter uma resposta à luz do princípio da igualdade de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego e às condições de trabalho consagrado na Directiva 76/207, porque, em nossa opinião, a recusa de pagar o salário não é mais do que uma consequência da recusa de emprego.

3) Em terceiro lugar, comparando os factos que estão na origem dos três restantes processos com a primeira, segunda e terceira hipóteses, verifica-se que os diagnósticos feitos às demandantes encaixam na segunda e na terceira hipóteses, mas não na primeira. Apesar de tudo, entendemos, tal como a Comissão, que estas três hipóteses podem e devem ter uma resposta conjunta à luz do princípio da igualdade de remuneração consagrado no artigo 119.° do Tratado e clarificado pela Directiva 75/117, uma vez agrupadas em

função das características que têm em comum; a saber, as faltas da mulher são justificadas pela incapacidade para o trabalho certificada por atestado médico, essa incapacidade é devida à gravidez, por esta razão o empregador está autorizado a suspender o pagamento do salário e, se a incapacidade para o trabalho fosse devida a uma doença não relacionada com a gravidez, o empregador seria obrigado a pagar a totalidade do salário.

Analisaremos, portanto, sucessivamente, a admissibilidade da questão prejudicial no que respeita à quarta e à quinta hipótese; depois a resposta à primeira, segunda e terceira hipóteses; e, por último, a resposta à sexta hipótese.

A — *Quanto à admissibilidade da questão prejudicial no que respeita à quarta e à quinta hipótese*

26. Estas duas hipóteses correspondem, respectivamente, aos casos de faltas da mulher devidas a transtornos comuns durante a gravidez, próprios de um desenvolvimento normal, que não dão lugar a uma incapacidade para o trabalho, e aos casos de faltas justificadas por atestado emitido por um médico em que se recomende repouso, que não seja motivado pela existência de uma situação patológica propriamente dita ou de riscos especiais para o feto. Em ambas as hipóteses, o empregador está dispensado da obrigação de pagar o salário e as empregadas não têm direito a receber o subsídio diário a cargo do Estado.

27. Do despacho de reenvio deduz-se, todavia, que nenhuma das demandantes nos quatro processos principais teve uma gravidez com um desenvolvimento normal e que todas tinham um atestado médico em que se declarava a sua situação de incapacidade para o trabalho total ou parcial. Nenhuma delas, portanto, se pôde encontrar em qualquer daquelas hipóteses.

Trata-se de hipóteses académicas que o juiz *a quo* submeteu ao Tribunal para abranger todas as possibilidades que oferece a circular n.° 191, mas que não têm relação com os quatro processos descritos nos autos. De facto, o próprio juiz afirma que a quarta e a quinta hipótese da questão prejudicial apresentada correspondem à disposição contida no ponto 175 da referida circular, que prevê justamente estas duas situações.

28. Existe uma jurisprudência constante a respeito do papel dos tribunais nacionais e do Tribunal de Justiça no quadro do processo de cooperação previsto no artigo 177.° do Tratado. De acordo com esta jurisprudência, o juiz nacional, único a ter um conhecimento directo dos factos do processo, é quem está melhor colocado para julgar, à luz das especificidades deste, tanto da necessidade de uma decisão prejudicial para poder

proferir a sua própria decisão, como da relevância das questões que apresenta ao Tribunal de Justiça [5], enquanto a este cabe, a fim de verificar a sua própria competência, analisar as condições em que o juiz nacional lhe apresenta a questão prejudicial. O espírito de colaboração que deve presidir ao funcionamento do reenvio prejudicial implica igualmente que o juiz nacional tenha em atenção a missão confiada ao Tribunal de Justiça, que é contribuir para a administração da justiça nos Estados-Membros e não dar opiniões sobre questões gerais ou hipotéticas [6].

29. Tendo em consideração esta missão, o Tribunal de Justiça entendeu que não podia pronunciar-se sobre uma questão prejudicial apresentada por um órgão jurisdicional nacional quando a interpretação ou a análise da validade de uma disposição comunitária que foi solicitada não tenha qualquer relação com a realidade ou o objecto do processo principal [7], ou quando lhe foi pedido para resolver um problema de carácter hipotético sem dispor dos elementos de facto e de direito necessários para responder utilmente [8]. O Tribunal acrescentou, a este respeito, que é igualmente indispensável que o órgão jurisdicional nacional explique as razões pelas quais considera que uma resposta às suas questões é necessária para a solução do litígio, a fim de poder verificar se a interpretação do direito comunitário que lhe é solicitada tem alguma relação com a realidade e o objecto do litígio no processo principal. Se se concluir que a questão submetida não é manifestamente pertinente para a solução do litígio, o Tribunal de Justiça não pode pronunciar-se sobre as questões prejudiciais [9].

30. À luz desta jurisprudência, e considerando que nenhuma das demandantes nos processos pendentes perante o órgão jurisdicional nacional se encontrou nas situações correspondentes à quarta e à quinta hipótese da questão prejudicial — porque nenhuma delas teve uma gravidez com um desenvolvimento normal, tendo sido todas declaradas em situação de incapacidade para o trabalho, total ou parcial, por atestado médico —, entendemos que uma resposta do Tribunal que interprete o direito comunitário aplicável a estas duas hipóteses não seria útil ao juiz nacional para a resolução dos processos que lhe estão submetidos. Por esta razão, propomos ao Tribunal de Justiça que declare a inadmissibilidade da questão prejudicial no que respeita às quarta e quinta hipóteses.

B — *As primeira, segunda e terceira hipótese da questão prejudicial*

31. A primeira, segunda e terceira hipótese da questão prejudicial fazem referência à disposição da primeira frase do n.º 2 do § 7 da

5 — Acórdãos de 29 de Novembro de 1978, Pigs Marketing Board (83/78, Colect., p. 821, n.º 25); de 28 de Novembro de 1991, Durighello (C-186/90, Colect., p. I-5773, n.º 8), e de 16 de Julho de 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Colect., p. I-4673, n.º 15).

6 — Acórdãos de 16 de Dezembro de 1981, Foglia (C-244/80, Recueil, p. 3045, n.º 18 e 20); de 3 de Fevereiro de 1983, Robards (149/82, Recueil, p. 171, n.º 19), e Lourenço Dias, já referido na nota 5, n.º 17.

7 — Acórdãos de 16 de Junho de 1981, Salonia (126/80, Recueil, p. 1563, n.º 6); Durighello, já referido na nota 5, n.º 9; de 28 de Março de 1996, Ruiz Bernáldez (C-129/94, Colect., p. I-1829, n.º 7), e de 12 de Dezembro de 1996, Kontogeorgas (C-104/95, Colect., p. I-6643, n.º 11).

8 — Acórdão de 16 de Julho de 1992, Meilicke (C-83/91, Colect., p. I-4871, n.º 32 e 33).

9 — Acórdão Lourenço Dias, referido na nota 5, n.ºs 19 e 20.

lei dos empregados dinamarquesa, que prevê para a incapacidade para o trabalho, certificada por atestado médico, um tratamento salarial mais desfavorável quando estiver relacionada com a gravidez. Foi esta disposição que permitiu aos empregadores não pagar os salários às demandantes Høj Pedersen (primeiro processo), Andresen (segundo processo) e Sørensen (quarto processo) — em relação às quais foi diagnosticado, respectivamente, prolapso pélvico, *abortus imminens* (risco de aborto) e *hypermesis gravidarum* (vómitos incoercíveis de gravidez), e que tiveram de suspender a actividade profissional —, convidando-as a solicitar os subsídios antecipados por maternidade.

32. Deduzimos dos termos em que está redigida a questão prejudicial e da sua fundamentação que o órgão jurisdicional nacional quer saber, através destas três hipóteses, se o artigo 119.° do Tratado e a Directiva 75/117 se opõem a que uma disposição nacional que prevê que, quando a incapacidade para o trabalho de uma mulher grávida, certificada por atestado médico, esteja relacionada com a gravidez, o empregador apenas está obrigado a pagar-lhe metade do salário, durante um período máximo de cinco meses compreendido entre os três meses anteriores e os três meses posteriores ao parto, tendo em conta que, se se tratar de uma incapacidade para o trabalho não relacionada com a gravidez, o empregador deve pagar aos seus empregados a totalidade do salário.

33. É necessário fazer uma precisão inicial relativa à legislação comunitária cuja interpretação é solicitada. O despacho de reenvio refere-se tanto ao artigo 119.° do Tratado como à Directiva 75/117. Ora, este Tribunal tem afirmado que esta Directiva 75/117, cuja finalidade consiste em estabelecer as condições necessárias para a realização do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e os trabalhadores femininos, não afecta em nada o conteúdo ou o alcance desse princípio, tal como resulta do artigo 119.° do Tratado [10].

Assim, qualquer conclusão sobre a aplicação às hipóteses apresentadas do conceito de remuneração do artigo 119.° do Tratado será também válida a respeito da Directiva 75/117.

34. É indiscutível que o princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos para o mesmo trabalho, que figura no artigo 119.° do Tratado, faz parte dos fundamentos da Comunidade [11]. Este artigo define, de modo amplo, o que se deve entender por remuneração, devendo considerar-se como tal «... o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último». Esta definição foi completada pela jurisprudência deste Tribunal que, desde 1971,

10 — Acórdãos de 11 de Março de 1981, Worringham e Humphreys (69/80, Recueil, p. 767, n.° 21); de 31 de Março de 1981, Jenkins (96/80, Recueil, p. 911, n.° 22); de 3 de Dezembro de 1987, Newstead (192/85, Recueil, p. 4753, n.° 20), e de 17 de Maio de 1990, Barber (C-262/88, Colect., p. I-1889, n.° 11).

11 — Acórdão de 8 de Abril de 1976, Defrenne (43/75, Colect., p. 193, n.° 12).

incluiu neste conceito as gratificações «actuais ou futuras» [12] e, em 1990, acrescentou que as gratificações pagas pelo empregador ao trabalhador em razão da relação de trabalho estão abrangidas no conceito de remuneração «(...) independentemente de serem pagas em virtude de um contrato de trabalho, por força de disposições legais ou a título voluntário» [13].

Desde então, a título de exemplo, e sem querer fazer uma enumeração exaustiva, o Tribunal considerou incluídas no conceito de remuneração as facilidades em matéria de transporte que uma empresa de caminhos de ferro concedia aos seus empregados no momento da reforma e que eram extensivas aos membros das suas famílias [14]; as prestações pagas ao trabalhador em razão do seu despedimento, bem como as pensões pagas ao abrigo de um regime profissional privado [15]; a compensação que um empregador paga aos membros do comité de empresa, sob forma de licenças com vencimento ou de retribuição de horas extraordinárias, devido à participação em estágios de formação que fornecem os conhecimentos necessários para o desempenho de funções no seio de comissões de trabalhadores ainda que, durante esses cursos, não exerçam nenhuma das actividades previstas no seu contrato de trabalho [16]; o direito à filiação num regime de pensões de empresa [17]; a manutenção da remuneração do trabalhador pelo empregador em caso de doença [18], e a prestação que o empregador paga, por força das disposições legislativas ou das convenções colectivas, a um trabalhador feminino durante a sua licença de maternidade [19].

35. O princípio da não discriminação entre trabalhadores masculinos e femininos consagrado no artigo 119.° opõe-se a uma disposição que permita pagar uma remuneração diferente aos trabalhadores masculinos e femininos, quando efectuam o mesmo trabalho ou trabalho de valor igual [20]. O Tribunal de Justiça reconheceu que o primeiro parágrafo do artigo 119.° do Tratado é directamente aplicável, sem necessidade de outras medidas de aplicação comunitárias ou nacionais, a todas as formas de discriminação directas e abertas susceptíveis de ser comprovadas utilizando como únicos critérios a identidade do trabalho e a igualdade de remuneração que figuram nessa disposição [21].

36. A partir do acórdão do Tribunal Rinner-Kühn [22], não há qualquer dúvida de que a

12 — Acórdão de 25 de Maio de 1971, Defrenne (80/70, Colect., p. 161, n.° 6).

13 — Acórdão Barber, já referido na nota 10, n.° 20.

14 — Acórdão de 9 de Fevereiro de 1982, Garland (12/81, Recueil, p. 359, n.° 9).

15 — Acórdão Barber, já referido na nota 10, n.° 20 e 30.

16 — Acórdãos de 4 de Junho de 1992, Bötel (C-360/90, Colect., p. I-3589, n.os 14 e 15), e de 6 de Fevereiro de 1996, Lewark (C-457/93, Colect., p. I-243, n.° 23).

17 — Acórdãos de 13 de Maio de 1986, Bilka (170/84, Recueil, p. 1607, n.° 22), e de 28 de Setembro de 1994, Vroege (C-57/93, Colect., p. I-4541, n.° 15), e Fisscher (C-128/93, Colect., p. I-4583, n.° 12).

18 — Acórdão de 13 de Julho de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Colect., p. 2743, n.° 7).

19 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1996, Gillespie e o. (C-342/93, Colect., p. I-475, n.° 14).

20 — Acórdão Gillespie e o., já referido na nota 19, n.° 15.

21 — Acórdãos Defrenne, já referido na nota 11, n.° 18; de 27 de Março de 1980, Macarthys (129/79, Recueil, p. 1275, n.° 10); Worringham e Humphreys, já referido na nota 10, n.° 23, e Jenkins, já referido na nota 10, n.° 17.

22 — Acórdão já referido na nota 18. Tratava-se da lei alemã sobre a manutenção do salário em caso de doença segundo a qual o empregador deve manter, em benefício do trabalhador que, posteriormente à sua entrada ao serviço, se encontre impedido de prestar trabalho, na sequência de inaptidão para o trabalho e sem culpa da sua parte, o pagamento da remuneração durante o período de inaptidão para o trabalho até ao máximo de seis semanas, reembolsando-lhe a entidade gestora uma parte do salário se a empresa empregar menos de vinte pessoas.

manutenção do pagamento do salário pelo empregador durante o período de baixa por doença do trabalhador é abrangida pelo conceito de remuneração, na acepção do artigo 119.° do Tratado. Há que analisar agora se a continuação do pagamento do salário pelo empregador a uma mulher grávida cuja incapacidade para o trabalho seja devida à gravidez também estará abrangida pelo referido conceito de remuneração.

37. Segundo a disposição do direito dinamarquês controvertida, a obrigação do empregador em matéria de remuneração, nesse caso, está limitada ao pagamento do salário durante um período máximo de cinco meses compreendido entre os três meses anteriores e os três meses posteriores ao parto. Retomando a definição de remuneração que figura no artigo 119.°, trata-se de uma parte do salário que é paga directamente pelo empregador ao trabalhador em razão da relação de trabalho, por força de uma disposição legal. Cremos, pois, que a continuação do pagamento do salário, nesse caso, entra também nesse conceito de remuneração.

A questão que falta resolver agora limita-se a saber se uma mulher grávida, cuja incapacidade para o trabalho é devida à gravidez, tem direito ao mesmo tratamento salarial que um homem numa situação de incapacidade para o trabalho por motivo de doença.

38. O Tribunal já se pronunciou em várias ocasiões sobre a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre trabalhadores masculinos e trabalhadores femininos quando estão em causa os direitos em matéria de trabalho de uma mulher grávida. Contudo, até hoje, todos os processos diziam respeito ao direito de acesso ao emprego ou às próprias condições de trabalho, tal como estão previstas na Directiva 76/207 [23].

39. Por outro lado, no acórdão Gillespie e o. [24], o Tribunal interpretou o princípio da igualdade de remuneração aplicado à prestação paga à mulher durante o período de licença por maternidade. Nesse acórdão, o Tribunal declarou que «... as mulheres que beneficiam de uma licença por maternidade prevista pela legislação nacional encontram-se numa situação específica que exige que lhes seja concedida uma protecção especial, mas que não pode ser equiparada à de um homem, nem à de uma mulher que ocupa efectivamente o seu posto de trabalho» e que, como a Directiva 92/85 não se aplicava *ratione temporis* aos factos da causa principal, «... nem o artigo 119.° do Tratado CEE nem o artigo 1.° da Directiva 75/117 impunham que fosse mantida a remuneração integral dos trabalhadores femininos durante a sua licença por maternidade» [25].

40. A partir desta interpretação do Tribunal, é claro que, durante o período de licença de maternidade, as demandantes não podiam basear-se nem no artigo 119.° do Tratado nem na Directiva 75/117 para invocar o direito à totalidade do salário porque,

23 — Trata-se dos acórdãos de 8 de Novembro de 1990, Dekker (C-177/88, Colect., p. I-3941); de 5 de Maio de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, Colect., p. I-1657); de 14 de Julho de 1994, Webb (C-32/93, Colect., p. I-3567), e de 29 de Maio de 1997, Larsson (C-400/95, Colect., p. I-2757).

24 — Acórdão já referido na nota 19.

25 — Acórdão já referido na nota 19, n.os 17, 19 e 20.

durante esse período, a situação específica em que se encontravam não podia ser assimilada à de um homem que ocupava efectivamente o seu posto de trabalho.

41. O problema que se põe é o de saber se há que considerar que a incapacidade para o trabalho da mulher grávida devida à sua gravidez deve ser assimilada a uma licença de maternidade «antecipada», de modo que ela não poderia basear-se nas referidas disposições para reivindicar o direito à totalidade do salário.

Na nossa maneira de ver, a resposta deve ser negativa, por várias razões: em primeiro lugar, porque a duração do período de licença de maternidade está definida de antemão e é independente do tempo de que cada interessada necessite para recuperar dos efeitos do parto, enquanto que a duração da incapacidade para o trabalho da mulher grávida devida à gravidez é determinada apenas em função do tempo considerado necessário para o seu restabelecimento; em segundo lugar, porque, para gozar da licença de maternidade, não se exige que a mulher esteja doente, enquanto, para a mulher grávida, a existência de um problema grave de saúde é *conditio sine qua non* para lhe ser emitido um atestado médico de incapacidade para o trabalho e, por último, porque durante a licença de maternidade a mulher não só está dispensada de trabalhar, como também de todas as outras obrigações relacionadas com o seu contrato de trabalho, enquanto a mulher grávida em situação de incapacidade para o trabalho, independentemente da causa desta incapacidade, é obrigada a contribuir para o seu restabelecimento, submetendo-se ao tratamento terapêutico prescrito pelo médico.

42. Durante a gravidez, no entanto, e antes que comece o período de licença de maternidade, a incapacidade para o trabalho de uma mulher causada pela gravidez distingue-se da incapacidade para o trabalho de um homem por motivo de doença?

Ao comparar estas duas situações, devemos confessar que, a respeito da sua situação no trabalho, não vemos qualquer diferença entre a incapacidade para o trabalho de uma mulher grávida devida à gravidez e a incapacidade para o trabalho de um homem doente. Com efeito, tanto uma como o outro estão atingidos por uma indisposição cuja realidade é certificada por atestado médico; nenhum dos dois pode ocupar, temporariamente, o seu posto de trabalho por essa razão e, enquanto estão incapacitados para o trabalho, há a expectativa de que tanto a mulher cuja saúde está alterada pela gravidez como o homem que está doente recuperem e reintegrem o seu posto, porque a incapacidade para o trabalho termina, normalmente, com a alta médica, pela cura do trabalhador.

43. Em conclusão, do ponto de vista dos seus direitos e obrigações em matéria de trabalho, uma mulher grávida em situação de incapacidade para o trabalho causada pela gravidez e certificada por atestado médico está numa posição muito diferente da de uma

mulher que beneficia da sua licença de maternidade e, no essencial, igual à do homem em situação de incapacidade para o trabalho por motivo de doença.

44. Todavia, a disposição nacional controvertida estabelece uma diferença de tratamento salarial com base na origem da doença e, na prática, os direitos salariais da mulher grávida em situação de incapacidade para o trabalho serão inferiores ou iguais aos de um homem doente, consoante a sua doença esteja ou não relacionada com a gravidez. Porque se trata de um critério de distinção que tem em conta uma circunstância em que, por definição, só podem encontrar-se as mulheres, constitui uma discriminação directa em razão do sexo, contrária ao artigo 119.° do Tratado e insusceptível, portanto, de ser justificada.

45. Pelas razões que acabámos de expor, propomos ao Tribunal que responda, quanto às primeira, segunda e terceira hipóteses da questão prejudicial, que o princípio da igualdade de remuneração estabelecido no artigo 119.° do Tratado e precisado no artigo 1.° da Directiva 75/117 se opõe a uma disposição nacional que prevê que, quando a incapacidade para o trabalho de uma mulher grávida, certificada por atestado médico, esteja relacionada com a gravidez, o empregador só é obrigado a pagar-lhe metade do seu salário durante um período máximo de cinco meses compreendido entre os três meses anteriores e os três meses posteriores ao parto, enquanto, em caso de incapacidade para o trabalho não relacionada com a gravidez, o empregador deve pagar aos seus empregados a totalidade do salário.

C — *Quanto à sexta hipótese da questão prejudicial*

46. Entendemos que, ao apresentar esta hipótese, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que diz respeito ao acesso ao emprego, à formação e à promoção profissionais e às condições de trabalho, consagrado na Directiva 76/207, se opõe a que uma disposição nacional como o n.° 2 do § 7 da lei dos empregados, por força do qual, em caso de gravidez de uma empregada, o empregador é obrigado a pagar-lhe metade do seu salário durante um período máximo de cinco meses compreendido entre os três meses anteriores e os três meses posteriores ao parto, se entender que, embora a empregada não esteja em situação de incapacidade para o trabalho, não pode continuar a dar-lhe trabalho.

Com base nesta disposição, Tina Pedersen, demandante no terceiro processo, que trabalhava desde 1 de Setembro de 1984 para um dentista, Jørgen Rasmussen, que tinha sido declarada em situação de incapacidade parcial para o trabalho por atestado médico de 4 de Fevereiro de 1994, devido ao risco de aborto, e cujo parto estava previsto para 5 de Junho, foi suspensa do seu emprego e do salário, porque o empregador não acedeu ao seu pedido de trabalhar a tempo parcial.

Como já referimos no n.º 2 do ponto 25, apesar de também aqui o empregador se recusar a pagar o salário à empregada, pensamos que este caso não pode ser resolvido aplicando o princípio da igualdade de remuneração, mas que deve ser analisado à luz das disposições da Directiva 76/207, porque a recusa de pagamento do salário não é mais do que a consequência da recusa de emprego.

47. O órgão jurisdicional nacional afirma no despacho de reenvio que, em virtude das disposições da lei dos empregados, a decisão sobre se é possível ou não continuar a dar trabalho a uma empregada grávida cabe exclusivamente ao empregador. O órgão jurisdicional nacional observa que as razões a que obedece esta disposição são provavelmente que o empregador, tendo em conta as características do posto de trabalho, pode exigir à empregada uma capacidade de trabalho que justifique que esta pare a sua actividade numa data anterior ao período de três meses que precede o parto e que o empregador deve poder justificar a necessidade de despedir a empregada, embora sem precisar quais as condições exigidas para essa justificação.

48. O princípio da igualdade de tratamento estabelecido pela Directiva 76/207 não constitui obstáculo, nos termos do n.º 3 do seu artigo 2.º, às disposições relativas à protecção da mulher, designadamente no que respeita à gravidez e à maternidade. É esta disposição que assegura uma cobertura jurídica a todas as medidas de protecção adoptadas pelos Estados-Membros, tais como o reconhecimento, exclusivamente às mulheres, de um período de licença de maternidade.

A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que, ao reservar aos Estados-Membros o direito de manter ou adoptar disposições destinadas a proteger a mulher no que se refere à gravidez e à maternidade, o n.º 3 do artigo 2.º da Directiva 76/207 reconhece a legitimidade, em relação ao princípio da igualdade, da protecção da condição biológica da mulher durante e depois da gravidez, por um lado, e da protecção das especiais relações entre a mulher e o seu filho durante o período que se segue ao parto, por outro [26].

Para poderem estar abrangidas por esta excepção, as medidas devem ser directamente destinadas a proteger a mulher que se encontre numa dessas situações.

49. Ora, a disposição dinamarquesa controvertida, que permite ao empregador decidir discricionariamente se pode ou não continuar a dar trabalho a uma empregada grávida, apenas pelo facto de estar naquele estado, e uma vez que a referida lei não exige que a mulher tenha sido declarada em situação de incapacidade para o trabalho, não pode estar abrangida pela excepção do n.º 3 do artigo 2.º da Directiva 76/207 porque, longe de proteger a mulher grávida, estabelece a possibilidade de a privar temporariamente de trabalho por simples decisão do empregador.

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

Há, portanto, que analisar esta regra à luz das outras disposições da directiva, que impõem a igualdade estrita de tratamento entre trabalhadores masculinos e femininos e, concretamente, do n.º 1 do seu artigo 5.º, nos termos do qual 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.

50. De acordo com a jurisprudência constante deste Tribunal, «... uma discriminação só pode consistir na aplicação de normas diferentes a situações comparáveis ou da mesma regra a situações diferentes» [27]. O Tribunal já julgou que tanto a recusa de empregar uma mulher grávida [28] como o despedimento de uma empregada em razão da sua gravidez [29] constituem discriminações directas fundadas no sexo.

51. A disposição dinamarquesa controvertida concede ao empregador a possibilidade de prescindir temporariamente dos serviços de uma empregada grávida, ainda que não se encontre em situação de incapacidade para o trabalho, se considerar que não pode continuar a dar-lhe emprego. Esta possibilidade não existe em relação a um trabalhador masculino que não tenha sido declarado em situação de incapacidade para o trabalho e, estando uma e outro capacitados e dispostos a trabalhar, só no caso das mulheres é que o empregador poderá prescindir dos seus serviços enquanto estiverem grávidas.

Por consequência, uma disposição nacional deste teor, que introduz uma diferença de tratamento entre trabalhadores masculinos e femininos que não estão de baixa médica e se encontram, portanto, na disposição de trabalhar, estabelece uma discriminação directa em razão do sexo, contrária ao n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207, ao adoptar como critério de aplicação um estado em que só as mulheres se podem encontrar.

52. Pelas razões que acabo de expor, entendo que há que responder à sexta hipótese da questão prejudicial apresentada que o princípio da igualdade de tratamento no que se refere às condições de trabalho, incluindo as de despedimento, estabelecido no n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207, se opõe a uma disposição nacional que, em caso de gravidez de uma empregada que não tenha sido declarada em situação de incapacidade para o trabalho, deixa à discrição do empregador a decisão sobre se pode ou não continuar a dar-lhe emprego, sendo apenas obrigado a pagar-lhe metade do salário durante um período máximo de cinco meses compreendidos entre os três meses anteriores e os três meses posteriores ao parto.

27 — Acórdão de 14 de Fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, Colect., p. I-225, n.º 30).

28 — Acórdão Dekker, já referido (nota 23).

29 — Acórdãos Habermann-Beltermann e Webb, já referidos (nota 23).

Conclusão

À luz das considerações precedentes, propomos que o Tribunal de Justiça se digne:

1) Declarar inadmissível a questão prejudicial apresentada pelo Sø-og Handelsret no que respeita às quarta e quinta hipóteses.

2) Responder às primeira, segunda, terceira e sexta hipóteses da mesma questão prejudicial da seguinte forma:

«a) O princípio da igualdade de remuneração consagrado no artigo 119.° do Tratado e precisado no artigo 1.° da Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remunerações entre os trabalhadores masculinos e femininos, opõe-se a uma disposição nacional que prevê que, quando a incapacidade para o trabalho de uma mulher grávida, certificada por atestado médico, esteja relacionada com a gravidez, o empregador apenas é obrigado a pagar-lhe metade do seu salário durante um período máximo de cinco meses compreendido entre os três meses anteriores e os três meses posteriores ao parto, enquanto, no caso de uma incapacidade para o trabalho não relacionada com a gravidez, o empregador deve pagar aos seus empregados a totalidade do seu salário.

b) O n.° 1 do artigo 5.° 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, opõe-se a uma disposição nacional que, em caso de gravidez de uma empregada que não tenha sido declarada em situação de incapacidade para o trabalho, permite ao empregador decidir discricionariamente se pode ou não continuar a dar-lhe trabalho, sendo apenas obrigado a pagar-lhe metade do seu salário durante um período máximo de cinco meses compreendido entre os três meses anteriores e os três meses posteriores ao parto.»