ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)

3 de Fevereiro de 2000 *

No processo C-207/98,

que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), pelo Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern (Alemanha), destinado a obter, no litígio pendente nesse órgão jurisdicional entre

Silke-Karin Mahlburg

e

Land Mecklenburg-Vorpommern,

uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do 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 (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70),

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: P. J. G. Kapteyn (relator), exercendo funções de presidente da Sexta Secção, G. Hirsch e H. Ragnemalm, juízes,

advogado-geral: A. Saggio,

secretário: H. von Holstein, secretário adjunto,

vistas as observações escritas apresentadas:

— em representação de S.-K. Mahlburg, por K. Bertelsmann, advogado em Hamburgo,

— em representação do Governo finlandês, por T. Pynnä, consultora jurídica no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente,

— em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por P. Hillenkamp, consultor jurídico, e M. Wolfcarius, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes, assistidos por T. Eilmansberger, advogado no foro de Bruxelas,

visto o relatório para audiência,

ouvidas as alegações de S.-K. Mahlburg e da Comissão, na audiência de 3 de Junho de 1999,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 7 de Outubro de 1999,

profere o presente

Acórdão

1 Por despacho de 16 de Abril de 1998, entrado no Tribunal de Justiça em 2 de Junho seguinte, o Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern colocou, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), uma questão prejudicial sobre a interpretação do 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 (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70, a seguir «directiva»).

2 Esta questão foi colocada no âmbito de um litígio que opõe S.-K. Mahlburg ao Land Mecklenburg-Vorpommern com base na recusa deste em propor-lhe um contrato por tempo indeterminado pelo facto de se encontrar grávida, pelo que não poderia assumir, de imediato, as funções previstas para o lugar em causa.

Enquadramento jurídico

Direito comunitário

3 A directiva 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.

...»

Direito alemão

4 O § 611a do Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão, a seguir «BGB»), introduzido em 1980 a fim de proceder à transposição da directiva para direito alemão, dispõe nomeadamente:

«A entidade patronal não pode prejudicar um trabalhador em razão do sexo no âmbito de um acordo ou de uma medida, nomeadamente na constituição da relação laboral, nas promoções ou ainda no âmbito de uma instrução ou de um despedimento.»

5 As disposições relevantes da Mutterschutzgesetz, de 24 de Janeiro de 1952 (lei de protecção da maternidade, *BGBl.* I, p. 315), são as que constam dos §§ 3 a 5.

6 O § 3 da Mutterschutzgesetz dispõe:

«1) As mulheres grávidas não devem trabalhar se, de acordo com atestado médico, a continuação do trabalho for susceptível de pôr em perigo a vida ou a saúde da mãe ou do filho.

...»

7 O § 4 da Mutterschutzgesetz, que enuncia as outras proibições de trabalho, especifica:

«1) É proibida a atribuição a mulheres grávidas de trabalhos físicos pesados ou que as exponham aos efeitos nocivos de substâncias ou de radiações nocivas para a saúde, poeiras, gases ou vapores, calor, frio ou humidade, vibrações e ruído.

2) É proibido atribuir às mulheres grávidas, designadamente:

1. trabalhos que exijam regularmente a elevação, a movimentação ou o transporte manual, sem auxiliar mecânico, de cargas superiores a 5 kg ou, ocasionalmente, de cargas superiores a 10 kg. Se for necessário elevar, mover ou transportar à mão cargas mais pesadas, com ajuda de auxiliar mecânico, o esforço físico da mulher grávida não poderá ser maior do que para os trabalhos referidos na primeira parte,

...

3. trabalhos que as obriguem frequentemente a esticar-se ou a dobrar-se significativamente ou ainda a baixar-se ou manter-se permanentemente debruçadas,

...

6. trabalhos que, pelo facto de estarem grávidas, as exponham especialmente ao risco de contrair doença profissional, ou que, devido a esse risco, representem um perigo acrescido para a mãe ou para o feto,

...

8. trabalhos que as exponham a um risco acrescido de acidentes, nomeadamente de escorregar ou cair.

...»

8 O § 5, n.º 1, da Mutterschutzgesetz dispõe:

«A mulher grávida deve informar a entidade patronal sobre a gravidez e sobre a data presumível do parto logo que tiver conhecimento do seu estado. A pedido da entidade patronal, deve apresentar um atestado emitido por médico ou parteira. A entidade patronal deve informar de imediato a autoridade de supervisão sobre a notificação recebida da futura mãe. A entidade patronal não poderá informar terceiros sem autorização.»

Os factos e o litígio no processo principal

9 De 26 de Agosto de 1994 a 31 de Agosto de 1995, S.-K. Mahlburg foi contratada, como enfermeira, pela clínica universitária de cirurgia cardíaca da Universidade de Rostock, que depende do Land Mecklenburg-Vorpommern, no âmbito de um contrato de trabalho a termo. A partir de Fevereiro de 1995, diligenciou no sentido de obter um contrato de trabalho por tempo indeterminado. Tinha o apoio da enfermeira-chefe, a qual pediu ao serviço do pessoal da universidade que convertesse o contrato de trabalho de S.-K. Mahlburg em contrato por tempo indeterminado. Após ter sido informada de que apenas era possível propor-lhe um emprego por tempo indeterminado no caso de vaga concreta desse tipo de lugar, a recorrente no processo principal apresentou, em 1 de Junho de 1995, a sua candidatura a dois lugares por tempo indeterminado abertos no interior do estabelecimento.

10 Estes lugares destinavam-se a ser providos de imediato ou o mais rapidamente possível. As respectivas ofertas continham a seguinte descrição:

«— lugar a prover no bloco operatório; o trabalho será efectuado por turnos;

— preparar e controlar, mediante instruções, todos os objectos esterilizados e medicamentos necessários às operações;

— instrumentar durante as operações».

11 Por outro lado, uma das ofertas exigia formação de enfermeira ou de auxiliar de enfermagem em bloco operatório, comprovada por diploma, enquanto a outra

exigia formação profissional no domínio da enfermagem, comprovada por diploma, complementada por experiência em bloco operatório.

12 Em 1 de Junho de 1995, data da apresentação da sua candidatura, a recorrente no processo principal encontrava-se grávida. A gravidez tinha sido diagnosticada em 6 de Abril de 1995. Em 13 de Julho de 1995, a recorrente no processo principal informou por escrito a sua entidade patronal, à qual tinha entretanto solicitado um contrato por tempo indeterminado. Na sequência dessa carta, o recorrido no processo principal, a fim de dar cumprimento à Mutterschutzgesetz, procedeu a uma mutação interna. Desde então e até ao final do seu contrato de trabalho a termo, a recorrente no processo principal deixou de estar ao serviço como enfermeira na sala de operações, passando a estar afectada a outras actividades de enfermagem, ou seja, a actividades que não comportassem risco de infecção.

13 Em 18 de Setembro de 1995, o recorrido no processo principal decidiu não aceitar a candidatura de S.-K. Mahlburg pela seguinte razão:

«Os dois lugares foram descritos como devendo ser providos pelas enfermeiras do bloco operatório; a não aceitação das candidaturas de mulheres grávidas para esses lugares não constitui uma discriminação em razão da gravidez, antes responde aos imperativos legais. Os §§ 3 a 5 da Mutterschutzgesetz proíbem expressamente as entidades patronais de colocar as mulheres grávidas em áreas em que fiquem expostas à influência nefasta de substâncias nocivas. Em face dessas proibições legais, a sua candidatura ao lugar de enfermeira de bloco operatório não pôde ser aceite.»

14 A recorrente no processo principal contestou a rejeição da sua candidatura para o Arbeitsgericht Rostock (tribunal arbitral), alegando que a recusa de celebração de um contrato por tempo indeterminado e as razões que lhe estão na origem

constituem uma discriminação ilícita com base no sexo, na acepção do § 611a do BGB e do artigo 2.° da directiva.

15 Por decisão de 15 de Abril de 1997, o Arbeitsgericht Rostock julgou improcedente o pedido de S.-K. Mahlburg. Esta apresentou recurso dessa decisão para o órgão jurisdicional de reenvio, perante o qual reiterou a sua argumentação, enquanto o recorrido no processo principal alegou que a sua recusa na celebração do contrato de trabalho não constituía uma discriminação ilícita com base no sexo uma vez que a decisão de não celebrar esse contrato resultava do disposto na Mutterschutzgesetz, que a proibia de contratar a recorrente no processo principal nas condições dos lugares vagos: o recorrido no processo principal considera que, nessas condições, não podia ser obrigado a celebrar com ela um contrato de trabalho.

16 Resulta dos autos do processo principal que o Landesarbeitsgericht compartilha da posição do Arbeitsgericht segundo a qual decorre da jurisprudência do Bundesarbeitsgericht que o recorrido no processo principal não violou o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres referido no § 611a do BGB. De acordo com esta jurisprudência, o § 611a do BGB não se opõe a que uma entidade patronal decida não contratar uma candidata grávida pelo facto de uma proibição de prestação de trabalho, devida a essa gravidez, impedir a referida entidade patronal de afectar essa candidata, de imediato, ao lugar a prover.

17 O Landesarbeitsgericht Rostock acrescentou, porém, que o § 611a do BGB, que transpõe a directiva para direito alemão, deve ser interpretado em conformidade com o direito comunitário. A esse respeito, emite dúvidas quanto à compatibilidade da interpretação habitualmente dada ao § 611a do BGB com o artigo 2.° da directiva.

A questão prejudicial

18 Nestes termos, o Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Existe discriminação em razão do sexo, para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 2.º da Directiva 76/207/CEE, de 9 de Fevereiro de 1976, quando uma entidade patronal não admite uma candidata a um posto de trabalho livre, para que tem a necessária habilitação, por se encontrar grávida e não poder ocupar, de imediato, o referido lugar, a preencher mediante contrato por tempo indeterminado, por, nos termos da Mutterschutzgesetz (lei de protecção da maternidade), lhe ser vedado o exercício de actividade laboral durante a gravidez?»

Quanto à questão prejudicial

19 Através da questão que coloca, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se o artigo 2.º, n.º 1, da directiva se opõe à recusa de contratação de uma mulher grávida para um lugar a que corresponde um contrato por tempo indeterminado pelo facto de uma proibição legal de prestação de trabalho associada a esse estado impedir, durante a gravidez, que ela ocupe, de imediato, o referido lugar.

20 Há que lembrar que uma recusa de contratação com base em gravidez só pode ser feita às mulheres e constitui, assim, uma discriminação directa em razão do sexo (acórdão de 8 de Novembro de 1990, Dekker, C-177/88, Colect., p. I-3941, n.º 12).

21 Refira-se, porém, que, ao contrário do processo Dekker, já referido, a desigualdade de tratamento, num caso como o do processo principal, não se

baseia directamente no estado de gravidez da trabalhadora, resultando antes de uma proibição legal de prestação de trabalho associada a esse estado.

22 Essa proibição, decretada pela Mutterschutzgesetz, assenta no artigo 2.°, n.° 3, da directiva, segundo o qual a mesma não constitui obstáculo às disposições relativas à protecção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade.

23 Assim, há que apreciar se a directiva permite a uma entidade patronal não celebrar um contrato de trabalho por tempo indeterminado com base no facto de o respeito pela proibição de prestação de trabalho pelas mulheres grávidas impedir a trabalhadora de efectuar, de imediato, o trabalho no lugar a prover.

24 A esse respeito, importa referir, em primeiro lugar, que o Tribunal de Justiça decidiu que o despedimento de uma mulher grávida, contratada por tempo indeterminado, não pode basear-se em fundamentos relacionados com a sua incapacidade para cumprir uma das condições essenciais do seu contrato de trabalho. Embora a disponibilidade do assalariado seja necessariamente, para a entidade patronal, uma condição essencial à boa execução do trabalho, a protecção garantida pelo direito comunitário à mulher durante a gravidez e após o parto não pode depender da questão de saber se a sua presença, 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 (acórdão de 14 de Julho de 1994, Webb, C-32/93, Colect., p. I-3567, n.° 26).

25 Em seguida, há que salientar que a proibição de prestação de trabalho nocturno pelas mulheres grávidas, em princípio compatível com o artigo 2.°, n.° 3, da directiva, não pode, contudo, servir de base para pôr termo a um contrato de trabalho por tempo indeterminado existente (v., neste sentido, acórdão de 5 de Maio de 1994, Habermann-Beltermann, C-421/92, Colect., p. I-1657, n.^{os} 18 e 25). Na realidade, tal proibição só produz efeitos durante um período limitado relativamente à duração total do contrato (acórdão Habermann-Beltermann, já referido, n.° 23).

26 Por último, o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão de 30 de Abril de 1998, Thibault (C-136/95, Colect., p. I-2011, n.° 26), que o exercício dos direitos conferidos às mulheres em conformidade com o artigo 2.°, n.° 3, da directiva não pode ser objecto de um tratamento desfavorável no que se refere ao seu acesso ao emprego assim como às suas condições de trabalho, e que, nesta perspectiva, a directiva tem em vista atingir uma igualdade substancial e não formal.

27 Resulta desta jurisprudência 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 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.

28 Na fase oral foram formuladas observações relativamente às consequências financeiras que poderiam resultar de uma obrigação de contratar mulheres grávidas, designadamente para as pequenas e médias empresas.

29 A esse respeito, cabe lembrar que o Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que a recusa de contratação com base em gravidez não pode ser justificada por motivos assentes no prejuízo financeiro sofrido pela entidade patronal em caso de contratação de uma mulher grávida durante a sua licença de maternidade (acórdão Dekker, já referido, n.° 12). A mesma conclusão se impõe quanto ao prejuízo financeiro causado pelo facto de a mulher contratada não poder ocupar, durante o período da gravidez, o lugar em causa.

30 Há que responder, portanto, que o artigo 2.°, n.^{os} 1 e 3, da directiva se opõe à recusa de contratação de uma mulher grávida para um lugar a que corresponde um contrato por tempo indeterminado pelo facto de uma proibição legal de prestação de trabalho associada a esse estado impedir, durante a gravidez, que ela ocupe, de imediato, o referido lugar.

Quanto às despesas

31 As despesas efectuadas pelo Governo finlandês e pela Comissão, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

pronunciando-se sobre a questão submetida pelo Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern, por despacho de 16 de Abril de 1998, declara:

O artigo 2.º, n.ºs 1 e 3, 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 à recusa de

contratação de uma mulher grávida para um lugar a que corresponde um contrato por tempo indeterminado pelo facto de uma proibição legal de prestação de trabalho associada a esse estado impedir, durante a gravidez, que ela ocupe, de imediato, o referido lugar.

Kapteyn Hirsch Ragnemalm

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 3 de Fevereiro de 2000.

O secretário

R. Grass

O presidente da Sexta Secção

J. C. Moitinho de Almeida