CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO
apresentadas em 1 de Junho de 1994 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. O pedido de decisão prejudicial submetido ao Tribunal de Justiça pela House of Lords refere-se à interpretação de certas disposições 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 [1] (a seguir «directiva»).

O órgão jurisdicional nacional deseja, designadamente, ver esclarecido se o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, tal como está definido na directiva, obsta ao despedimento de uma mulher grávida que foi contratada através de um contrato sem prazo, mas com a finalidade específica de substituir — numa fase imediata — uma outra empregada durante a licença de maternidade desta última.

2. Torna-se necessário fazer uma síntese do contexto normativo comunitário e nacional para compreender os termos da questão.

Nos termos do artigo 2.°, n.° 1, da directiva, «o princípio da igualdade de tratamento... implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar». O artigo 5.°, n.° 1, estabelece, além disso, que «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». Recordemos finalmente que o artigo 2.°, n.° 3, da mesma directiva, esclarece que esta «não constitui obstáculo às disposições relativas à protecção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade».

Ainda no domínio das condições relativas ao despedimento, devem recordar-se as disposições do 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

* Língua original: italiano.
1 — JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70.

especial na acepção do n.° 1 do artigo 16.° da Directiva 89/391/CEE) [2]. A disposição que acabamos de referir proíbe, na verdade, o despedimento das trabalhadoras «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». Todavia, a directiva em questão ainda não entrou em vigor; a sua transposição para as ordens jurídicas nacionais deverá ser efectuada até 19 de Outubro de 1994.

3. Recordaremos antes de mais, no que respeita à legislação nacional aplicável, que o Employment Protection (Consolidation) Act [lei (de codificação) relativa à protecção do emprego] de 1978 proíbe os despedimentos abusivos (artigo 54.°) e que o despedimento por motivos de gravidez é considerado abusivo (artigo 60.°). Estas disposições não são, todavia, aplicáveis no caso de despedimentos ocorridos nos dois primeiros anos da relação do trabalho, como acontece no caso dos autos (artigo 64.°).

Por seu lado, o Sex Discrimination Act (lei relativa à discriminação em razão do sexo) de 1975 qualifica de discriminação directa em razão do sexo — e, por consequência, proíbe — o facto de se dar à mulher, em razão do seu sexo, um tratamento menos favorável do que o dado a um homem [artigo 1.°, alínea a)]. É também proibida a discriminação indirecta, que consiste em exigir que a mulher possua qualidades ou satisfaça condições que, embora idênticas às exigidas a um homem, se revelam prejudiciais para a mulher ou, em todo o caso, mais difíceis de preencher [artigo 1.°, alínea b)]. O artigo 2.° do Sex Discrimination Act estabelece, além disso, que as discriminações em razão do sexo, de que as mulheres são consideradas vítimas, devem também aplicar-se no que respeita ao tratamento dado aos homens, sem prejuízo do tratamento especial previsto a favor das mulheres no caso de gravidez ou maternidade. O artigo 5.°, n.° 3, reveste também um interesse especial, ao dispor que a comparação dos casos de pessoas de sexos ou estados matrimoniais diferentes «deve ser tal que as circunstâncias pertinentes num caso são as mesmas ou não são fundamentalmente diferentes no outro». Quanto ao que nos interessa neste processo, recordemos finalmente que o artigo 6.°, n.° 2, do Sex Discrimination Act declara ilícito o despedimento ou qualquer outra medida prejudicial tomada pela entidade patronal relativamente às trabalhadoras, desde que estas medidas constituam um tratamento discriminatório.

4. Analisemos agora os factos na origem do presente processo. Por carta de 26 de Junho de 1987, a EMO Air Cargo (UK) Ltd (a seguir «EMO») contratou C. Webb como empregada responsável das operações de importação, sob reserva de um período de estágio de três meses. Na entrevista de recrutamento, C. Webb foi informada de que o lugar estava vago em virtude da gravidez da Sr.ª Stewart, uma outra empregada da divisão «importações». Para estar em condições de substituir esta última, que tinha a intenção de continuar a trabalhar até ao fim do ano e retomar o seu trabalho após a licença de maternidade, C. Webb teria necessidade de

2 — JO L 348, p. 1.

um período de formação de seis meses; foi, por isso, previsto que o seu vínculo laboral se iniciaria com efeitos a partir de 1 de Julho seguinte. Precisemos desde já que, como revela claramente a reconstituição dos factos feita pelo Industrial Tribunal, o regresso da Sr.ª Stewart não implicaria o despedimento de C. Webb, o que confirma que o contrato celebrado com esta última foi celebrado por tempo indeterminado.

Duas semanas após ter começado a trabalhar, C. Webb apercebeu-se de que também ela esta grávida, circunstância que conduziu o administrador delegado da EMO a informá-la de que não lhe restava outra possibilidade senão despedi-la. Em 30 de Julho de 1987, C. Webb recebeu portanto uma carta cujo autor, após lhe ter recordado que o posto de trabalho que ocupava tinha ficado vago em virtude da gravidez duma outra empregada, afirmava: «uma vez que não nos informou que actualmente também se encontra grávida, não nos resta outra possibilidade senão pôr termo ao seu contrato de trabalho com a nossa sociedade».

5. O Industrial Tribunal, para o qual C. Webb interpôs recurso do despedimento, julgou improcedente o pedido da recorrente destinado a obter a declaração de que era vítima de uma discriminação directa em razão do sexo e, pelo contrário, concluiu que a razão efectiva do despedimento residia na impossibilidade de ela cumprir a missão principal para que tinha sido contratada, ou seja, substituir a Sr.ª Stewart durante o período em que esta estaria ausente em virtude da sua licença de maternidade. O órgão jurisdicional nacional chegou a essa conclusão baseando-se na convicção de que um empregado do sexo masculino, contratado para substituir uma outra empregada durante a sua licença de maternidade, teria sido igualmente licenciado se tivesse pedido autorização para se ausentar durante o período em questão.

Os recursos que C. Webb interpôs posteriormente para o Employment Appeal Tribunal em primeiro lugar e para a Court of Appeal em seguida foram também julgados improcedentes. C. Webb interpôs finalmente recurso para a House of Lords, que julgou oportuno submeter ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias uma questão prejudicial formulada da seguinte forma:

«Constitui discriminação em razão do sexo, proibida pela Directiva 76/207/CEE, o facto de uma entidade patronal despedir uma trabalhadora (a recorrente) que contratara com a finalidade específica de substituir (após formação) outra trabalhadora durante a licença de maternidade desta, sendo que

a) pouco depois do recrutamento, a entidade patronal verifica que a própria recorrente estará ausente do serviço com licença de maternidade durante o período da licença de maternidade da outra empregada, e a despede por precisar para esse lugar de alguém que possa trabalhar durante aquele período, e

b) se a entidade patronal tivesse tido conhecimento da gravidez da recorrente no momento do recrutamento, esta não teria sido contratada, e

c) a entidade patronal teria igualmente despedido um trabalhador do sexo masculino contratado para o mesmo efeito, que requeresse a dispensa do serviço no período em causa por razões médicas ou outras?»

6. Antes de passar à análise de mérito da questão, é necessário debruçarmo-nos brevemente sobre a questão, diversas vezes invocada no decorrer do processo, da aplicabilidade da directiva a este caso concreto, dado que o mesmo se refere a um litígio entre dois particulares e que, até ao presente, o Tribunal de Justiça não reconheceu efeito directo horizontal às directivas.

Recordemos, antes de mais, a esse respeito, que, ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à directiva, «o órgão jurisdicional nacional chamado a interpreta-lo é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o artigo 189.°, terceiro parágrafo, do Tratado» [3].

Ora, dado que o órgão jurisdicional de reenvio pede a interpretação de uma directiva que já foi transposta para o direito nacional, deve reconhecer-se que a resposta do Tribunal de Justiça pode ser-lhe útil para interpretar e aplicar as disposições pertinentes do Sex Discrimination Act 1975. Além disso, a House of Lords esclareceu ela própria no despacho de reenvio que «(deve) no entanto o tribunal do Reino Unido interpretar a legislação interna... por forma a respeitar a interpretação dada à directiva pelo Tribunal de Justiça, sempre que tal seja possível sem distorcer o significado da legislação interna».

7. Dito isto, importa antes de mais colocar a questão de saber se o despedimento, num caso como o que é objecto do processo principal, constitui uma discriminação directamente baseada no sexo na acepção da directiva. Deve, pois, averiguar-se se a razão essencial do despedimento é uma razão que se aplica indistintamente aos trabalhadores dos dois sexos ou, pelo contrário, se se aplica exclusivamente a um dos dois sexos.

É por demais evidente que a cessação dum contrato de trabalho causada por gravidez diz respeito exclusivamente às mulheres e constitui, por isso, uma discriminação directa em razão do sexo. O Tribunal de Justiça já teve ocasião de se pronunciar neste sentido quer no acórdão Dekker [4], respeitante a uma

3 — Acórdão de 13 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.° 8).

4 — Acórdão de 8 de Novembro de 1990, Dekker (C-177/88, Colect., p. I-3941).

recusa de empregar uma mulher grávida, como no acórdão Hertz [5], relativo ao despedimento de uma mulher que se encontrava nessa situação. No que diz respeito a esta última hipótese, que é aliás a mesma que a do caso dos autos, o Tribunal de Justiça, com efeito, afirmou que «o despedimento de um trabalhador feminino em razão da sua gravidez constitui uma discriminação directa em razão do sexo, como o é igualmente a recusa de empregar uma mulher grávida» [6].

8. Considerar que a recusa de recrutar e/ou o despedimento em razão da gravidez só podem aplicar-se às mulheres e constituem por isso uma discriminação directa em razão do sexo significa — com toda a evidência — que a igualdade substancial entre homens e mulheres em matéria de emprego implica que não se tenha em conta nem no momento de acesso ao emprego nem durante a relação de trabalho um acontecimento que — por definição — só afecta as mulheres. A lógica subjacente aos acórdãos Dekker e Hertz tem pois como consequência — não podia ser de outra forma — que a directiva deve ser entendida de forma tal que conduza a uma igualdade substancial e não a uma igualdade formal que seria, pelo contrário, a própria negação da igualdade.

Daí resulta que o despedimento de uma trabalhadora apenas pela razão de estar grávida é contrário ao artigo 5.°, n.° 1, da directiva, na medida em que constitui, pelo menos ao nível dos princípios, uma discriminação directa baseada no sexo [7].

9. O órgão jurisdicional de reenvio observa todavia que, neste caso concreto, e contrariamente ao acórdão Dekker, já referido, a desigualdade de tratamento não se baseia directamente no facto de a trabalhadora estar grávida, mas resulta da sua incapacidade de fornecer, durante determinado período, a prestação que constitui a razão específica da sua contratação. Noutros termos, C. Webb não teria sido despedida por estar grávida, mas porque o seu estado teve como efeito impedi-la de trabalhar durante o período em que deveria substituir a Sr.ª Stewart.

Na realidade, afigura-se difícil separar e distinguir o estado de gravidez da incapacidade de trabalhar durante um determinado período, que coincide, aliás, com a licença de maternidade. Num caso como o dos autos, o facto de a trabalhadora se ausentar do seu posto de trabalho é precisamente devido à sua gravidez, ou seja, a uma condição que respeita apenas às mulheres. Se é verdade que a trabalhadora em questão foi contratada para substituir, pouco tempo depois, uma outra trabalhadora durante a sua licença de maternidade, não é menos verdade que o seu recrutamento resulta de um contrato sem prazo e que a impossibilidade em que se encontra de fornecer a prestação para que foi

5 — Acórdão de 8 de Novembro de 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, a seguir acórdão «Hertz» (C-179/88, Colect., p. I-3941).

6 — Acórdão Hertz, já referido, n.° 13.

7 — Nesta óptica, o artigo 10.° da Directiva 92/85, já referida, nos termos do qual o despedimento de trabalhadoras durante o período compreendido entre o início da gravidez e o termo da licença de maternidade é proibido, salvo em casos excepcionais não ligados ao estado de gravidez, apenas confirma a interpretação do artigo 5.°, n.° 1, da directiva, que acabamos de fazer.

contratada respeita, pois, a um período limitado de tempo em relação à duração total do contrato.

10. O recente acórdão que o Tribunal de Justiça proferiu no processo Habermann-Beltermann [8] reveste-se de uma grande importância para a análise desta questão. Nesse processo, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se quanto à legalidade da cessação de uma relação de trabalho quer através de uma declaração de nulidade que afecta o contrato de trabalho quer através de uma denúncia do mesmo, num caso em que a desigualdade de tratamento não se baseava directamente na gravidez, mas resultava da proibição do trabalho nocturno inerente a esse estado, proibição que tem o seu fundamento no artigo 2.°, n.° 3, da mesma directiva.

Tendo o Tribunal de Justiça verificado que as questões prejudiciais se referiam neste caso a um contrato de duração indeterminada, em relação ao qual a proibição de trabalho de noite para as mulheres grávidas apenas tinha, pois, efeito por um período limitado, concluiu no sentido de que «a ruptura de um contrato por tempo indeterminado com base na gravidez da trabalhadora... não pode pois ser justificada pelo facto de uma proibição legal, imposta por motivo da gravidez, impedir temporariamente a trabalhadora de efectuar trabalho nocturno» (n.° 25), ou seja, o trabalho que era a razão específica da sua contratação.

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

11. Essa conclusão impõe-se, na nossa opinião, no caso presente, tanto mais quanto a cessação da relação de trabalho não está certamente ligada a uma proibição legal, como no caso acima invocado, nas resulta, pelo contrário, da simples necessidade de a entidade patronal evitar eventuais encargos financeiros [9] ou organizacionais ligados à obrigação de contratar uma empregada que — a título temporário — execute as tarefas que a empregada despedida deveria assumir em seguida. Daí resulta que o despedimento devido ao facto de a empregada em questão — em razão da sua gravidez — não ter podido respeitar uma das condições (explícitas ou implícitas) do contrato de trabalho, impedimento que é, de qualquer modo, temporário em relação à duração do contrato, deve ser pois considerado como contrário ao princípio da igualdade de tratamento, tal como estabelecido pela directiva.

A circunstância de que a entidade patronal não teria contratado a pessoa em questão se tivesse tido conhecimento da sua gravidez, apesar de sublinhada na questão prejudicial, não tem, nesta óptica, qualquer pertinência. Bastará recordar a esse respeito que, em qualquer caso, o despedimento não pode ser considerado lícito, uma vez que a própria

9 — Não parece, aliás, que, neste caso, o empregador tenha tido de suportar encargos financeiros particulares, dado que a legislação nacional na matéria subordina o pagamento das prestações durante a licença de maternidade a uma série de condições que C. Webb não preenchia. Em todo o caso, não é necessário recordar por outro lado que, como o Tribunal expressamente afirmou no acórdão Dekker, o prejuízo financeiro sofrido pela entidade patronal pelo facto de empregar uma pessoa em licença durante todo o período da gravidez não pode todavia justificar a discriminação cuja existência esteja provada (n.° 12).

interessada ignorava o seu estado [10], tal como indica o despacho de reenvio com suficiente clareza. Esta conclusão resulta, ainda que implicitamente, do acórdão Habermann-Beltermann, já referido, no qual o Tribunal de Justiça foi chamado a considerar, para efeitos da decisão, esse elemento de facto.

12. Foi, todavia, sustentado que no caso dos autos nem sequer se punha um problema de desigualdade, na medida em que a entidade patronal também teria despedido um trabalhador do sexo masculino que tivesse pedido autorização de se ausentar do trabalho, por motivos médicos ou outros, no decurso do mesmo período em que deveria suprir a ausência da empregada em licença de maternidade. Essa «prova» confirmaria que o despedimento teria sido decidido exclusivamente porque era necessário que o titular do posto de trabalho em questão estivesse presente durante o referido período.

Noutros termos, num caso como o dos autos, o despedimento não deveria ser considerado como uma discriminação (directa) em razão do sexo, na medida em que é devido a um elemento (impossibilidade de executar o contrato durante um período de tempo predeterminado) que implica as mesmas consequências em relação a um trabalhador do sexo masculino colocado na mesma situação. Essa interpretação supõe todavia que a situação de gravidez seja comparável à de um trabalhador do sexo masculino que esteja na impossibilidade de assegurar, por razões de saúde ou outras, uma determinada prestação de trabalho durante um certo período.

13. Esta hipótese é expressamente visada na questão colocada pelo órgão jurisdicional nacional. Resulta aliás do despacho de reenvio que o problema foi justamente colocado nestes termos pelos diferentes órgãos jurisdicionais nacionais a quem o processo foi submetido. Se o problema foi apresentado dessa forma, é precisamente para verificar, em conformidade como artigo 5.°, n.° 3, do Sex Discrimination Act, se existe um tratamento efectivamente reservado ao homem que possa servir de comparação ao dado a uma mulher que se encontra na situação do caso dos autos e, mais particularmente, se é legítimo comparar a indisponibilidade de uma mulher em virtude de gravidez à indisponibilidade do homem por razões de saúde.

Ora, não nos parece que se possa invocar com alguma utilidade para este efeito o acórdão Herts [11], no qual o Tribunal de Justiça considerou que o despedimento de um trabalhador do sexo feminino em virtude de licenças por doenças repetidas, doença que, no entanto, tem a sua origem numa gravidez

10 — Na nossa opinião, o desconhecimento da gravidez no momento da constituição da relação de trabalho não tem absolutamente qualquer pertinência para efeitos da válida constituição desta e — *a fortiori* — de um eventual despedimento, sem prejuízo das excepções a verificar em cada caso (v. ponto 12 das conclusões que apresentámos no processo Habermann-Beltermann, já referido).

11 — Acórdão já referido, em particular os n.^{os} 14 a 17.

ou num parto, não constitui uma discriminação directa em razão do sexo, se essas ausências se verificarem após o período de licença de maternidade e implicarem também, nas mesmas condições, o despedimento de um trabalhador do sexo masculino [12]. Com efeito, nesse caso, as mesmas condições (um certo número de ausências durante um determinado período) eram aplicáveis aos trabalhadores dos dois sexos. No caso dos autos, pelo contrário, a cessação da relação de trabalho é devida a uma condição (a gravidez) que é sem dúvida nenhuma aplicável apenas às mulheres.

14. O acórdão Hertz demonstra, quando muito, que as ausências por doença não podem ser equiparadas às ausências devidas às licenças de maternidade. Na realidade, na medida em que resulta do acórdão em questão que o despedimento decidido em virtude das ausências devidas a doença, apesar de esta ter a sua origem numa gravidez ou num parto mas que ocorreu após o termo da licença de maternidade, não pode ser considerado como um tratamento discriminatório, daí resulta — por maioria de razão — que a gravidez não pode ser equiparada a uma doença. Pode observar-se, pelo contrário, mesmo que essa observação seja banal, que uma mulher doente é tratada da mesma forma que um homem doente, qualquer que seja a origem da sua doença. Uma mulher grávida não pode, pelo contrário, ser prejudicada, apenas por esse motivo, a ponto de ser excluída do mundo do trabalho.

A fortiori, não nos parece possível fazer comparações, que apesar disso foram invocadas no decurso do processo, entre uma mulher em licença de maternidade e um homem que não possa assegurar a sua prestação de trabalho em virtude de, por exemplo, dever participar numa manifestação desportiva, mesmo que se tratasse dos Jogos Olímpicos. Sem querer abordar outros aspectos, dir-se-á que, mesmo que seja um campeão (e quer se trate de um homem ou de uma mulher), o desportista está confrontado com uma opção normal que reflectirá as suas exigências e prioridades na vida. Não pode razoavelmente sustentar-se a mesma tese em relação a uma mulher grávida, a menos que se considere — mas isso seria absurdo — que uma mulher que deseja conservar o seu trabalho tem sempre a opção, apesar disso, de renunciar à maternidade.

15. Atentas as observações que formulámos até agora, consideramos que é supérfluo abordar a questão, suscitada pela Comissão no decurso do processo, relativa às hipóteses em que não é um contrato sem prazo que está em causa, como no causo dos autos, mas um contrato com prazo, eventualmente limitado ao período durante o qual a empregada que acaba de ser contratada deva encontrar-se em licença de maternidade.

12 — O acórdão em questão não pode certamente ser entendido no sentido de que o Tribunal de Justiça julgou lícito (ou em todo o caso justificado) o despedimento de uma mulher ausente do seu trabalho por uma razão (doença) ligada à sua gravidez. Vistas bem as coisas, o Tribunal de Justiça, com efeito, julgou determinante a circunstância de a doença da Sr.ª Hertz ter ocorrido após o seu regresso ao trabalho no termo da licença de maternidade. Isso implica que uma doença ligada à gravidez está coberta pela directiva, implicando a ilegalidade do despedimento, na medida em que a referida doença sobrevenha durante a licença de maternidade, ou seja, durante um período definido pelos Estados-membros na acepção da derrogação prevista no artigo 2.°, n.° 3, da directiva.

Também não consideramos necessário determo-nos sobre os diversos mecanismos sugeridos pela Comissão a fim de poupar à entidade patronal as consequências financeiras com que seria confrontada se se verificasse que a trabalhadora acabada de contratar não estará em condições, mesmo a título de temporário, de assegurar a prestação de trabalho que é chamada a prestar. A eventual suspensão do contrato de trabalho e/ou as alterações eventuais dos termos deste, na sequência da incapacidade da trabalhadora de assegurar a sua prestação de trabalho durante um período determinado, continuam de facto regidas, na fase actual, pelo direito nacional [13], desde que — naturalmente — a sua aplicação não implique violação do princípio da igualdade de tratamento.

16. À luz das considerações precedentes, propomos que o Tribunal responda da forma seguinte à questão submetida pela House of Lords:

«Os artigos 2.°, n.° 1, e 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE obstam a uma interpretação do direito nacional que autorize o despedimento de uma mulher contratada através de um contrato de trabalho sem prazo em virtude de a trabalhadora em questão — pelo facto de estar grávida — dever ausentar-se do seu trabalho no período durante o qual deveria assegurar a substituição de uma outra empregada, ela própria ausente por licença de maternidade.»

13 — A própria Directiva 92/85, cuja entrada em vigor está prevista para 19 de Outubro de 1994 e que impõe uma série de obrigações incondicionais aos Estados-membros no que diz respeito ao tratamento das trabalhadoras durante a licença de maternidade, deixa, com efeito, aos Estados-membros a possibilidade de condicionar o direito à remuneração e ao pagamento de certas prestações à condição de que a trabalhadora em questão tenha cumprido um período de trabalho prévio, cuja duração não pode ser superior a doze meses, imediatamente antes da data presumida do parto (artigo 11.°).