CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 5 de Fevereiro de 1998 *

Índice

I — O litígio nos órgãos jurisdicionais nacionais ..... I - 4188

II — As questões prejudiciais ..... I - 4190

III — A legislação comunitária ..... I - 4191

IV — A regulamentação nacional ..... I - 4192

V — As observações apresentadas no processo prejudicial ..... I - 4195

VI — Apreciação das questões prejudiciais ..... I - 4197

A — Observações preliminares ..... I - 4197

B — A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à aplicação às trabalhadoras grávidas ou puérperas dos direitos dos trabalhadores regulados pela Directiva 76/207 ..... I - 4201

1) Os acórdãos Dekker e Hertz, em que o Tribunal considerou ser discriminatório recusar a contratação de uma mulher grávida e não considerou ser discriminatório despedir uma mulher devido a incapacidade para o trabalho após a licença por maternidade, apesar de a doença ter tido origem no parto ..... I - 4201

2) O acórdão Habermann-Beltermann, em que o Tribunal considerou discriminatório declarar nulo um contrato de trabalho ou denunciá-lo em consequência de uma proibição legal de trabalho nocturno de mulheres grávidas ..... I - 4207

3) O acórdão Webb, em que o Tribunal entendeu que a situação de uma mulher grávida, incapacitada para desempenhar as funções para que fora contratada, não pode ser comparada com a de um homem que sofre da mesma incapacidade por razões médicas ou de outra natureza ..... I - 4208

4) O acórdão Larsson, em que o Tribunal parece ter considerado não ser discriminatório tomar em conta, para efeitos de despedimento, a incapacidade para o trabalho da mulher originada pela gravidez antes do início da licença por maternidade ..... I - 4209

* Língua original: espanhol.

C — A *primeira questão prejudicial submetida pela House of Lords: o despedimento de uma mulher grávida por incapacidade para o trabalho originada pela gravidez* ..... I - 4213

D — A segunda questão prejudicial submetida pela House of Lords: o despedimento de uma mulher grávida no período em que, se preenchesse os requisitos impostos pela legislação nacional, poderia gozar de licença em razão da gravidez e do parto ..... I - 4219

VII — Conclusão ..... I - 4222

1. É contrário ao direito comunitário e, concretamente, às disposições da Directiva 76/207/CEE [1] (a seguir «Directiva 76/207»), que uma entidade patronal despeça uma trabalhadora grávida devido a incapacidade para o trabalho causada por uma doença originada pela gravidez, cuja duração excedeu o período de tempo que, ao abrigo de uma cláusula contratual, permite despedir trabalhadores por doença? Esta é, em linhas gerais, a questão prejudicial que foi submetida pela House of Lords.

I — O litígio nos órgãos jurisdicionais nacionais

2. Os factos, tal como descritos no acórdão de reenvio, são os seguintes: M. Brown, recorrente no processo principal, trabalhava como motorista na sociedade Rentokil Limited, depois Rentokil Initial UK Limited (a seguir «Rentokil»), recorrida no mesmo processo. O trabalho consistia, principalmente, em transportar e substituir as unidades Sanitact em lojas e outros locais. Informou a entidade patronal em Agosto de 1990 de que estava grávida.

Posteriormente, a gravidez começou a complicar-se devido a um determinado número de causas relacionadas entre si, que não estão especificadas nos autos. A partir de 16 de Agosto de 1990, apresentou vários atestados médicos de quatro semanas cada, sendo os diagnósticos de «sintomas de gravidez», «hemorragias devidas à gravidez» ou «dores lombares causadas pela gravidez». Desde então, e até ao momento em que foi despedida, a recorrente ficou incapacitada para o trabalho.

3. A recorrida incluíra nos contratos de trabalho uma cláusula nos termos da qual qualquer trabalhador, homem ou mulher, que permanecesse numa situação de baixa por doença de mais de 26 semanas sem interrupção seria despedido. Em 9 de Novembro de 1990, M. Brown foi recebido por dois responsáveis da empresa, que lhe comunicaram que decorrera metade desse período e lhe

1 — 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).

recordaram que o seu contrato de trabalho cessaria em 8 de Fevereiro do ano seguinte se entretanto não voltasse ao trabalho depois de efectuar um exame médico independente que confirmasse a sua aptidão para trabalhar. Isso mesmo foi-lhe reafirmado por uma carta do mesmo dia.

M. Brown não voltou ao trabalho depois de ter recebido essa carta. É pacífico que nunca esteve previsto que ela pudesse fazê-lo antes de terminado o período de 26 semanas.

4. Em aplicação da referida cláusula, M. Brown foi despedida durante a gravidez, por carta de 30 de Janeiro de 1991, com efeitos a 8 de Fevereiro seguinte. O parto ocorreu em 22 de Março de 1991.

5. O órgão jurisdicional nacional indica no acórdão de reenvio que, se se partisse da hipótese de que o dia 22 de Março de 1991 era também a data prevista para o parto, e se a recorrente tivesse dois anos de emprego em 30 de Dezembro de 1990, teria o direito de faltar devido à gravidez a partir da décima primeira semana anterior ao parto [2] e poderia voltar ao trabalho em qualquer momento durante as 29 semanas subsequentes (right to return to work). Dado que a duração do seu vínculo laboral não o permitia, a recorrente não pôde beneficiar desse direito. Se não tivesse sido despedida, teria direito a receber uma prestação de maternidade a cargo da entidade patronal.

6. O Industrial Tribunal julgou improcedente a impugnação do despedimento baseada na existência de discriminação em razão do sexo, afirmando que era claro, numa situação como a presente, que, «quando faltas devidas a uma doença relacionada com a gravidez, mas que começaram muito tempo antes de as disposições legais sobre a maternidade serem aplicáveis e prosseguiram posteriormente sem interrupção, sejam seguidas de despedimento, este não se inclui na categoria dos despedimentos que devem ser automaticamente considerados discriminatórios por se deverem à gravidez».

7. Por decisão de 23 de Março de 1992 o Employment Appeal Tribunal negou provimento ao recurso de M. Brown. Este órgão jurisdicional considerou-se vinculado pelo acórdão da Court of Appeal no processo Webb/EMO Air Cargo UK Limited, de 1992, e declarou que o tribunal de primeira instância decidira correctamente, no estado actual do direito.

8. Ao proferir a decisão de 18 de Janeiro de 1995 da Extra Division da Court of Session (Tribunal Superior da Escócia em matéria cível), Lord Allanbridge declarou que a

2 — De acordo com o previsto nos termos da Section 33 do Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (Lei sobre a protecção do emprego, versão consolidada).

conclusão preliminar era que, no caso M. Brown, não houvera discriminação na acepção do Sex Discrimination Act 1975. Afirmou ainda que a distinção clara estabelecida pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Hertz* [3], entre gravidez e doenças que podem ser atribuídas à gravidez, era aplicável ao recurso interposto por M. Brown. Assim sendo, a recorrente, cujas faltas se deviam a doença e fora despedida devido a essa doença em Fevereiro de 1991, não podia obter vencimento com base na matéria de facto existente.

II — As questões prejudiciais

9. Para poder decidir este litígio, que lhe foi submetido por recurso do acórdão de 18 de Janeiro de 1995, a House of Lords, ouvidas as partes, submeteu ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«1) a) É contrário aos artigos 2.°, n.° 1, e 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207 do Conselho das Comunidades Europeias (a seguir "directiva sobre a igualdade de tratamento") despedir uma trabalhadora, em qualquer momento da gravidez, devido a faltas por doença resultante da gravidez?

b) Tem importância para a resposta à questão 1 (a) que a trabalhadora tenha sido despedida ao abrigo de uma cláusula contratual que permite à entidade patronal despedir trabalhadores, independentemente do seu sexo, depois de um determinado número de semanas de faltas continuadas?

2) a) É contrário aos artigos 2.°, n.° 1, e 5.°, n.° 1, da directiva sobre a igualdade de tratamento despedir, devido a faltas por doença resultante da gravidez, uma trabalhadora que não preenche os requisitos para ter dispensa de trabalho em razão da gravidez ou do parto durante o período previsto pelo direito nacional por não ter estado empregada durante o período exigido pelo direito nacional, quando o despedimento tenha ocorrido durante esse período?

b) Tem importância para a resposta à questão 2 (a) que a trabalhadora tenha sido despedida ao abrigo de uma cláusula contratual que permite à entidade patronal despedir trabalhadores, independentemente do seu sexo, depois de um determinado número de semanas de faltas continuadas?»

3 — Acórdão de 8 de Novembro de 1990 (C-179/88, Colect., p. I-3979).

III — A legislação comunitária

Todas as disposições comunitárias cuja interpretação é necessária para decidir o litígio se encontram na Directiva 76/207; trata-se dos n.os 1 a 3 do artigo 2.° e dos n.os 1 e 2 do artigo 5.°, cujo teor é o seguinte:

«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.

2. ...

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

«Artigo 5.°

1. A aplicação do princípio da igualdade de tratamento no que se refere às condições de trabalho, incluindo as condições de despedimento, implicam que sejam asseguradas aos homens e às mulheres as mesmas condições, sem discriminação em razão do sexo.

2. Para esse efeito, os Estados-Membros adoptarão as medidas necessárias a fim de que:

a) sejam suprimidas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas contrárias ao princípio de igualdade de tratamento;

b) sejam nulas, anuláveis ou possam ser revistas as disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento que figurem em convenções colectivas ou em contratos individuais de trabalho, em regulamentos internos das empresas, bem como nos estatutos das profissões independentes;

c) ...».

10. Em 19 de Outubro de 1992, o Conselho adoptou a Directiva 92/85/CEE [4], destinada a proteger a segurança e saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho (a seguir «Directiva 92/85»), que obriga os Estados-Membros a adoptar, antes de 19 de Outubro de 1994, entre outras, as disposições necessárias para que as trabalhadoras beneficiem de uma licença por maternidade de, pelo menos, catorze semanas consecutivas, a gozar antes e/ou depois do parto, sendo duas delas obrigatórias. Estabelece também a proibição de despedir uma trabalhadora grávida, *nos seguintes termos:*

«Artigo 10.°

...

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

...»

11. Todavia, como M. Brown foi despedida em inícios de 1991, é inútil interpretar estas disposições.

IV — A regulamentação nacional

12. As disposições nacionais aplicáveis ao processo principal constam do Sex Discrimination Act 1975 (a seguir «lei de 1975»), do Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (a seguir «lei de 1978») e do Social Security Act 1986 (a seguir «lei de 1986»).

A lei de 1975 estabelece nas Sections 1 e 5 que uma mulher é discriminada em razão do sexo se, para efeitos da lei, for tratada de forma menos favorável do que um homem. A comparação entre a situação de pessoas de sexo ou estado civil diferentes deve ser feita por forma a que as circunstâncias em ambos os casos sejam as mesmas ou a que não haja diferenças materiais.

Relativamente aos direitos relacionados com a gravidez e a maternidade, a lei de 1978

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

estabelecia, no momento em que M. Brown foi despedida, que a trabalhadora que faltasse ao trabalho devido a gravidez ou parto tinha direito a retomar o seu lugar sempre que estivessem reunidas as seguintes condições:

— a interessada tivesse estado empregada, em situação de actividade ou não, no início da décima primeira semana anterior à data prevista para o parto;

— no início da décima primeira semana tivesse estado empregada durante pelo menos dois anos;

— tivesse informado a entidade patronal, por escrito, pelo menos 21 dias antes de suspender a sua actividade:

— de que a falta se devia à gravidez ou ao parto,

— de que pretendia retomar o seu trabalho,

— da semana em que estava previsto o parto ou, se este já tivesse ocorrido, da data do mesmo.

— apresentasse, a pedido da entidade patronal, um atestado médico do qual constasse a semana prevista para o parto.

No que se refere ao despedimento, a lei de 1978 previa, no momento em que ocorreram os factos do processo principal, que o despedimento de uma trabalhadora devia ser considerado ilícito se a razão directa ou indirecta do mesmo fosse o facto de estar grávida, a não ser que, na data em que teve efeitos o despedimento, a trabalhadora estivesse impossibilitada, devido à gravidez, de desempenhar adequadamente o seu trabalho, ou se, pela mesma razão, não pudesse continuar a fazê-lo após essa data sem infringir, ou sem que a entidade patronal infringisse, uma obrigação ou restrição impostos por uma disposição normativa. O órgão jurisdicional nacional refere que, no momento em que ocorreram os factos do processo principal, para poder beneficiar da protecção contra o despedimento ilícito, M. Brown devia ter dois anos de trabalho ininterruptos, o que não era o caso.

As alterações feitas, posteriormente, às disposições dessa lei relativas ao despedimento ilícito, a fim de incorporar as disposições da Directiva 92/85, entraram em vigor em 10 de Junho de 1994.

Por último, e para o que ora interessa, a lei de 1986 prevê que a trabalhadora por conta de outrem tem direito a receber uma prestação de maternidade a cargo da entidade patronal se preencher as seguintes condições:

— ter estado ao serviço da entidade patronal durante um período continuado mínimo de 26 semanas antes da décima quarta semana que precede a data prevista para o parto, se deixar de trabalhar parcial ou totalmente devido à gravidez ou ao parto;

— ter recebido, durante as oito semanas anteriores à décima quarta semana que precede a data prevista para o parto, um salário semanal não inferior a um rendimento mínimo aplicável antes do início dessa mesma décima quarta semana;

— ter chegado ao início da décima primeira semana que precede a data prevista para o parto ou ter dado à luz antes desse momento;

— ter informado a entidade patronal de que cessava a actividade por causa da gravidez ou do parto.

A prestação de maternidade é paga durante um período máximo de dezoito semanas, que se inicia, normalmente, na décima primeira semana que precede a data prevista para o parto mas nunca mais tarde que a sexta semana. Prevêem-se dois tipos de prestações, ditos de tipo superior e de tipo inferior. O tipo superior equivale a nove décimos do *salário semanal normal* da trabalhadora durante o período de oito semanas que precede a décima quarta semana antes da data prevista para o parto; o tipo inferior, cujo montante é fixo, aplica-se se esse montante for mais elevado que o do tipo superior. A mulher que, durante dois anos ininterruptos antes do início da décima quarta semana que precede a data prevista para o parto, tenha trabalhado para uma entidade patronal que esteja obrigada a pagar-lhe essa prestação, receberá a de tipo superior durante as seis primeiras semanas e as de tipo inferior no período restante. A trabalhadora vinculada à entidade patronal por um contrato de trabalho com horário inferior a 16 horas semanais não tem direito a receber a prestação de tipo superior. A trabalhadora que tenha direito à prestação de maternidade sem ter direito à de tipo superior, receberá a de tipo inferior.

Segundo consta dos autos, o montante da prestação de maternidade de tipo inferior era, em 1996, de 54,55 UKL por semana [5].

5 — Social Security Benefits Up-rating Order 1996, SI 1996/599, Sections 1 (2) (c), e 10, a partir de 7 de Abril de 1996. O montante anterior era de 52,50 UKL [Social Security Benefits Up-rating Order 1995, SI 1995/559, Section (10)]. Não consta dos autos o montante aplicável na altura em que ocorreram os factos do processo principal.

V — As observações apresentadas no processo prejudicial

13. Foram apresentadas observações escritas, no prazo estabelecido para o efeito no artigo 20.° do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, pela recorrente e pela recorrida no processo principal, pelo Governo do Reino Unido e pela Comissão, que também alegaram na audiência.

14. A recorrente, com base na jurisprudência deste Tribunal, que apreciaremos adiante, alega que o despedimento de uma mulher grávida por incapacidade para o trabalho originada pela gravidez é contrário à Directiva 76/207 e constitui uma discriminação directa em razão do sexo, dado que a gravidez só pode afectar as mulheres. Considera que é igualmente contrário à mesma directiva despedir uma trabalhadora grávida por incapacidade para o trabalho devida ao seu estado, quando ela não pode faltar ao trabalho devido à gravidez ou ao parto durante um determinado período, por não ter trabalhado o tempo necessário, se o despedimento ocorrer nesse período. Sustenta, por último, que o facto de o despedimento ter resultado da aplicação de uma cláusula contratual que permite à entidade patronal despedir um trabalhador, independentemente do sexo, quando este tenha faltado de forma ininterrupta durante um determinado número de semanas, não tem qualquer incidência para esta apreciação.

15. A recorrida refere que, se se contarem onze semanas antes da data prevista para o parto de M. Brown, obtém-se a data em que devem ser apreciados os seus direitos enquanto trabalhadora. Dado que em 30 de Dezembro de 1990 não tinha ainda dois anos de trabalho ininterruptos na empresa, não podia beneficiar do direito de faltar ao trabalho devido à maternidade e de retomar o seu lugar, nem podia invocar as disposições relativas ao despedimento ilícito destinadas a proteger as mulheres grávidas contra o despedimento ocasionado pelo seu estado. Teria, sim, direito a receber a prestação de maternidade de tipo inferior, a cargo do Estado.

Afirma que, dadas as circunstâncias em que se encontrava M. Brown, o seu despedimento não se deveu ao facto de estar grávida, mas ao carácter anormal da sua gravidez que a impediu de trabalhar, mais ou menos a partir da oitava semana. A sua incapacidade para o trabalho foi superior à previsível em circunstâncias normais, situando-se todo este período fora do que se concede à trabalhadora devido à gravidez e ao parto. A razão do despedimento residiu no facto de M. Brown ter estado doente durante a gravidez e de a sua incapacidade para o trabalho ter excedido 26 semanas.

Com base na mesma jurisprudência em que se apoia a recorrente para chegar à conclusão contrária, a recorrida entende que a cláusula que consta dos contratos de trabalho que celebra com os trabalhadores e que permitiu o despedimento da M. Brown, após 26 sema-

nas de faltas ao trabalho, não é discriminatória. Para o demonstrar, apresentou o exemplo de uma entidade patronal que contrata três mulheres grávidas. A primeira, de constituição forte, não falta até ao início do período em que pode faltar ao trabalho por motivo de gravidez ou parto; a segunda falta esporadicamente devido a problemas de saúde relacionados com a gravidez, antes de faltar por motivo de gravidez; a terceira seria M. Brown, cuja incapacidade para o trabalho causada pela gravidez excedeu 26 semanas e foi despedida nas mesmas condições que um trabalhador masculino que tenha faltado por doença por idêntico período de tempo. Por que razão haveria que qualificar um comportamento com estas características de discriminação em razão do sexo? Pelo contrário, se se desse a M. Brown um tratamento diferente do que é dado às outras trabalhadoras grávidas ou a trabalhadores masculinos, isso equivaleria a introduzir uma discriminação positiva aplicável unicamente a um determinado grupo de mulheres grávidas e não à generalidade.

A recorrida sustenta que existe uma diferença entre uma doença como aquela de que sofria M. Brown, que a impediu de trabalhar durante a quase totalidade da gestação, e os chamados «riscos normais da gravidez», de que dá como exemplos as náuseas matinais no início da gravidez e a fadiga à medida que se aproxima a data do parto, perturbações essas que, aliás, não são inerentes a todas as situações de gravidez. Em seu entender, a resposta a dar à House of Lords deve basear-se nessa diferença.

Relativamente ao facto de M. Brown ter sido despedida quando, se tivesse antiguidade suficiente, teria direito a faltar devido à sua maternidade próxima, a recorrida entende que, de acordo com o direito comunitário então aplicável, cabia exclusivamente aos Estados-Membros determinar as condições de acesso a esse direito, bem como a duração da ausência permitida. Fazendo uso dessa competência, a legislação britânica exigia uma antiguidade de dois anos. Em qualquer hipótese, M. Brown foi despedida por ter atingido o número de semanas de baixa por doença previsto no seu contrato de trabalho, e não pelas faltas durante o curto período em que, admitindo que tivesse o direito de faltar ao trabalho devido à gravidez, teria podido exercê-lo.

16. O Governo do Reino Unido salienta que o período em que M. Brown esteve temporariamente incapacitada para o trabalho, por causa da gravidez, é claramente superior ao previsto pelo direito nacional enquanto direito a faltar ao trabalho por gravidez ou parto. Afirma que, para responder às questões prejudiciais submetidas ao Tribunal de Justiça, há que distinguir entre o despedimento devido aos riscos normais e às perturbações habituais que acompanham a gravidez e o parto, como por exemplo faltas ao trabalho para exames médicos de rotina, faltas de curta duração devidas a náuseas matinais e as que precedem ou são imediatamente posteriores ao parto, e o despedimento de uma mulher devido a uma doença, relacionada ou não com a gravidez. No primeiro caso, o despedimento constitui uma discriminação directa em razão do sexo, enquanto, no

segundo caso, se trata de um despedimento lícito quando um trabalhador masculino, que tenha estado incapacitado para o trabalho durante um período idêntico, não tenha tratamento mais favorável. No entender do Reino Unido, compete ao juiz nacional apreciar se o período em que M. Brown esteve de baixa era justificado por um risco normal da gravidez.

17. A Comissão afirma que não há nenhuma razão objectiva para se distinguir, dentro do período de gravidez — para lhes conceder um tratamento diferente —, o período que decorre antes de a trabalhadora faltar ao trabalho devido à gravidez e o período que decorre entre esse momento e o parto. Também não lhe parece justificado distinguir entre os despedimentos causados por gravidez e os causados por incapacidade para o trabalho decorrente da gravidez, quando estes se verifiquem durante a gravidez da trabalhadora, já que os problemas de saúde ocasionados pela gravidez se devem a uma situação que afecta especificamente as mulheres, quer antes de faltarem, quer durante esse período. A aplicação às trabalhadoras que se encontram na situação de M. Brown da regra aplicável, em caso de doença, aos trabalhadores em geral constitui uma discriminação contra as mulheres, uma vez que se trata de situações diferentes.

A Comissão refere ainda que esta posição é confirmada pelo artigo 10.° da Directiva 92/85, que proíbe o despedimento das trabalhadoras no período compreendido entre o início da gravidez e o termo da licença por maternidade. Apesar de, no momento dos factos, não se ter esgotado ainda o prazo para transposição desta directiva pelos Estados-Membros, importa ter em conta as suas disposições para a interpretação da Directiva 76/207.

VI — Apreciação das questões prejudiciais

A — *Observações preliminares*

18. Antes de abordarmos a problemática suscitada por estas questões prejudiciais, queremos fazer algumas observações.

19. A primeira tem a ver com o despacho de reenvio, que é particularmente parco em detalhes sobre os factos do processo principal. Não se diz, por exemplo, há quanto tempo M. Brown estava grávida quando começou a sua incapacidade para o trabalho, nem qual a data prevista para o parto, nem se era uma gravidez de risco. Consideramos, além disso, que os motivos que, ao que parece, constam dos sucessivos atestados, a saber, «sintomas de gravidez», «hemorragias devidas à gravidez» e «dores lombares causadas pela gravidez», se eram os únicos, são, sobretudo o primeiro e o terceiro, muito pouco convincentes para um médico renovar

a baixa da trabalhadora durante 26 semanas seguidas. Não se diz se M. Brown se apresentou ao exame médico independente previsto no final das 26 semanas, nem, em caso afirmativo, qual foi o resultado do mesmo.

Imaginamos que esse exame tem por finalidade dar à empresa a possibilidade de dispor de uma opinião independente quanto às possibilidades de recuperação do trabalhador para reintegração no trabalho num futuro mais ou menos imediato, procedendo ao seu despedimento se o resultado desse exame fizer prever que a reintegração não se vai efectuar a curto ou médio prazo. Caso contrário, assemelhar-se-ia mais a um despedimento por doença do que a um despedimento justificado por uma excessiva onerosidade para a entidade patronal.

Se a incapacidade para o trabalho de M. Brown era, efectivamente, causada pela gravidez, e não há razão para pensar que assim não fosse, parece lógico supor que essa incapacidade iria desaparecer após o parto. Então, porque foi M. Brown despedida um mês e meio antes do parto? Seria apenas por já ter faltado 26 semanas, ou antes por a lei nacional também não lhe conceder o direito de ser reintegrada depois do parto, por não ter dois anos de antiguidade na empresa?

Trata-se, desde logo, de elementos de facto que compete ao juiz nacional apreciar à luz da interpretação que o Tribunal de Justiça dá do direito comunitário. Devemos reconhecer, no entanto, que teria sido útil podermos conhecer esses elementos.

20. A segunda observação tem a ver com a necessidade de delimitar, de uma vez por todas, os âmbitos de aplicação respectivos das Directivas 76/207 e 92/85 à luz do conteúdo das suas disposições e da sua finalidade [6]. A recorrida no processo principal afirma que as repercussões do acórdão neste processo serão muito limitadas, já que a Directiva 92/85 impõe aos Estados-Membros a obrigação de proibir, o mais tardar a partir de 19 de Outubro de 1994, o despedimento da trabalhadora grávida, puérpera ou lactante. Em sua opinião, M. Brown teve simplesmente pouca sorte, pois esta directiva ainda não tinha sido adoptada no momento do seu despedimento.

Não podemos concordar com esta perspectiva, já que as disposições de ambas as directivas são distintas e as finalidades que prosseguem são também diferentes.

21. Com efeito, a Directiva 76/207, cujo fundamento jurídico é o artigo 235.° do Tratado

6 — Essa necessidade já foi apontada quando a Directiva 92/85 era ainda projecto, por Shaw, J.: «Pregnancy discrimination in sex discrimination», *European Law Review*, 1991, p. 313-320, especialmente p. 318.

CE, constitui um acto da Comunidade considerado necessário, na altura, para concretizar o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, tanto no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais, como no que se refere às outras condições de trabalho [7]. As únicas excepções ao princípio de igualdade de tratamento que são permitidas constam dos n.os 2, 3 e 4 do artigo 2.° e dizem respeito, concretamente, às actividades profissionais para as quais, em razão da sua natureza, o sexo constitua uma condição determinante, às disposições relativas à protecção da mulher, especialmente no que se refere à gravidez e à maternidade, e às medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular para corrigir as desigualdades de facto que afectam as oportunidades das mulheres nos domínios referidos na directiva. Trata-se, em todos os casos, de medidas cuja regulamentação, no estado actual do direito comunitário, compete aos Estados-Membros.

dispõe que os grupos sujeitos a riscos especialmente sensíveis devem ser protegidos contra os perigos que os afectam especificamente.

A finalidade da Directiva 92/85 é a implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho. Tem, portanto, um conteúdo claramente protector, estabelecendo um tratamento diferenciado a favor da mulher que se encontre numa dessas situações. O próprio legislador reconhece, no nono considerando, que essa protecção não deve desfavorecer as mulheres no mercado de trabalho e não deve afectar as directivas em matéria de igualdade de tratamento entre homens e mulheres.

22. A Directiva 92/85, ao invés, tem como fundamento jurídico o artigo 118.° A do Tratado, que impõe ao Conselho a adopção, por meio de directivas, das prescrições mínimas destinadas a promover a melhoria, nomeadamente, das condições de trabalho, para proteger a segurança e a saúde dos trabalhadores; é a décima directiva especial adoptada em aplicação do n.° 1 do artigo 16.° da Directiva 89/391/CEE [8], cujo artigo 15.°

Como o Tribunal de Justiça já declarou no acórdão Webb [9], foi tendo em conta o risco que um eventual despedimento implica para a situação física e psíquica das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, incluindo o risco particularmente grave de incitar a trabalhadora grávida a interromper voluntariamente a gravidez, que o legislador comunitário, nos termos do artigo 10.° da Directiva 95/85, previu posteriormente uma protecção particular para a mulher ao instituir a proibição de despedimento durante o

7 — Terceiro considerando.

8 — Directiva 89/391/CEE do Conselho, de 12 de Junho de 1989, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho (JO L 183, p. 1).

9 — Acórdão de 14 de Julho de 1994, Webb (C-32/93, Colect., p. I-3567, n.os 21 e 22).

período compreendido entre o início da gravidez e o termo da licença por maternidade, sem prever qualquer excepção ou derrogação a essa proibição durante esse período, salvo nos casos excepcionais não relacionados com o estado da interessada.

23. É certo que, uma vez incorporada no direito interno dos Estados-Membros a proibição de despedimento estabelecida no artigo 10.° da Directiva 95/85, já não haverá que aplicar o artigo 5.° da Directiva 76/207, que consagra o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere às condições de trabalho, incluindo as condições de despedimento, aos casos em que uma mulher tenha sido despedida durante a gravidez.

Não obstante, a proibição de despedimento inscrita no artigo 10.° da Directiva 92/85 não resolve o problema de uma mulher que tenha voltado normalmente ao trabalho após o termo da licença por maternidade e tenha sido despedida por ter estado em situação de incapacidade para o trabalho ao longo do ano anterior, intermitentemente, durante o número de semanas estabelecido na legislação nacional: nesta hipótese, a mulher é despedida nas mesmas condições que um homem que esteve doente igual número de semanas, quando lhe for contado o período em que teve de ficar em casa por prescrição médica, porque, por exemplo, a sua gravidez apresentava o risco de abortar?

É por isso que o artigo 5.° da Directiva 76/207 e a jurisprudência interpretativa do Tribunal continuarão a ser imprescindíveis para dissipar qualquer dúvida quanto à possibilidade, para calcular as faltas ao trabalho que justificam um despedimento, de somar os períodos em que a mulher grávida esteve impossibilitada de trabalhar devido à gravidez, aos períodos anteriores à gravidez e aos posteriores à licença por maternidade.

24. A terceira observação tem a ver com a jurisprudência do Tribunal de Justiça para interpretação do princípio da igualdade de tratamento consagrado na Directiva 76/207 quando se trata dos direitos de trabalhadoras grávidas ou puérperas. À primeira vista, pode não parecer extraordinário que os quatro únicos acórdãos proferidos nesta matéria até à data em que terminou o prazo para apresentar observações escritas no presente processo, a saber, os acórdãos Dekker [10], Hertz [11], Habermann-Beltermann [12] e Webb [13], tenham servido às partes no processo principal, ao Reino Unido e à Comissão para defender posições tão opostas. O que é mais surpreendente, e mesmo preocupante, é que todos se baseiem nos mesmos fundamentos para sustentarem as suas posições.

Entendemos, portanto, que, para garantir a segurança jurídica, não basta responder às

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

11 — Referido na nota 3.

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

13 — Referido na nota 9.

questões prejudiciais que foram submetidas pela House of Lords, devendo-se além disso clarificar a jurisprudência existente. Pela nossa parte, passaremos em revista esses acórdãos e proporemos a interpretação que, em nossa opinião, lhes deve ser dada.

B — *A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à aplicação às trabalhadoras grávidas ou puérperas dos direitos dos trabalhadores regulados pela Directiva 76/207*

1) Os acórdãos Dekker e Hertz, em que o Tribunal considerou ser discriminatório recusar a contratação de uma mulher grávida e não considerou ser discriminatório despedir uma mulher devido a incapacidade para o trabalho após a licença por maternidade, apesar de a doença ter tido origem no parto

25. Em 8 de Novembro de 1990, o Tribunal de Justiça proferiu dois acórdãos que causaram grande impacto no sector do direito social comunitário relativo à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no âmbito laboral. Foram os primeiros processos em que se colocou a questão da interpretação da Directiva 76/206 e, mais exactamente, do direito de acesso ao trabalho ou à manutenção do posto de trabalho em situações tão exclusivamente femininas como são a gravidez e a maternidade. Ambos ilustram bem a tese mantida por L. M. Finley, que pode ser sintetizada na seguinte afirmação: «The fact that women bear children and men do not has been the major impediment to women becoming fully integrated into the public world of the workplace» [14].

26. Trata-se dos acórdãos Dekker [15] e Hertz [16]. No primeiro, o Tribunal respondeu à questão prejudicial que lhe tinha sido submetida pelo Hoge Raad der Nederlanden, num litígio em que E. Dekker, candidata a um lugar de educadora num centro de formação para adultos jovens, informara a comissão encarregada da apreciação das candidaturas de que estava grávida de três meses e fora proposta como candidata mais apta para exercer a função em causa; recorrera da recusa da entidade patronal de a contratar por estar já grávida aquando da apresentação da candidatura. Essa recusa tinha ocorrido após a entidade patronal ter sabido que a sua seguradora não lhe reembolsaria as prestações diárias que seria obrigada a pagar à trabalhadora durante a ausência devida à gravidez e ao parto. Com efeito, a lei nacional aplicável permitia à seguradora recusar, no todo ou em parte, o reembolso das prestações diárias à entidade patronal quando a incapacidade do trabalhador para exercer as suas funções ocorresse nos seis meses seguintes à admissão se, nesse momento, o estado de saúde do interessado permitisse prever a ocorrência da incapacidade dentro desse

14 — Finley, L. M.: «Transcending Equality Theory: A Way out of the Maternity and the Workplace Debate», *Columbia Law Review*, Vol. 86: 1118, p. 1119.

15 — Referido na nota 10.

16 — Referido na nota 3.

prazo. Não existindo qualquer excepção para os casos de gravidez, a incapacidade para desempenhar uma actividade por causa da maternidade era equiparada à incapacidade para desempenhar uma actividade devido a uma doença previsível.

O órgão jurisdicional nacional perguntava, no que ora interessa, se era contrária ao princípio de igualdade de tratamento estabelecido na Directiva 76/207 a recusa da entidade patronal de contratar a trabalhadora em tais circunstâncias.

27. No segundo acórdão, a questão prejudicial fora submetida pelo Højesteret da Dinamarca para resolver um litígio entre B. Hertz e a sua antiga entidade patronal, a Aldi Marked K/S. A trabalhadora tinha sido contratada em Julho de 1982 como empregada de caixa e vendedora a tempo parcial. Em Junho de 1983, deu à luz uma criança no termo de uma gravidez com complicações que, com o assentimento da entidade patronal, passara durante a maior parte do tempo em situação de baixa por doença. Em finais de 1983, no termo da sua licença por maternidade, B. Hertz retomou o trabalho e não faltou até Junho de 1984. No ano seguinte, esteve de baixa por doença durante cem dias úteis, razão pela qual foi despedida, tendo a empresa alegado que era prática corrente despedir os trabalhadores frequentemente ausentes por doença. Era pacífico que as faltas da recorrente entre Junho de 1984 e Junho de 1985 resultaram de sequelas do parto em 1983.

O órgão jurisdicional nacional perguntava se o n.° 1 do artigo 5.°, conjugado com o n.° 1 do artigo 2.° da Directiva 76/207, abrangia os despedimentos que eram consequência de faltas devidas a uma doença originada pela gravidez ou parto e, em caso de resposta afirmativa, se a protecção contra os despedimentos devidos a uma doença causada por gravidez ou por parto era válida sem limite de tempo.

28. O advogado geral M. Darmon, que apresentou conclusões comuns a ambos os processos, efectuou uma preciosa reflexão geral sobre a maternidade e o lugar que se lhe deve reservar, à luz do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, na vida económica e social das sociedades europeias [17], reflexão que mantém plena actualidade. Depois de se questionar sobre se existe um acontecimento que esteja mais ligado à própria especificidade da mulher, e se se pode conceber a igualdade de tratamento entre trabalhadores masculinos e femininos sem tomar em consideração a maternidade, conclui, no processo Dekker, que a recusa de contratar devido à maternidade próxima, ao tomar em consideração um acontecimento que respeita exclusivamente a trabalhadoras, é uma discriminação directa em razão do sexo.

29. O processo Hertz, afirmava, torna necessária, de modo talvez ainda mais premente, a

17 — Conclusões do advogado geral M. Darmon nos processos Hertz e Dekker, referidos nas notas 3 e 10, p. I-3956 e segs., nomeadamente, n.os 21 e segs., p. I-3960.

difícil conciliação entre o princípio da igualdade de tratamento e as exigências da vida económica. E acrescentava: «Como considerar os períodos de doença surgidos depois da licença por maternidade, mas directamente originados pela gravidez e parto? É necessário ou não aplicar-lhes o regime de certo modo de "direito comum" das faltas por motivos de saúde?» [18]. A conclusão a que chega neste caso é oposta à do processo Dekker, ou seja, que o despedimento de uma trabalhadora, fora dos períodos de licença por maternidade, por faltas devidas a uma doença originada pela gravidez ou pelo parto, não constitui uma discriminação directa em razão do sexo.

30. Devemos referir, no entanto, que esta afirmação algo abrupta é consequência de um raciocínio que tem sempre presente a ideia de que se trata de faltas de trabalhadoras justificadas por uma doença que tem origem na gravidez ou no parto, e que se verifica *depois de terminada* a licença por maternidade. Com efeito, no n.º 43, admite: «Estivemos tentados — porque não confessá-lo? — a propor ao Tribunal uma solução na qual os estados patológicos resultantes de modo directo, certo e preponderante da gravidez ou do parto beneficiariam de uma espécie de "imunidade" no sentido de que o princípio da igualdade de tratamento se oporia à possibilidade de o empregador, *durante um período razoável a contar do acontecimento considerado, despedir a sua empregada...*» [19].

No n.º 45, afirma: «... se *as complicações causadas pelo parto* forem muito graves, o trabalhador feminino poderá ficar durante longos anos incapacitado para trabalhar, sem que o empregador possa despedi-lo...». No n.º 46 explica que: «... uma solução protectora de algumas *mulheres que tenham tido graves dificuldades pós-parto* — ou seja, em termos de estatística, uma solução aplicável a uma percentagem felizmente ínfima de situações — ameaça envolver perigos para a generalidade das mulheres que desejam aceder ao mercado de trabalho».

No número seguinte, quando se questiona sobre os critérios que o Tribunal poderia adoptar para definir em que casos o estado patológico deve ser abrangido pela protecção devida à maternidade, bem como para determinar a duração dessa protecção, a ideia subjacente continua a ser a aplicação do princípio da igualdade de tratamento, uma vez terminada a licença por maternidade da mulher.

E, no n.º 48, propõe como solução a distinção entre os riscos normais da gravidez e do parto, que define como «as complicações habituais que acompanham esses acontecimentos e que dão origem, por vezes, à concessão de um prazo de licença por maternidade suplementar», riscos esses que, em sua opinião, devem beneficiar de uma protecção comunitária na medida em que fazem parte da especificidade do estado de maternidade, e por outro, os estados patológicos que não relevam dos riscos ordinários da gravidez e que devem, assim, obter o mesmo tratamento

18 — N.º 40.

19 — Todos os sublinhados são nossos.

que as situações de doença «de direito comum», acrescentando que «... na falta de disposições de direito nacional que concedam uma protecção especial à mulher, o empregador deve poder despedir a empregada *no fim da licença por maternidade*... Assim, *quando o trabalhador feminino tenha esgotado os seus direitos às diferentes licenças de maternidade, as faltas por motivo de doença, mesmo que tenham a sua origem na gravidez ou no parto, não podem ser abrangidas pelos riscos normais da maternidade e devem, consequentemente, ser consideradas do mesmo modo que as de qualquer outro trabalhador*, excepto se o legislador nacional instituir uma protecção especial com fundamento no artigo 2.°, n.° 3, da directiva».

31. Os dois acórdãos foram proferidos pelo Tribunal Pleno e o Tribunal acolheu a tese do advogado geral. As audiências realizaram-se em 3 de Outubro 1989 e as conclusões foram apresentadas em 14 de Novembro seguinte. O facto de os acórdãos terem demorado um ano constitui, em nossa opinião, uma indicação das dificuldades que estes processos apresentavam, em especial o processo Hertz, como reconhece o próprio Tribunal de Justiça no n.° 7 do acórdão, e que podem explicar a brevidade da fundamentação que caracteriza os dois acórdãos.

32. No acórdão Dekker, o Tribunal considerou que uma recusa de contratação por motivo de gravidez só pode ser feita às mulheres e constitui, assim, uma discriminação directa em razão do sexo; considerou ainda que uma recusa de contratação devida às consequências económicas de uma baixa por maternidade se baseava essencialmente na gravidez e essa discriminação não podia ser justificada por argumentos relacionados com o prejuízo económico sofrido pelo empregador em caso de contratação de uma mulher grávida, durante o período da sua licença por maternidade [20].

33. Os fundamentos e a parte decisória do acórdão Hertz merecem, no entanto, uma atenção especial. Lembraremos que as posições das partes, tal como resultam dos seus n.os 8 e 9, consistiam em defender, uns, que o despedimento de uma mulher por motivo de gravidez, de parto ou de faltas repetidas devidas a uma doença com origem na gravidez ou no parto, seja qual for o momento em que a doença ocorra, é contrário ao princípio de igualdade de tratamento, uma vez que tais perturbações não podem atingir um trabalhador masculino e, em consequência, este último não poderia ser despedido pela mesma razão. Outros defendem que não se pode proibir uma entidade patronal de despedir uma trabalhadora com fundamento nas numerosas baixas por doença, apenas por doença, apenas por a doença ter origem na gravidez ou no parto. Tal proibição, que afectaria a entidade patronal durante muitos anos após o parto, poderia implicar não apenas dificuldades de gestão e consequências injustas para as empresas, mas também efeitos negativos para o emprego das mulheres.

34. Este acórdão reveste importância fundamental quando é necessário conciliar o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no quadro do trabalho e o papel que a mulher desempenha no processo reprodutivo. Com efeito, no n.° 13 lê-se: «resulta das... disposições da directiva

20 — Referido na nota 10, n.° 12.

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...». No n.° 14, o Tribunal declara que: «... o despedimento de um trabalhador feminino com fundamento em baixas por doença repetidas que não têm origem na gravidez ou no parto não constitui uma discriminação directa em razão do sexo, na medida em que tais baixas por doença implicarão o despedimento do trabalhador masculino nas mesmas condições» e, no n.° 15: «... a directiva [76/207] não contempla a hipótese da doença com origem na gravidez ou no parto. Todavia, permite a existência de disposições nacionais que garantam às mulheres direitos específicos em razão da gravidez e da maternidade, tais como a licença por maternidade. Daqui resulta que durante a licença por maternidade, de que beneficia nos termos da lei nacional, a mulher está protegida contra os despedimentos fundados na sua ausência. Compete a cada Estado-Membro fixar os períodos de licença por maternidade de forma a permitir aos trabalhadores femininos faltarem durante o período no decurso do qual as perturbações inerentes à gravidez e ao parto ocorrem.»

35. São os n.os 16 e 17 que, em nossa opinião, são decisivos para interpretar este acórdão. O Tribunal declara aí, textualmente:

«Tratando-se de uma doença que surge após a licença por maternidade, não há que distinguir a doença que tem a sua origem na gravidez ou no parto de qualquer outra doença. Tal estado patológico, portanto, está abrangido pelo regime geral aplicável em caso de doença.

Com efeito, os trabalhadores femininos e masculinos estão igualmente expostos à doença. Mesmo sendo verdade que algumas perturbações são próprias de um ou de outro sexo, a única questão é, pois, a de saber se uma mulher é despedida com fundamento em faltas devidas a doença nas mesmas condições que um homem; se tal for o caso, não existe discriminação directa em razão do sexo.»

36. Contudo, a dificuldade que surge no momento de interpretar o alcance deste acórdão reside em que a tónica posta no momento do aparecimento da doença não consta do dispositivo, que responde estritamente à questão prejudicial tal como foi colocada — cuja formulação o Tribunal reproduz literalmente —, nos seguintes termos: «Sob reserva das disposições da lei nacional adoptadas em aplicação do artigo 2.°, n.° 3, da Directiva 76/207/CEE... as disposições conjugadas do artigo 5.°, n.° 1, e do artigo 2.°, n.° 1, desta directiva não se opõem aos despedimentos que são consequência de faltas devidas a uma doença com origem na gravidez ou no parto.»

Esta aparente incoerência, de fácil explicação, tendo em conta que, nos n.os 16 e 17, o

Tribunal teve bem presentes as circunstâncias em que se pôs o litígio principal, enquanto, na parte decisória, se limita estritamente a dar resposta à questão prejudicial, tal como foi formulada pelo órgão jurisdicional nacional [21], é a causa das interpretações divergentes em que se baseiam as posições das partes no caso ora em análise.

37. Não temos qualquer dúvida de que este acórdão não se pode interpretar a partir unicamente do conteúdo da parte decisória, mas há que ter em conta que, no n.° 16, o Tribunal afirmou com inteira clareza que, se a doença surge após a licença por maternidade, não há que distinguir a doença que tem origem na gravidez ou no parto de qualquer outra doença.

E foi essa a interpretação que lhe foi dada pela doutrina que comentou este acórdão, pois todos os autores consultados sustentam, de forma mais ou menos crítica, que, quando o Tribunal de Justiça assegura que as disposições conjugadas do artigo 5.°, n.° 1, e do artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 76/207 não se opõem aos despedimentos que são consequência de faltas devidas a uma doença com origem na gravidez ou no parto, tem em vista as faltas da mulher que ocorrem *após* a licença por maternidade [22].

38. Esta é também a interpretação que dá o advogado geral G. Tesauro do acórdão Hertz, nas conclusões que apresentou no processo Webb [23]. No segundo parágrafo do n.° 13 afirma que no acórdão Hertz o Tribunal de Justiça considerou que o despedimento de uma trabalhadora em virtude de baixas por doença repetidas, doença que, no entanto, tem a sua origem numa gravidez ou num parto, não constitui uma discriminação *directa em razão do sexo, se essas ausências* se verificarem após o período de licença de maternidade [24], e acrescenta, na nota 12 que acompanha esta afirmação: «O acórdão em questão não pode certamente ser entendido

21 — A formulação da questão é a seguinte: «O disposto no artigo 5.°, n.° 1, conjugado com o artigo 2.°, n.° 1, da Directiva... (76/207/CEE), abrange os despedimentos que são consequência de ausências devidas a uma doença que tem a sua origem na gravidez ou no parto?»

22 — Jacqmain, J.: *Chroniques de droit social*, 1991, pp. 49-50, n.° 4; Devos, D.: *Journal des tribunaux du travail*, 1991, pp. 121-122, n.° 3; Shaw, J., *op. cit.*, pp. 313-320, especialmente p. 317; Traversa, E.: *Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, pp. 425-439, especialmente p. 436; Kilpatrick, C.: «How long is a piece of string? Regulation of the Post-Birth Period», in *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons, 1996, pp. 81 e segs., especialmente p. 84; Burrows, N. & Mair, J.: *European Social Law*, Wiley & Sons, 1996, p. 155; Nielsen, R.: *Common Market Law Review*, 1992, pp. 160-169, especialmente p. 164; More, G.: «Reflections on pregnancy discrimination under European Community Law», in *The Journal of Social Welfare and family Law*, 1992, pp. 48-56, especialmente, pp. 53 e 54; Bolger, M.: «Discrimination on Grounds of Pregnancy as Sex Discrimination», in *Gazette of the Incorporated Law Society of Ireland*, p. 383; Rodríguez-Piñero, M.: «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora», in *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1991, pp. 3 e segs., especialmente p. 8; Flynn, L.: «Pregnancy and Dismissal: Rejecting the "Sick Male" comparison», in *Irish Law Times*, Novembro de 1994, p. 257; Van Kraay, F.: «The Difference Between Pregnant Women and Sick Men», in *Law Teacher*, 1995, Vol. 29, pp. 92 e segs., especialmente p. 93; McGlynn, C. M. S.; «Webb/EMO: a hope for the Future», in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1995, pp. 50 e segs., especialmente p. 54; Boch, C.: *Common Market Law Review*, 1995, pp. 547 e segs., especialmente p. 558; Hervey, T.: *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, 1993, p. 67; Szyszczak, E.: «Community Law on Pregnancy and Maternity», in *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley & Sons, 1996, pp. 51 e segs., especialmente p. 54; Bolger, M.: *Irish Law Times and Solicitor's Journal*, 1994, pp. 65-66.

23 — Conclusões apresentadas no processo Webb, referido na nota 9, Colect., pp. I-3569 e segs.

24 — A mesma afirmação faz o advogado geral G. Tesauro nas conclusões que apresentou no processo Habermann-Beltermann, referido na nota 12, Colect., pp. I-1659 e segs.

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 Sra. Hertz ter ocorrido após o seu regresso ao trabalho no termo da licença de maternidade...». Insiste, no n.º 14, em que «... 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 da razão — que a gravidez não pode ser equiparada a uma doença...».

considerando-se que a razão para esta distinção reside em que, uma vez ocorrido o parto e terminada a licença por maternidade, a mulher já não se encontra num estado fisiologicamente distinto do dos trabalhadores masculinos e que, a partir desse momento, já não há que distinguir em função da origem da doença. Constituiria, desde logo, um privilégio contrário ao princípio da igualdade de tratamento que uma trabalhadora, por ter dado à luz em algum momento da sua vida, pudesse reivindicar uma espécie de garantia contra despedimentos durante o resto da sua carreira profissional, ao abrigo da qual não lhe seriam contados, para esse efeito, os períodos de incapacidade para o trabalho posteriores à licença por maternidade cuja origem se pudesse situar nessa gravidez ou no parto.

2) O acórdão Habermann-Beltermann, em que o Tribunal considerou discriminatório declarar nulo um contrato de trabalho ou denunciá-lo em consequência de uma proibição legal de trabalho nocturno de mulheres grávidas

39. A antinomia entre os acórdãos Dekker e Hertz, sublinhada por uma parte da doutrina [25], consiste em que, no primeiro, o Tribunal de Justiça qualificou de discriminação directa a recusa de contratação devido à gravidez, que apenas pode ser oposta à mulher, enquanto no segundo afirmou que, para efeitos de despedimento, se este ocorrer após a licença por maternidade, não há que distinguir a doença que tem origem na gravidez ou no parto de qualquer outra — quando é evidente que só as mulheres podem ser afectadas por uma doença com origem na gravidez ou no parto; em nossa opinião, esta antinomia apenas pode ser superada

40. No acórdão de 5 de Maio de 1994, Habermann-Beltermann [26], o Tribunal de Justiça decidiu as questões prejudiciais que lhe tinham sido submetidas pelo Arbeitsgericht Regensburg, relativas a um contrato de trabalho sem prazo celebrado entre uma entidade patronal e uma trabalhadora grávida. No momento da assinatura do contrato que estabelecia que o trabalho devia ser

25 — Jacqmain, J., *op. cit.*, p. 50; More, G., *op. cit.*, p. 55; Shaw, J., *op. cit.*, p. 320; Traversa, E., *op. cit.*, p. 436; McGlynn, C. M. S., *op. cit.*, pp. 54-55; Boch, C., *op. cit.*, p. 559; Kilpatrick C., *op. cit.*, p. 85; Szyszczak, E., *op. cit.*, p. 54; e Burrows, N. & Mair, J., *op. cit.*, p. 155.

26 — Referido na nota 12.

prestado de noite, ambas as partes ignoravam a existência dessa gravidez. O órgão jurisdicional nacional queria saber se o artigo 2.°, n.° 1, conjugado com os artigos 3.°, n.° 1, e 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207, se opunha, por um lado, a que o contrato em causa fosse declarado nulo devido à proibição de trabalho nocturno aplicável, por força do direito nacional, durante a gravidez e amamentação, e, por outro lado, a que fosse denunciado pela entidade patronal, por erro sobre as qualidades essenciais do outro contratante aquando da celebração do contrato.

O Tribunal de Justiça observou que, tratando-se de um contrato sem prazo, a proibição de prestação de trabalho nocturno por mulheres grávidas só produzia efeito por um período limitado relativamente à duração total do contrato e chegou à conclusão de que, nestas condições, seria contrário ao objectivo de protecção prosseguido pelo artigo 2.°, n.° 3, da Directiva 76/207 e privaria esta disposição de efeito útil admitir-se que o contrato pudesse ser declarado nulo ou pudesse ser denunciado devido ao impedimento temporário da trabalhadora grávida de efectuar o trabalho nocturno para o qual fora contratada. A resposta concreta que deu ao órgão jurisdicional nacional foi que as disposições da Directiva 76/207 se opõem a que um contrato de trabalho sem prazo, respeitante a um trabalho que deve ser efectuado de noite e celebrado por uma entidade patronal e uma trabalhadora grávida ignorando ambos essa gravidez, seja declarado nulo com base na proibição legal de trabalho nocturno aplicável, por força do direito nacional, durante a gravidez e amamentação, ou que seja denunciado pela entidade patronal com base em erro sobre as qualidades essenciais da trabalhadora no momento da celebração do contrato.

3) O acórdão Webb, em que o Tribunal entendeu que a situação de uma mulher grávida, incapacitada para desempenhar as funções para que fora contratada, não pode ser comparada com a de um homem que sofre da mesma incapacidade por razões médicas ou de outra natureza

41. Em 14 de Julho de 1994, O Tribunal de Justiça proferiu o acórdão Webb [27], respondendo à questão prejudicial que lhe foi submetida pela House of Lords quanto à interpretação da Directiva 76/207 para decidir um litígio entre uma entidade patronal e uma trabalhadora contratada por tempo indeterminado, que fora despedida quando a entidade patronal soube que ela estava grávida, alegando que a havia contratado com a finalidade específica de substituir — numa primeira fase — outra trabalhadora durante a licença por maternidade desta. Nesse acórdão, o Tribunal afirmou que não se devia examinar, como pedia o órgão jurisdicional nacional, se a situação de uma mulher que se encontra incapacitada para desempenhar a tarefa para que foi recrutada, em virtude de uma gravidez que se revelou pouco tempo após a celebração do contrato de trabalho, pode ser comparada com a de um homem que se encontre na mesma incapacidade, por

27 — Referido na nota 9.

razões médicas ou outras. No n.° 25, afirma: «... o estado de gravidez não é de forma nenhuma equiparável a um estado patológico, *a fortiori* a uma indisponibilidade de origem não médica, situações que podem provocar o despedimento de uma mulher sem que, por essa razão, o despedimento seja discriminatório em razão do sexo. No acórdão Hertz ... o Tribunal de Justiça distinguiu aliás com clareza a gravidez da doença, mesmo na hipótese de esta última ter a sua origem na gravidez *mas ocorrer após a licença de maternidade*.»

A conclusão a que chegou o Tribunal no n.° 27 foi que, numa situação como a de C. Webb, a cessação de um contrato sem prazo em razão da gravidez da trabalhadora não pode justificar-se pelo facto de a empregada se encontrar, a título meramente temporário, impedida de efectuar o trabalho para o qual foi contratada.

4) O acórdão Larsson, em que o Tribunal parece ter considerado não ser discriminatório tomar em conta, para efeitos de despedimento, a incapacidade para o trabalho da mulher originada pela gravidez antes do início da licença por maternidade

42. Assim, o Tribunal de Justiça proferiu, em 29 de Março de 1997 [28], o acórdão Larsson [29]. De novo se pedia, desta vez o Sø-og Handelsret, a interpretação dos artigos 5.°, n.° 1, e 2.°, n.° 1, da Directiva 76/207, aplicados a uma trabalhadora que tinha sido despedida depois de terminada a licença por maternidade, por baixas prolongadas devidas ao seu estado, que ocorreram, na sua maioria, durante a gravidez, justificadas com atestados médicos. Examinaremos com alguma atenção este acórdão.

H. Larsson tinha sido contratada como empregada pela empresa Føtex Supermarked A/S em Março de 1990. Em Agosto do ano seguinte informou a entidade patronal de que estava grávida. Durante a gravidez esteve de baixa médica em duas ocasiões. A primeira baixa durou 18 dias. A segunda, consequência de um prolapso pélvico provocado pela gravidez, durou aproximadamente quatro meses e meio. O parto ocorreu em 2 de Abril de 1992. A licença por maternidade, de vinte e quatro semanas, terminou em 18 de Setembro de 1992. Em seguida, gozou as suas férias anuais até 16 de Outubro. Durante a licença por maternidade e as férias, H. Larsson continuou em tratamento devido ao prolapso pélvico. Continuou em situação de baixa no fim das férias e só teve alta em 4 de Janeiro de 1993. Em 10 de Novembro de 1992, isto é, menos de um mês após o fim das suas férias anuais, a entidade patronal informou-a por carta do seu despedimento a partir do fim do mês de Dezembro. O motivo alegado para o despedimento era

28 — Data em que tinha já terminado o prazo para apresentar observações no caso de que ora nos ocupamos.

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

textualmente «por longos períodos de ausência ao trabalho, bem como pelo facto de ser pouco provável que, no futuro, volte a estar em condições — por razões de saúde — de efectuar o seu trabalho de modo satisfatório».

43. O órgão jurisdicional nacional perguntava se as referidas disposições da Directiva 76/207 se aplicavam a despedimentos ocorridos em consequência de faltas posteriores ao termo da licença por maternidade, quando tais faltas se deviam a uma doença que se manifestara durante a gravidez e que se prolongou durante e após a licença por maternidade, quando esse despedimento ocorreu após o termo da licença por maternidade. Há que referir que o órgão jurisdicional nacional colocava a questão dos despedimentos baseados em faltas *posteriores à licença por maternidade.*

44. Nas conclusões que apresentámos nesse processo [30], propusemos ao Tribunal que declarasse, com base na jurisprudência dos acórdãos Hertz, Webb e Habermann-Beltermann, que, para aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere às condições de trabalho, incluindo as condições de despedimento, enunciado no artigo 5.°, n.° 1, da Directiva 76/207, se impõe traçar uma fronteira no momento em que termina o período de licença por maternidade. A partir daí, qualquer doença que afecte uma mulher, tenha ou não origem obstétrica, ficará sujeita ao regime geral aplicável aos outros trabalhadores. Pelo contrário, os períodos de baixa médica que se concedam por problemas de saúde provocados pela gravidez, antes do parto, não podem ser equiparados, para efeitos de despedimento, às faltas por doença de um homem.

A nossa proposta para responder à questão que foi submetida pelo órgão jurisdicional nacional era a seguinte: o artigo 5.°, n.° 1, em conjunção com o artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 76/207, não se opõe a que uma mulher seja despedida como consequência de faltas posteriores à licença por maternidade, no caso de as referidas faltas se deverem a uma doença que surgiu durante a gravidez e se prolongou durante e após o decurso do período de licença por maternidade, a não ser que, na altura de calcular as faltas para efeitos do despedimento, se tenham tido em conta os períodos de baixa médica concedidos por problemas de saúde provocados pela gravidez antes do parto.

45. Para responder aos argumentos da recorrente no processo principal, que defendia que no acórdão Hertz se tinha estabelecido uma distinção consoante o momento em que surge ou se manifesta a doença, o Tribunal afirmou no acórdão Larsson que «... decidiu simplesmente, face ao enquadramento factual apresentado, que não havia razão para distinguir, do ponto de vista do princípio da igualdade de tratamento consagrado pela directiva (76/207), entre a doença que tem a sua origem na gravidez ou no parto e qualquer outra doença. Esta interpretação foi aliás confirmada pela ausência, na parte

30 — Conclusões apresentadas em 18 de Fevereiro de 1997, Colect., p. I-2759.

decisória do acórdão Hertz, de qualquer referência ao momento em que surge ou se manifesta a doença» [31].

46. A posição da recorrente no processo principal, do Governo dinamarquês e da Comissão é exposta mais adiante: defendiam que é incompatível com o direito comunitário que o empregador possa ter em conta, para o cálculo do período que justifica o despedimento em direito nacional, por um lado as faltas entre o início da gravidez e o início da licença por maternidade e, por outro, as faltas durante a licença por maternidade. Resulta do processo principal que, se esses períodos, bem como as quatro semanas de férias anuais, não forem tidos em conta, H. Larsson só faltou por doença menos de quatro semanas antes de ser despedida.

47. Relativamente à licença por maternidade de que beneficiava em aplicação do direito nacional, o Tribunal referiu que a mulher está protegida contra os despedimentos por faltas, e admitir que as faltas durante esse período possam ser tidas em conta para justificar um posterior despedimento é contrário ao objectivo que prossegue o artigo 2.°, n.° 3, da directiva, que permite medidas nacionais relativas à protecção da mulher, nomeadamente ao que se refere à gravidez e à maternidade, e privaria esta disposição de efeito útil [32]. Fora dos períodos de licença por maternidade fixados pelos Estados-Membros, e na falta de disposições nacionais ou comunitárias que garantam às mulheres uma protecção específica, a trabalhadora não beneficia, ao abrigo da Directiva 76/207, de uma protecção contra o despedimento por faltas devidas a doença originada pela gravidez.

48. O Tribunal conclui daí que «... o princípio da igualdade de tratamento consagrado pela directiva não se opõe a que a ausência de uma trabalhadora, que decorra desde o início da sua gravidez até ao início da licença por maternidade, seja tida em conta para o cálculo do período que justifica o seu despedimento em direito nacional», e responde ao órgão jurisdicional nacional que, sob reserva das disposições da lei nacional adoptadas em aplicação do artigo 2.°, n.° 3, da directiva, as disposições conjugadas do artigo 5.°, n.° 1, e do artigo 2.°, n.° 1, da directiva não se opõem aos despedimentos que são consequência de faltas devidas a uma doença provocada pela gravidez ou pelo parto, ainda que esta doença tenha surgido durante a gravidez e se tenha prolongado durante e após a licença por maternidade [33].

49. Confessamos que é francamente difícil conciliar estas afirmações com a orientação jurisprudencial que o Tribunal seguia até ao momento em que proferiu este acórdão e que foi exposta nos números anteriores. Não só parece sustentar no acórdão Larsson uma

31 — Referido na nota 29, n.° 17.

32 — *Ibidem*, n.° 22.

33 — *Ibidem*, n.os 24 e 26.

posição contrária à que se infere da simples leitura das suas decisões anteriores, mas também contradiz directamente a interpretação que dessas decisões vinham fazendo quer os advogados gerais, quer os numerosos autores que as comentaram.

Observamos, também aí com alguma preocupação, que, quando afirma, no n.° 20, que a directiva não se opõe aos despedimentos que são consequência de ausências devidas a uma doença que tem a sua origem na gravidez ou no parto, ainda que esta doença tenha surgido durante a gravidez e se tenha prolongado durante a após a licença por maternidade, o Tribunal não indica em que momento ocorreram essas ausências.

Além disso, quando no n.° 23 afirma que, fora dos períodos de licença por maternidade, na falta de disposições nacionais ou comunitárias, a trabalhadora não beneficia, por força da Directiva 76/207, de protecção contra o despedimento devido a ausências por causa de doença que tem a sua origem na gravidez, o Tribunal também não esclarece em que momento ocorreram as ausências.

Igualmente, no n.° 24, quando conclui que o princípio da igualdade de tratamento consagrado pela directiva não se opõe a que a ausência de uma trabalhadora, que decorra desde o início da sua gravidez até ao início da licença por maternidade, seja tido em conta para o cálculo do período que justifica o seu despedimento em direito nacional, o Tribunal não indica que as ausências foram provocadas por uma doença com origem na gravidez.

Por último, o acórdão não dá uma resposta completa à questão submetida pelo órgão jurisdicional nacional, que incidia sobre os despedimentos ocorridos em consequência de *faltas posteriores ao termo da licença por maternidade*, quando estas faltas são motivadas por uma doença surgida durante a gravidez e que se prolonga durante e após a licença por maternidade, quando *esse despedimento ocorre após o termo da licença por maternidade*, tendo o Tribunal respondido que as disposições da directiva não se opõem aos despedimentos que são consequência de faltas devidas a uma doença provocada pela gravidez ou pelo parto, ainda que esta doença tenha surgido durante a gravidez e se tenha prolongado durante e após a licença por maternidade. A resposta não se refere, portanto, nem ao momento em que se verificaram as ausências nem ao momento em que ocorreu o despedimento.

50. Entendemos, dadas as lacunas que o afectam, que o acórdão Larsson não é suficiente para afirmar que o Tribunal pretendeu imprimir à sua jurisprudência uma viragem de 180°. Consideramos, portanto, que é de grande interesse para a segurança jurídica que o Tribunal se pronuncie claramente sobre o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres aplicado aos despedimentos de trabalhadoras que ocorrem durante a gravidez ou após a licença por maternidade, e para os quais são tidos em

conta os períodos de incapacidade para o trabalho causados pela gravidez, antes do início da licença por maternidade. Foi o que sucedeu, precisamente, no caso de M. Brown.

51. Trata-se, afinal, da tarefa que a todos nós incumbe, de eliminar os vestígios da discriminação que a mulher vem sofrendo ao longo dos séculos [34], tarefa em que as instituições da União Europeia estão tão seriamente empenhadas.

C — *A primeira questão prejudicial submetida pela House of Lords: o despedimento de uma mulher grávida por incapacidade para o trabalho originada pela gravidez*

52. Com esta questão, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se é contrário ao princípio da igualdade de tratamento consagrado pela Directiva 76/207 despedir uma trabalhadora em qualquer momento da gravidez devido a faltas por incapacidade para o trabalho resultante da gravidez, e se tem importância para a resposta o facto de a trabalhadora ter sido despedida ao abrigo de uma cláusula contratual que permite à entidade patronal despedir trabalhadores independentemente do seu sexo, depois de um determinado número de semanas de faltas continuadas.

53. É certo que a aplicação do direito comunitário teria impedido o despedimento de M. Brown se, quando a sua gravidez apresentou complicações, já tivesse terminado o prazo para transpor as disposições da Directiva 92/85. Contudo, esta nem sequer havia sido adoptada. O direito comunitário aplicável é, portanto, unicamente o que resulta da Directiva 76/207.

54. Recordaremos aqui que o artigo 5.° da Directiva 76/207 dispõe 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.

Partindo do princípio de que a igualdade, tal como foi definida pelo Tribunal Constitucional de um dos Estados-Membros «... não é uma realidade nem um conceito matemático abstracto, mas um tratamento desigual do que é desigual e igual do que é idêntico ou semelhante» [35], e tendo em conta a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça segundo a qual «... a discriminação só pode

34 — A título de exemplo, Miguel de Cervantes Saavedra, no capítulo L1 da primeira parte da sua obra *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, quando o cabreiro conta a história de Leandra, refere a «natural inclinação das mulheres, que costuma ser em geral desatinada e descomposta». Depois, segue um caminho mais fácil e no seu parecer mais acertado, que é «(...) dizer mal da leviandade das mulheres, da sua inconstância, da sua duplicidade, das suas promessas vãs, da sua fé hesitante, e, finalmente do pouco tino dos seus pensamentos e inclinações». Aguilar, Madrid, 1990, pp. 831 e 833.

35 — Acórdão do Tribunal Constitucional espanhol 29/1987, de 6 de Março, n.° 5, alínea b) (BOE de 24 de Março de 1987).

consistir na aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou da mesma regra a *situações diferentes*» [36], analisaremos, a seguir, se o despedimento de uma mulher grávida, por incapacidade para o trabalho resultante do seu estado, ocorre nas mesmas condições que o despedimento de um homem devido a incapacidade para o trabalho com a mesma duração, causada por doença.

55. Diferentemente do que acontecia com B. Hertz, cuja incapacidade para o trabalho de origem obstétrica começou bastante depois de ter terminado a licença por maternidade, no caso de M. Brown as complicações que acompanharam a gravidez e que a impediram de trabalhar durante grande parte desse período manifestaram-se desde muito cedo. Resulta dos autos que esteve em situação de incapacidade para o trabalho durante as 26 semanas que justificaram o despedimento em aplicação da cláusula incluída pela empresa Rentokil nos contratos de trabalho e que, depois disso, o parto só ocorreu seis semanas depois. Tendo em conta que a duração média da gestação humana é de trinta e oito semanas, calculamos que só pôde trabalhar nas primeiras cinco ou seis semanas.

56. Perguntamo-nos se é ainda necessário neste momento repetir algo tão evidente: a gravidez é uma situação que afecta apenas as mulheres, pois só elas podem encontrar-se nesse estado. A gravidez, além de ser uma *situação biológica reservada exclusivamente* às mulheres, é um período de duração limitada no tempo, ao longo do qual podem surgir não só as tão conhecidas náuseas matinais, mas também complicações como risco de aborto ou contracções prematuras associadas ao stress, que podem obrigar a mulher a repouso absoluto durante períodos que podem ir de dois ou três meses até toda a duração da gravidez.

57. O Tribunal afirmou, de forma veemente, no já referido acórdão Hertz, que «... o despedimento de um trabalhador feminino com fundamento em baixas por doença repetidas *que não têm origem na gravidez ou no parto* não constitui uma discriminação directa em razão do sexo, na medida em que tais baixas por doença implicarão o despedimento do trabalhador masculino nas mesmas condições» [37].

58. Poderá dizer-se, no entanto, que o despedimento de uma trabalhadora grávida, com fundamento em repetidas baixas por doença, *originadas pela gravidez*, ocorre nas mesmas condições que as de um homem que tenha estado de baixa por doença no mesmo período? Em nossa opinião, não.

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

37 — Referido na nota 3, n.° 14.

59. Sem pretendermos imiscuir-nos em questões que competem exclusivamente à apreciação dos médicos, queremos frisar que, embora, como afirmou o Tribunal no acórdão Webb, a gravidez não seja de forma nenhuma equiparável a um estado patológico [38], ninguém ignora a existência da chamada «gravidez de risco», por exemplo, e sem pretendermos ser exaustivos, quando há antecedentes de partos prematuros ou de nados-mortos, quando a placenta está mais baixa do que o normal, quando a mulher foi tratada mediante fertilização *in vitro*, e em casos de cardiopatia ou de diabetes na mulher. Estes casos de gravidez caracterizam-se, não por provocarem uma «doença» da mulher, mas por a obrigarem, normalmente, a sujeitar-se a uma vigilância médica muito rigorosa e, em alguns dos casos citados, a repouso absoluto durante vários meses, e, às vezes, durante todo o período da gravidez [39].

Não podemos subscrever a tese de que, em situações com estas características, em que a mulher não está afectada por qualquer doença, mas está simplesmente grávida, se pode afirmar que, no caso de despedimento por repetidas baixas, ela é despedida nas mesmas condições em que se despede um homem que faltou por doença durante o mesmo período de tempo. Raciocínio análogo será aplicável quando a incapacidade para o trabalho se deve ao facto de a gravidez agravar uma doença já existente ou produzir um estado que pode ser qualificado de verdadeira doença.

60. Com efeito, embora a situação de trabalhadora grávida a quem a gravidez impede de trabalhar e a do trabalhador doente tenham em comum o facto de ambos estarem temporariamente incapacitados para cumprir as suas obrigações laborais, a situação apresenta diferenças importantes: apenas as mulheres poderão encontrar-se algumas vezes, ao longo da sua vida profissional, numa situação em que estejam impossibilitadas de trabalhar devido à incapacidade causada pela gravidez; e, na maior parte dos casos, a incapacidade para o trabalho causada pela gravidez termina numa data prevista com maior ou menor exactidão, com o parto.

61. Estes aspectos parecem ter sido tomados em conta no direito interno aplicável na maioria dos Estados-Membros no momento em que ocorreram os factos do litígio principal e as soluções são bastante similares, mas diferem radicalmente da legislação do Reino Unido e da Irlanda.

Assim, na Alemanha existia uma protecção específica das mulheres desde o início da gravidez até depois do parto, que consistia em sujeitar o despedimento, nesse período, a autorização administrativa; na Dinamarca, o Ministério do Trabalho considerava discriminatório ter em conta, para efeitos de despedimento, as faltas devidas a incapacidade para o trabalho causadas pela gravidez, antes do parto; em França, a entidade patronal não podia despedir uma mulher grávida durante a licença por maternidade nem durante as quatro semanas seguintes; na Grécia, era proibido o despedimento da trabalhadora grávida até um ano após o parto, bem como por

38 — Referido na nota 9, n.º 25.

39 — As mulheres a quem a gravidez provoca uma incapacidade para o trabalho tão longa são, felizmente, poucas, calculando-se que representam entre 10 e 15%.

faltas devidas a incapacidade para o trabalho causada pela gravidez ou pelo parto; em Itália, a proibição de despedimento ia desde o início da gravidez até ao fim do primeiro ano de vida do filho, sendo a interpretação da jurisprudência que, durante esse período, a mulher tão-pouco podia ser despedida por ter excedido o número máximo de dias de baixa por doença; nos Países Baixos, era proibido o despedimento da mulher durante a gravidez, durante a licença por maternidade e nas seis semanas seguintes; em Portugal apenas era possível despedir um trabalhador por incapacidade para o trabalho absoluta e definitiva e, relativamente às regras aplicáveis às mulheres grávidas, era proibido o seu despedimento quando a incapacidade para o trabalho que as afectava resultasse da gravidez ou de uma doença ligada à gravidez. Por último, muito embora em Espanha não existisse legislação específica para protecção da mulher grávida contra o despedimento, a jurisprudência recusava-se a admitir um despedimento por faltas devidas a incapacidade para o trabalho resultantes de uma gravidez de risco ou de doenças ligadas à gravidez.

Relativamente aos três novos Estados-Membros, na Áustria existia uma protecção específica a favor das mulheres desde o início da gravidez até depois do parto, protecção essa que consistia em sujeitar o despedimento, nesse período, a autorização judicial; na Finlândia, para despedir uma trabalhadora por incapacidade para o trabalho, exigia-se que a capacidade para o trabalho sofresse uma redução substancial e permanente e, por último, na Suécia, a incapacidade para trabalhar por doença não justificava o despedimento se se provasse que o trabalhador recuperaria, e uma mulher não podia ser despedida por incapacidade para o trabalho resultante da gravidez.

62. A recorrida no processo principal sustenta que o despedimento de M. Brown se deveu ao carácter «anormal» da sua gravidez. Afirma que, se, baseando-se na origem da incapacidade para o trabalho, lhe tivesse concedido um tratamento diferente do que era dado às trabalhadoras grávidas cuja gravidez não as impede de trabalhar ou aos trabalhadores doentes, esse facto constituiria uma discriminação positiva aplicável apenas a um determinado grupo de mulheres.

Não podemos estar de acordo com esta perspectiva, por duas razões. Em primeiro lugar, porque há que ter presente que a Directiva 76/207 consagra o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria da condições de trabalho, incluindo as condições de despedimento, e que, tratando-se de encontrar um parâmetro de comparação, não há que estabelecer paralelos ou diferenças entre duas mulheres grávidas cuja gravidez é mais ou menos fácil ou problemática, uma vez que o ponto de referência continua a ser o trabalhador masculino. Em segundo lugar, porque, como acabámos de indicar no número anterior, para efeitos de despedimento, a situação de uma mulher grávida a quem a gravidez impede de trabalhar não é comparável, à luz do princípio da igualdade de tratamento estabelecido pela referida directiva, com a de um homem doente.

63. Também não estamos de acordo com a posição do Reino Unido, que propõe que se diferencie o despedimento devido aos riscos normais e aos incómodos habituais que acompanham a gravidez e o parto, de que refere como exemplos as faltas ao trabalho para exames médicos de rotina e as faltas de curta duração devidas a náuseas matinais, do despedimento de uma mulher devido a doença, relacionada ou não com a gravidez. Cremos que há que situar a origem desta tentativa de diferenciação nos n.os 47 e 48 das conclusões que o advogado geral M. Darmon apresentou nos processos Dekker e Hertz, quando raciocinava, no âmbito do processo Hertz, sobre a possibilidade de determinar a duração da protecção devida à maternidade [40].

64. Em nossa opinião, independentemente de ser duvidoso que uma mulher seja despedida por faltas ao trabalho para exames médicos de rotina ou por faltas de curta duração devidas a náuseas matinais [41], a posição defendida pelo Reino Unido baseia-se numa interpretação do texto citado que está fora do seu contexto. Como já indicámos no n.º 30, M. Darmon propõe, efectivamente, a distinção entre, por um lado, os riscos normais da gravidez e do parto, isto é, as complicações habituais que acompanham esses acontecimentos e que dão origem, por vezes, à concessão de um prazo suplementar de licença por maternidade, riscos esses que devem beneficiar de uma protecção comunitária na medida em que fazem parte da especificidade da maternidade, e, por outro, os estados patológicos que não relevam dos riscos comuns da gravidez e que devem, assim, receber o mesmo tratamento que as situações de doença «de direito comum».

Ora, há que não perder de vista que B. Hertz tinha sido despedida por incapacidade para o trabalho que, embora causada pelo parto, não a impediu de trabalhar até depois de decorrido um ano desde o fim da licença por maternidade. A nosso ver, esta é a razão por que o advogado geral acrescenta, mais adiante, que, quando a trabalhadora tenha esgotado todas as possibilidades legais de licença por maternidade, as faltas por motivo de doença, mesmo que tenham origem na gravidez ou no parto, não podem ser abrangidas pelos riscos normais da maternidade.

65. Consideramos, pois, que, se se quer diferenciar entre os riscos normais da gravidez e do parto e os estados patológicos que não correspondem aos riscos normais da gravidez, haverá que proceder por ordem cronológica: os primeiros serão necessariamente aqueles que ocorrem enquanto a mulher se encontra numa dessas circunstâncias, ou seja, enquanto está grávida e durante a licença por maternidade, enquanto os segundos são todos aqueles que se apresentam uma vez terminada a licença por maternidade, ainda que a sua causa possa relacionar-se com a gravidez ou com o parto.

40 — Referidas na nota 17.

41 — Os mesmos vómitos matinais podem apresentar-se de forma violenta e prolongar-se para além dos três primeiros meses, necessitando de hospitalização em certos casos.

66. Pelas razões expostas, entendemos que o despedimento de uma mulher grávida, por incapacidade para o trabalho causada pela sua situação de gravidez, ao tomar em consideração uma situação em que apenas podem encontrar-se as mulheres, constitui uma discriminação directa contrária ao n.º 1 do artigo 5.º da Directiva 76/207.

67. Queremos sublinhar que a interpretação que propomos é, em nossa opinião, a única que cabe dar ao n.º 1 do artigo 5.º em conjugação com o n.º 1 do artigo 2.º da Directiva 76/207 e à corrente jurisprudencial do Tribunal de Justiça até ao acórdão Larsson. Se assim não fosse, e o futuro de uma mulher no trabalho, quando grávida, pudesse depender de a sua gravidez não apresentar demasiadas complicações, seríamos obrigados a afirmar, parafraseando Papiniano, que, apesar dos séculos decorridos, «há muitos pontos no nosso direito (comunitário) em que a condição da mulher é inferior à do homem» [42].

68. O órgão jurisdicional nacional pergunta também se tem alguma relevância para esta resposta o facto de o despedimento ocorrer com base numa cláusula contratual que permite à entidade patronal despedir um trabalhador, independentemente do sexo, após um determinado número de semanas de faltas continuadas.

69. Cremos que resulta do raciocínio anterior que o facto de o despedimento ser feito com base numa cláusula contratual que permite à entidade patronal despedir um trabalhador, independentemente do sexo, após um determinado período de baixa por doença, não tem qualquer relevância para a resposta anterior. Com efeito, essa cláusula contratual, que se aplica igualmente aos homens e às mulheres, ao equiparar pura e simplesmente a incapacidade para o trabalho causada pela gravidez à incapacidade causada por uma doença, introduz uma discriminação directa em razão do sexo, porque aplica a mesma regra a situações diferentes tomando em consideração, para o cálculo dos períodos de incapacidade para o trabalho que justificam o despedimento, um impedimento para o trabalho que só pode afectar as mulheres.

70. O facto de a norma figurar como cláusula no contrato de trabalho é irrelevante para este efeito. Por um lado, o artigo 5.º, n.º 2, alínea b), da Directiva 76/207 impõe aos Estados-Membros a obrigação de fazer anular, declarar nulas ou modificar as disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento que constem, designadamente, de convenções colectivas ou de contratos individuais de trabalho. Por outro lado, o Tribunal de Justiça já precisou que «... quando um órgão jurisdicional nacional interpreta e aplica o direito nacional, deve presumir que o Estado teve a intenção de cumprir plenamente as obrigações que recorrem da directiva em causa» [43]. Por último, a obrigação dos Estados-Membros, decorrente de uma

42 — *The Digest of Justinian*, University of Pensylvania Press, Vol. I, Book One (Human Status), p. 16. «*In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.*»

43 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Colect., p. I-6911), n.º 20.

directiva, de atingir o resultado por ela prosseguido, bem como o seu dever, por força do artigo 5.° do Tratado, de tomar todas as medidas gerais ou especiais adequadas a assegurar a execução dessa obrigação, impõe-se a todas as autoridades dos Estados-Membros, incluindo, no âmbito das suas competências, os órgãos jurisdicionais. Daqui resulta que, ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à directiva, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-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 [44].

71. Consideramos que, atendendo à resposta que propomos que se dê à primeira questão, não há que responder à segunda. Vamos apreciá-la, no entanto, para o caso de o Tribunal não perfilhar a nossa opinião.

D — *A segunda questão prejudicial submetida pela House of Lords: o despedimento de uma mulher grávida no período em que, se preenchesse os requisitos impostos pela legislação nacional, poderia gozar de licença em razão da gravidez e do parto*

72. Com a segunda questão, o órgão jurisdicional nacional pergunta se é contrário ao princípio da igualdade de tratamento estabelecido pela Directiva 76/207 que uma trabalhadora, que não preencha as condições impostas pela legislação nacional relativas à duração do seu emprego para ter direito a faltar por gravidez e parto, seja despedida por faltas devidas a uma doença causada pela gravidez, durante o período em que, se tivesse esse direito, teria podido exercê-lo, e se faz alguma diferença para a resposta a esta questão o facto de o despedimento da trabalhadora ocorrer ao abrigo de uma cláusula contratual que permite à entidade patronal despedir qualquer trabalhador independentemente do sexo, após um determinado número de semanas de faltas continuadas.

73. Dos elementos que constam do acórdão de reenvio inferimos que o que o órgão jurisdicional nacional pretende saber ao colocar esta questão é se se deve interpretar a Directiva 76/207 no sentido de que impôs aos Estados-Membros a obrigação de preverem, no direito interno, que as trabalhadoras têm o direito de gozar um período de faltas ao trabalho pelo simples facto de darem à luz, sem que se lhes possam impor outras condições.

74. A finalidade da Directiva 76/207 consiste na aplicação nos Estados-Membros do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere o acesso ao emprego à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho. Todavia, nos termos do artigo 3.°, n.° 2, as suas disposições não obstam a que os Estados-Membros concedam direitos específicos às

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

mulheres devido à gravidez e à maternidade. Contemplam apenas, portanto, a adopção de medidas relativas à protecção da mulher nessas situações, como excepção àquele princípio; não obrigam os Estados-Membros a legislar nesse sentido e também não especificam quais devem ser esses direitos nem as condições que podem ser necessárias para o seu exercício.

75. O Tribunal de Justiça tem interpretado o artigo 2.°, n.° 3, da Directiva 76/207 no sentido de que, ao reservar aos Estados-Membros o direito de manter ou adoptar disposições destinadas a proteger a mulher no que respeita «à gravidez e à maternidade», tal disposição reconhece a legitimidade, no âmbito do princípio da igualdade, da protecção da condição biológica da mulher no decurso da gravidez e na sequência desta, bem como da protecção das relações particulares entre a mulher e o seu filho no período subsequente à gravidez e ao parto [45].

76. É importante recordar, além disso, que o Tribunal afirmou no acórdão Hertz que «... a directiva [76/207] não contempla a hipótese da doença com origem na gravidez ou no parto. Todavia, permite a existência de disposições nacionais que garantam às mulheres direitos específicos em razão da gravidez e da maternidade, tais como a licença por maternidade. Daqui resulta que durante a licença por maternidade, de que beneficia nos termos da lei nacional, a mulher está protegida contra os despedimentos fundados na sua ausência. Compete a cada Estado-Membro fixar os períodos de licença por maternidade de forma a permitir aos trabalhadores femininos faltarem durante o período no decurso do qual as perturbações inerentes à gravidez e ao parto ocorrem» [46].

77. A legislação britânica aplicável no momento em que ocorreram os factos do processo principal reconhecia que uma trabalhadora tinha direito a faltar ao trabalho no início da décima primeira semana anterior à data prevista para o parto e a reintegrá-lo dentro das vinte e nove semanas seguintes ao parto se preenchesse determinados requisitos, a saber: ter estado empregada nessa empresa até ao início dessa décima primeira semana; ter, nesse momento, pelo menos dois anos de trabalho ininterruptos; ter respeitado o procedimento estabelecido para a comunicação à entidade patronal; e, a pedido desta, ter apresentado um atestado médico que indicasse a semana em que estava previsto o parto [47].

45 — Acórdãos de 12 de Julho de 1984, Hofmann (184/83, Recueil, p. 3047), n.° 25, Habermann-Beltermann, referido na nota 12, n.° 21, e Webb, referido na nota 9, n.° 20.

46 — Referido na nota 3, n.° 15.

47 — Trata-se de uma legislação de extraordinária complexidade, que provocou este comentário ao Employment Appeal Tribunal no processo Lavery/Plessey Telecommunications Ltd [1982] ICR 373, 379: «*These statutory provisions [on maternity rights] are of inordinate complexity exceeding the worst excesses of a taxing statute; we find that especially regrettable bearing in mind that they are regulating the every-day rights of ordinary employers and employees. We feel no confidence that, even with the assistance of detailed arguments from skilled advocates, we have now correctly understood them: it is difficult to see how an ordinary employer or employee is expected to do so.*»

Segundo resulta dos autos, se M. Brown trabalhasse há dois anos para a empresa Rentokil no início da décima primeira semana anterior à data prevista para o parto teria podido faltar ao trabalho em razão da maternidade próxima antes de se cumprirem as vinte e seis semanas de baixa que, no seu caso, levaram ao despedimento. Pode, pois, supor-se que se o seu direito a faltar não estivesse condicionado pelo preenchimento dos requisitos mencionados, teria dado à luz e, dentro das vinte e nove semanas após o parto, teria podido retomar o seu lugar.

Por outro lado, foi claro, ao longo do processo, que M. Brown teve direito a receber o subsídio de maternidade de tipo inferior, a cargo do Estado.

78. Perguntamo-nos se se deve considerar que uma mulher prestes a dar à luz está protegida contra os despedimentos motivados por faltas porque, de acordo com a legislação nacional, o seu contrato se suspende durante um determinado período de tempo, o que implica, necessariamente, que tem direito a voltar ao seu antigo lugar, ou se é suficiente que possa deixar de trabalhar com direito a receber uma prestação a cargo do Estado, sem direito a retomar o lugar.

79. Em nossa opinião, só pode ser considerado «período de licença por maternidade», na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, isto é, o período em que a mulher se encontra numa situação específica que exige que lhe seja concedida uma protecção especial, que não pode ser equiparada à de um homem nem à de uma mulher que ocupa efectivamente o seu posto de trabalho [48], e em que está protegida contra despedimentos motivados pela sua ausência, o período previsto pela legislação nacional como direito laboral específico que permite à mulher deixar de trabalhar durante um período com determinada duração, com direito à totalidade ou parte do salário ou com direito a receber determinados abonos sob a forma de prestações de segurança social, sem que tal implique a perda do posto de trabalho.

80. Todavia, o simples direito que tinha M. Brown ou qualquer outra trabalhadora que, tal como ela não preenchesse as condições necessárias para obter a suspensão do contrato de trabalho, a receber, durante um período máximo de dezoito semanas, uma prestação de maternidade a cargo do Estado se deixasse de trabalhar para dar à luz, sem possibilidade de retomar o lugar, não constitui, à luz do princípio da igualdade, nenhum direito específico destinado a proteger a condição biológica da mulher nem as relações entre a mulher e o seu filho no período posterior ao parto.

48 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1996, Gillespie e o. (C-342/93, Colect., p. I-475), n.º 17.

Com efeito, o direito de deixar de trabalhar por tempo indeterminado, recebendo durante um período limitado uma prestação económica a cargo do Estado, não está reservado às mulheres e também não é necessário estar grávida nem ter dado à luz para o poder exercer.

81. Portanto, o período de onze semanas que antecedeu a data prevista para o parto, período em que, se preenchesse as condições necessárias, M. Brown teria podido faltar ao trabalho, não pode ser considerado, em nosso entender, como período em que estava protegida contra os despedimentos motivados pela sua ausência.

82. Por outro lado, a Directiva 92/85, relativa à implementação de medidas concretas de protecção no âmbito comunitário a favor das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho, e que obriga os Estados-Membros a prever na sua legislação uma licença por maternidade de pelo menos catorze semanas consecutivas, duas das quais obrigatórias, a repartir antes e/ ou após o parto, não tinha sido adoptada na altura em que ocorreram os factos do processo principal.

83. Por estas razões, para o caso de o Tribunal considerar que não é discriminatório despedir uma mulher grávida por faltas devidas a uma doença originada pela gravidez, haverá que concluir que as disposições da Directiva 76/207 não se opõem a que essa mulher grávida, que não preenche as condições impostas pela legislação nacional relativas à duração do emprego para ter direito a faltar devido à gravidez e ao parto, seja despedida durante o período em que, se tivesse esse direito, poderia exercê-lo.

84. Queremos indicar, por último, que o facto de o despedimento da trabalhadora ocorrer ao abrigo de uma cláusula contratual que permite à entidade patronal despedir qualquer trabalhador, independentemente do sexo, após um determinado número de semanas de faltas continuadas, não afecta a resposta que propomos para esta questão.

VII — Conclusão

Atentas as considerações que precedem, propomos ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo à primeira questão prejudicial que lhe foi submetida pela House of Lords:

«1) a) O despedimento de uma mulher grávida, devido a incapacidade para o trabalho justificada pela gravidez, é contrário ao artigo 5.°, n.° 1, conjugado

com o artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à aplicação 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.

b) O facto de esse despedimento ocorrer com base numa cláusula contratual que permite à entidade patronal despedir um trabalhador, independentemente do sexo, após um determinado período de baixa por doença, não tem qualquer incidência na resposta anterior.»

Na hipótese de o Tribunal considerar, pelo contrário, que não é discriminatório despedir uma mulher grávida devido à sua incapacidade para o trabalho justificada pela gravidez, proponho que se responda à segunda questão prejudicial do seguinte modo:

«2) a) O artigo 5.°, n.° 1, conjugado com o artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, não se opõe a que uma mulher grávida, que não preenche as condições impostas pela legislação nacional quanto à duração do emprego, para ter direito a faltar devido à gravidez e ao parto, seja despedida durante o período em que, se tivesse esse direito, poderia exercê-lo.

b) O facto de o despedimento da trabalhadora ocorrer ao abrigo de uma cláusula contratual que permite à entidade patronal despedir qualquer trabalhador, independentemente do sexo, após um determinado número de semanas de faltas continuadas, não afecta a resposta anterior.»