CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON

apresentadas em 14 de Novembro de 1989 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Por duas séries de questões prejudiciais, o *Hoge Raad* dos Países Baixos e o *Højesteret* da Dinamarca convidam o Tribunal a uma reflexão geral sobre a maternidade e sobre o papel que é necessário reservar-lhe, tendo em conta o princípio comunitário da igualdade de tratamento entre os trabalhadores masculinos e os trabalhadores femininos, na vida económica e social das sociedades europeias.

2. Os factos no processo C-177/88 resumem-se do seguinte modo. Em Junho de 1981, E. Dekker apresentou a sua candidatura a um lugar de educadora no centro de formação para jovens adultos Plus em Wormer, nos Países Baixos (a seguir «centro de formação»). Em 15 de Junho de 1981, informou a comissão encarregada do exame das candidaturas de que estava grávida de três meses. Essa comissão propô-la à direcção do centro de formação como sendo a candidata mais apta para exercer a função. No entanto, em 10 de Julho de 1981, E. Dekker recebia uma carta do centro informando-a de que tinha decidido não a contratar, pela razão de que, após consulta do Fundo de Cobertura dos Riscos das Prestações Sociais do Ensino Especial (*Risicofonds Sociale Voorzieningen Bijzonder Onderwijs* — a seguir «Risicofonds»), tivera conhecimento de que o reembolso dos subsídios diários que teria de pagar não seria assegurado por esse organismo e que, deste modo, se encontraria na impossibilidade de contratar um substituto durante a licença por maternidade.

3. Com efeito, os empregados do centro de formação não são abrangidos pela lei geral relativa ao seguro de doença (*Ziektewet*), e sim simultaneamente por um decreto real de 19 de Dezembro de 1967 [1] (a seguir «decreto») e por um regulamento relativo aos subsídios diários por doença (o *Ziekengeldreglement*) (a seguir «regulamento»), o qual pode prever disposições derrogatórias. Todavia, os direitos dos trabalhadores criados por este regulamento não devem ser menos vantajosos do que os que resultam da aplicação do decreto [2]. Ora, o artigo 3.°, n.° 1, do decreto equipara a um impedimento para exercer uma actividade por motivo de doença o impedimento por motivo de gravidez e de parto. Por outro lado, o regulamento dispõe, no artigo 6.°, que «a direcção (do Risicofonds) pode recusar, no todo ou em parte, o pagamento dos subsídios diários de doença a um filiado na hipótese de o segurado ter ficado incapacitado para exercer as suas funções nos seis meses posteriores à entrada em vigor do seguro, se, no momento da entrada em vigor desse seguro, o estado de saúde do interessado deixasse manifestamente prever a superveniência dessa incapacidade nos seis meses subsequentes». Nessa hipótese, o empregador que deve pagar os subsídios diários [3] aos empregados durante a licença por doença, devendo ele

* Língua original: francês.

1 — Stbl. n.° 683, adoptado nos termos da *Algemene Burgerlijke Pensioenwet*, lei geral relativa às pensões de reforma da função pública.

2 — Artigo 14.° do decreto real.

3 — Integralidade do salário durante 18 meses, depois 80 % do salário: artigo 4.° do *Ziekengeldreglement*.

obter o reembolso do Risicofonds, não recebe qualquer reembolso da parte deste último e suporta sozinho o pagamento das prestações.

4. Parece um dado adquirido que, mesmo que o Risicofonds tivesse o poder discricionário de recusar ou aceitar a tomada a cargo dos subsídios diários que o centro de formação deveria pagar a E. Dekker durante a sua licença por maternidade, ele já tinha recusado anteriormente essa tomada a cargo em circunstâncias semelhantes. O acórdão de reenvio prejudicial declara, por outro lado, que o centro não teria, parece, tido culpa ao dar como certa, para o caso de ter contratado E. Dekker, a recusa do Risicofonds de lhe reembolsar os subsídios diários que teria que pagar à sua empregada.

5. Os dois primeiros órgãos jurisdicionais (*Arrondissementsrechtbank* de Haarlem e *Gerechtshof* de Amesterdão) consideraram sucessivamente que a recusa de contratação pelo centro de formação era contrária à lei neerlandesa relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres [4], destinada a colocar o direito neerlandês em conformidade com as disposições da Directiva 76/207/CEE do Conselho [5] (a seguir «directiva»). No entanto, estes órgãos jurisdicionais consideraram, ao que parece, que as dificuldades financeiras que encontraria o centro de formação se tivesse contratado E. Dekker constituíam uma causa de exclusão de responsabilidade que retirava à recusa de contratação o seu carácter de ilicitude.

6. O *Hoge Raad*, a quem o processo foi submetido, apresentou ao Tribunal de Justiça quatro questões prejudiciais que se destinam, essencialmente, a obter a interpretação dos artigos 2.° e 3.° da directiva, a fim de determinar, por um lado, a licitude de uma recusa de contratação por motivo de gravidez face ao princípio da igualdade de tratamento em matéria de acesso ao emprego e, por outro, as consequências de uma eventual violação do princípio comunitário quanto às normas de direito interno em matéria de responsabilidade civil.

7. A solução deste processo pressupõe, no entanto, que sejam resolvidas previamente determinadas dificuldades que a Comissão referiu nas suas observações escritas. No essencial, esta considera que a directiva não foi correctamente transposta para o direito neerlandês, uma vez que, embora exista uma lei de «transposição», subsistem no direito interno desse Estado-membro disposições regulamentares contraditórias. Consequentemente, seria necessário, tendo em conta a jurisprudência Marshall [6], colocar a questão de saber se se podem opor ao centro de formação as disposições da directiva, tendo em consideração a ausência de um efeito dito «horizontal» [7].

8. Abordamos aqui uma das dificuldades que não pode deixar de suscitar a situação ambígua do direito nacional em causa neste processo. Com efeito, a coexistência da lei neerlandesa relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de acesso ao emprego e do decreto real, cujo artigo 3.°, ao equiparar a maternidade à doença, poderia efectivamente ser contrário à directiva, constitui para os particulares, segundo os próprios termos do vosso acórdão Comissão/França:

4 — *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen* de 1 de Março de 1980, a qual insere um novo artigo 1637ij no *Burgerlijk Wetboek* (Stbl. 1980, n.° 86).

5 — 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).

6 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1986 (152/84, Colect. p. 723).

7 — Observações escritas da Comissão, p. 14 e 15 da versão francesa.

«uma situação de facto ambígua ao manter... um estado de incerteza quanto às possibilidades que lhes são reservadas de recorrer ao direito comunitário» [8] (tradução provisória).

9. Tal contradição de normas de direito interno de valor diferente parece-me poder fundamentar, eventualmente, uma acção por incumprimento intentada pela Comissão, de acordo com a jurisprudência do Tribunal atrás referida. Se se pretender conceber de modo unitário a noção de transposição incorrecta, é necessário, assim, considerar que a simples existência de um texto regulamentar específico, contrário a uma lei mais geral que transpôs uma directiva, conduz à declaração de que a directiva não está correctamente transposta. Na verdade, embora o Tribunal de Justiça tenha esclarecido, no acórdão Kolpinghuis Nijmegen, que:

«a questão de saber se as disposições de uma directiva podem ser invocadas enquanto tais perante um órgão jurisdicional nacional coloca-se somente no caso de o Estado-membro em causa não ter transposto a directiva para direito nacional no prazo determinado ou de ter feito uma transposição incorrecta da mesma» [9],

nunca definiu a noção de transposição incorrecta. Seja como for, essa noção não pode ser definida diferentemente consoante o Tribunal de Justiça decida uma acção por incumprimento ou uma questão prejudicial.

10. Considerando que houve no caso em apreço transposição incorrecta, a Comissão conclui que, segundo o acórdão Marshall, a directiva só pode ser invocada contra o Estado e os seus órgãos. Essa dedução parece-nos, no entanto, proceder de uma inversão dos factores. Com efeito, o Tribunal de Justiça já sublinhou que o direito de os particulares invocarem em juízo uma directiva contra um Estado-membro incumpridor era uma garantia mínima [10]. A jurisprudência do Tribunal correntemente designada de «efeito directo das directivas» é apenas uma *ultima ratio*, destinada a suprir, na medida do possível, a falta de transposição ou uma transposição incorrecta de uma directiva. Assim, se outra técnica do direito comunitário permite dar todo o seu efeito útil ao artigo 189.°, terceiro parágrafo, do Tratado, é necessário utilizá-la em primeiro lugar, antes de se examinar a questão de um eventual «efeito directo».

11. Ora, a jurisprudência do Tribunal, quanto à *interpretação do direito nacional* de acordo com as exigências do direito comunitário, parece-me particularmente adaptada a uma situação como a do caso em apreço. Com efeito, como o Tribunal muitas vezes recordou:

«ao aplicar o direito nacional, e em particular as disposições de uma lei nacional especialmente aprovada com a finalidade de dar cumprimento à directiva, o órgão jurisdicional nacional deve interpretar o seu direito nacional à luz do texto e dos objectivos da directiva, com vista a alcançar o resultado referido no terceiro parágrafo do artigo 189.° do Tratado» [11],

e isto independentemente de o prazo de transposição da directiva ter terminado ou não [12].

8 — Acórdão de 4 de Abril de 1974, Comissão/França, n.° 41 (167/73, Recueil, p. 359).

9 — Acórdão de 8 de Outubro de 1987, n.° 15 (80/86, Colect. p. 3969).

10 — Acórdão de 6 de Maio de 1980, Comissão/Bélgica, n.° 12 (102/79, Recueil, p. 1473).

11 — Acórdão 80/86, atrás referido, n.° 12; ver também acórdão de 10 de Abril de 1984, Von Colson (14/83, Recueil, p. 1891); acórdão de 4 de Fevereiro de 1988, Murphy (157/86, Colect., p. 673).

12 — Acórdão 80/86, atrás referido, n.° 15.

12. Essa invocabilidade não é limitada contra o Estado e organismos que emanem mais ou menos da autoridade estatal, uma vez que a norma jurídica de que é feita aplicação continua a ser lei nacional, de certo modo esclarecida por uma interpretação que passa a ser conforme ao direito comunitário [13].

13. Noutros termos, se um Estado-membro não transpôs correctamente uma directiva, apesar da adopção de uma lei de «transposição», tendo em conta a manutenção de outras normas de direito interno contrárias, ainda assim o juiz nacional deve dar ao seu direito interno, e especialmente às disposições da lei de «transposição», uma interpretação conforme com as exigências da directiva.

14. Aliás, no acórdão Mazzalai, o Tribunal de Justiça rejeitou a contestação de competência apresentada pelo Governo de um Estado-membro, declarando que:

«nos termos do artigo 177.°, o Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade, independentemente do facto de serem directamente aplicáveis ou não» [14].

15. Há que assinalar que a nossa proposta conduz — mas isso resulta já da jurisprudência do Tribunal — a uma distinção, que não foi muitas vezes posta em relevo, entre a possibilidade de invocar uma directiva, no caso de ausência de normas nacionais que permitam atingir os seus objectivos, para beneficiar directamente da *aplicação das suas disposições* (teoria chamada do «efeito directo» [15]) e a possibilidade de invocar uma directiva apenas para efeitos de *interpretação do direito nacional* e nomeadamente das disposições internas destinadas a transpor o texto comunitário (teoria chamada da «interpretação conforme»). Se a primeira é limitada apenas às disposições das directivas suficientemente precisas e incondicionais e não pode, segundo a jurisprudência do Tribunal, reger as relações entre particulares, a segunda é muito geral, *independentemente do efeito, directo ou não,* da directiva e quaisquer que sejam as partes em presença.

16. Assim, a questão prejudicial deve ser entendida como limitada à interpretação da directiva, e a sua redacção ambígua não pode significar que o juiz *a quo* tenha querido interrogar o Tribunal sobre a questão do efeito directo.

17. Assim, será à luz da interpretação que o Tribunal der da directiva em causa que o juiz *a quo* deverá interpretar as disposições pertinentes da lei neerlandesa.

18. Os factos no processo C-179/88 demorar-nos-ão menos. B. Hertz foi contratada, em 15 de Julho de 1982, como empregada de Aldi Marked. Deu à luz uma criança em Junho de 1983 e retomou a sua actividade no termo da sua licença por maternidade. De Junho de 1984 a Junho de 1985 esteve com licença por doença durante cem dias

13 — Ver, sobre este aspecto, Galmot, Yves, e Bonichot, Jean-Claude: «La Cour de Justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national», em *Revue française de droit administratif,* Janeiro-Fevereiro 1988, os quais declaram: «O mecanismo da interpretação conforme com o direito comunitário permite dar às directivas os seus plenos efeitos no caso, precisamente, em que não estejam preenchidas as condições exigidas para que sejam directamente aplicáveis no direito interno.»

14 — Acórdão de 20 de Maio de 1976, n.° 7 (111/75, Recueil, p. 657), — tradução provisória.

15 — Ver as reservas de Pierre Pescatore sobre a expressão em «L'effet des directives communautaires: une tentative de démythification», Dalloz Sirey, 1980, *Chronique XXV,* p. 171.

úteis. Por carta de 17 de Junho de 1985, foi informada do seu despedimento com base nas repetidas ausências por motivo de doença.

19. Nos termos do acórdão de reenvio prejudicial, não é contestado que as licenças por doença de B. Hertz, entre Junho de 1984 e Junho de 1985, foram originadas pelo parto.

20. O *Højesteret* da Dinamarca, a quem foi submetido o processo, apresentou ao Tribunal duas questões prejudiciais que visam essencialmente saber, por um lado, se as disposições da directiva e, nomeadamente, o artigo 5.°, devem ser interpretadas no sentido de que proíbem o despedimento de uma mulher por motivo de doença quando essa doença é consequência da sua gravidez e parto e, por outro, se, em caso afirmativo, essa proibição é ou não limitada no tempo.

21. Como já observámos, estes dois processos conduzem o Tribunal de Justiça a decidir da importância a dar à maternidade nas sociedades europeias.

22. Durante muito tempo, a vida económica, domínio reservado aos homens, não teve que tomar em consideração as diferenças fisiológicas entre os dois sexos. O que já não acontece actualmente. Assim, é necessário fazer a difícil conciliação das exigências da vida profissional com a maternidade.

23. Colocar o problema é por vezes dar-lhe uma resposta. Existe um acontecimento que esteja mais ligado à própria especificidade da mulher? Conceder a igualdade de tratamento entre trabalhadores femininos e masculinos pode conceber-se sem tomar em consideração a maternidade?

24. Aliás, essa exigência não escapou ao legislador dinamarquês, uma vez que, enquanto a directiva, no artigo 2.°, n.° 1, visa «qualquer discriminação em razão do sexo... nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar», as leis dinamarquesas n.os 161 e 162, de 12 de Abril de 1978, relativas à igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego, visam as discriminações «pela referência, nomeadamente, à *gravidez* ou à situação matrimonial ou familiar» [16].

25. Assim, no processo Dekker, parece-nos que uma recusa de contratação em consideração da maternidade próxima, na medida em que toma em consideração um acontecimento que respeita exclusivamente aos trabalhadores femininos, é uma discriminação *directa* em razão do sexo. Não nos parece possível, com efeito, aplicar aqui a jurisprudência Jenkins [17], Bilka [18] e Rinner-Kühn [19] sobre as discriminações indirectas, que só foi aplicada em presença de elementos susceptíveis *in abstracto* de respeitar aos dois sexos — por exemplo, a qualidade de trabalhador a tempo parcial —, mas que se revelavam, *in concreto*, estar mais frequentemente ligados à situação das mulheres do que à dos homens. A maternidade, perdoe-se-nos esta evidência, só pode dizer respeito às mulheres; tomá-la em consideração para justificar uma recusa de contratação é, por natureza, uma discriminação directa em razão do sexo.

16 — Sublinhado nosso.

17 — Acórdão de 31 de Março de 1981 (96/80, Recueil, p. 911).

18 — Acórdão de 13 de Maio de 1986 (170/84, Colect., p. 1607).

19 — Acórdão de 13 de Julho de 1989 (171/88, Colect., p. 2743).

26. Sustentar-se-ia em vão que essa posição só pode relevar do artigo 2.°, n.° 3, da directiva, que prevê que esta «não constitui obstáculo às disposições relativas à protecção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade». Este artigo destina-se apenas a permitir aos Estados-membros adoptarem medidas *contrárias* ao princípio da igualdade de tratamento, de modo a concederem uma protecção especial aos trabalhadores femininos, por exemplo reservando-lhes o benefício de determinados direitos. Por outras palavras, trata-se nomeadamente daquilo que o direito americano designa por «affirmative action». Aliás, foi com fundamento nesse artigo que o Tribunal de Justiça, no acórdão Hofmann [20], reconheceu a compatibilidade com a directiva de uma legislação que concede apenas às mulheres o benefício de uma licença por maternidade sem conceder aos pais uma licença semelhante. Em contrapartida, aqui trata-se apenas de estabelecer a rigorosa igualdade entre os trabalhadores masculinos e os femininos, a fim de que não seja tomado em consideração, aquando da sua entrada no mercado de trabalho, um acontecimento que afecta exclusivamente os trabalhadores femininos.

27. Ainda é necessário observar que esse princípio não influi na possibilidade dos Estados-membros, no respeitante à concessão de subsídios diários em matéria de licença por maternidade, de fixarem condições de duração de seguro ou de trabalho. As duas coisas são distintas. O empregador não pode recusar contratar. Se, eventualmente, a sua empregada não preenche a condição regulamentar de duração de seguro ou de trabalho, o princípio da igualdade de tratamento exige que seja tratada como os seus homólogos masculinos e que, eventualmente, não receba subsídios diários.

20 — Acórdão de 12 de Julho de 1984 (184/83, Recueil, p. 3047).

28. A dificuldade reside antes — e o processo Dekker demonstra-o amplamente — na existência de legislações que colocam a cargo dos empregadores o pagamento parcial dos subsídios diários durante a licença por maternidade. Com efeito, se em Espanha, em Itália, em França, em Portugal e no Luxemburgo as prestações são pagas pelos organismos de segurança social, limitando-se os empregadores a pagar cotizações aos diferentes regimes sociais, nos outros Estados o empregador é onerado com uma parte das prestações. Assim, na República Federal da Alemanha, embora o seguro de doença pague uma prestação de maternidade [21], o suplemento deve ser pago pelo empregador [22]. Na Bélgica, o trabalhador feminino mantém, a cargo do empregador, no início do período de licença por maternidade, o direito ao salário semanal ou mensal garantido [23]. Na Dinamarca, a administração municipal paga 90 % do salário, quatro semanas antes da data presumível do parto e até vinte e quatro semanas depois do parto; o empregador paga, apesar disso, metade do salário durante cinco meses, mas subroga-se nos direitos da sua empregada perante a administração municipal [24]. No Reino Unido, as prestações [25] são pagas pelo empregador, que é reembolsado pelo Estado [26].

29. No direito neerlandês, limitar-nos-emos a examinar a situação especial dos empregados do ensino especial, que é o objecto das dificuldades que suscita o processo Dekker. A este respeito, como já dissemos, o artigo 3.°, n.° 1, do decreto real, equipara à inca-

21 — *Mutterschaftsgeld*, § 200 RVO, 25 DM, no máximo, por dia.

22 — *Arbeitgeberzuschuß*, § 14 MuSchG.

23 — Artigos 55.° e 75.° da lei de 3 de Julho de 1978 relativa ao contrato de trabalho.

24 — *Lovbekendtgørelse* n.° 949, de 23 de Dezembro de 1986, artigo 33.°, e n.° 516, de 23 de Julho de 1987, artigo 7.°

25 — *Statutory Maternity Pay*.

26 — Social Security Act 1975, Social Security Act 1986, secções 46 a 50.

pacidade para o trabalho por motivo de doença a incapacidade para o trabalho por motivo de gravidez e de parto. Por outro lado, como já referimos, o artigo 6.° do regulamento relativo aos subsídios diários por doença permite ao Risicofonds recusar reembolsar ao empregador os subsídios diários na hipótese de o segurado ter ficado incapacitado para o exercício das suas funções nos seis meses posteriores ao início do seguro, desde que nesse momento o estado de saúde do segurado deixasse manifestamente prever a superveniência dessa incapacidade.

30. Temos perfeitamente consciência do facto de que o centro de formação, se tivesse contratado E. Dekker, se debateria previsivelmente com dificuldades financeiras provenientes da falta de tomada a cargo pelo Risicofonds das prestações a que a interessada teria eventualmente direito. Todavia, não nos parece que o princípio da igualdade de tratamento, tal como propomos ao Tribunal que o considere, deva ceder perante essas dificuldades que provêm essencialmente da equiparação da gravidez à doença, equiparação tecnicamente justificada quando se trata do cálculo do montante dos subsídios diários, mas plenamente criticável quando conduz a uma recusa de contratação.

31. Para assegurar o pleno efeito da directiva e a efectividade do princípio comunitário da igualdade de tratamento em matéria de acesso ao emprego, compete aos Estados-membros adoptarem todas as medidas necessárias para que a obrigação imposta aos empregadores de contratarem uma mulher grávida — desde que seja a mais competente, o que não é contestado no processo C-177/88 — não os coloque, devido à aplicação das disposições de direito interno, nomeadamente em matéria de segurança social, numa situação menos favorável do que se tivessem contratado um trabalhador masculino.

32. Consequentemente, propomos que se responda à primeira questão que os artigos 2.°, n.° 1, e 3.°, n.° 1, da directiva devem ser interpretados no sentido de que a recusa de um empregador de contratar uma trabalhadora por esta estar grávida constitui uma discriminação baseada directamente no sexo, independentemente das consequências financeiras que possam daí resultar para o empregador.

33. As razões que nos conduziram a esta proposta de resposta levam-nos a sugerir que se responda à segunda questão no sentido de que é indiferente que tenha ou não havido candidatos do sexo masculino no momento da contratação.

34. As terceira e quarta questões dizem respeito à eventual aplicação das normas de direito interno em matéria de responsabilidade civil. O juiz *a quo* pergunta essencialmente se, em presença de uma discriminação cometida por um empregador em violação da directiva, as disposições de direito nacional relativas à exigência de culpa e à eventual existência de causas de exclusão são aplicáveis. Estamos em presença das dificuldades clássicas de repartição entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional. O Tribunal de Justiça, nos acórdãos Von Colson e Kamann [27], Harz [28] e Comissão/Alemanha [29], já se debruçou sobre essas dificuldades no respeitante às sanções das

27 — Acórdão de 10 de Abril de 1984 (14/83, Recueil, p. 1891).
28 — Acórdão de 10 de Abril de 1984 (79/83, Recueil, p. 1921).
29 — Acórdão de 21 de Maio de 1985 (248/83, Recueil, p. 1459).

discriminações proibidas pela directiva. Trata-se agora da questão de saber se a violação das exigências do direito comunitário pode não ser punida quando o empregador possa invocar a ausência de culpa ou a existência de causas de exclusão baseadas no direito nacional.

35. A este respeito, parece-nos que seria contrariar o efeito útil das disposições da directiva se fosse exigido, perante uma discriminação que viola o texto comunitário, que se provasse também a existência de um acto culposo *distinto* cometido pelo empregador. É certo que o direito da responsabilidade civil «clássico» pressupõe a existência de culpa, de um prejuízo e de um nexo de causalidade entre o acto culposo e o prejuízo. Parece-nos, no entanto, que, nessa hipótese, o acto culposo é constituído pela própria violação da norma comunitária, isto é, pelo acto ou pelo comportamento discriminatório.

36. Do mesmo modo, admitir a eficácia de causas de exclusão, necessariamente diferentes consoante os direitos dos Estados-membros, diminuiria consideravelmente o efeito útil do princípio comunitário da igualdade de tratamento, bem como a unidade de aplicação da norma comunitária. Quando um trabalhador feminino tenha provado a existência de uma discriminação a seu respeito, bem como um prejuízo ocasionado por essa discriminação, nenhuma causa de exclusão baseada no direito nacional nos parece poder ser invocada pelo empregador, e competirá então ao juiz nacional assegurar a sanção desse comportamento, nos termos do seu direito interno, uma vez que a directiva deixou essa matéria ao arbítrio dos Estados-membros, sob reserva, segundo a jurisprudência do Tribunal, de que as sanções «sejam suficientemente eficazes para atingir o objectivo da directiva» [30].

30 — Acórdãos 14/83 e 79/83, já referidos.

37. Consequentemente, proponho que se responda à terceira questão no sentido de que é incompatível com os artigos 2.° e 3.° da directiva, quando esteja provada uma violação do princípio da igualdade de tratamento, exigir, além disso, a prova da existência de um acto culposo distinto cometido pelo empregador ou admitir a possibilidade de este último invocar uma causa de exclusão baseada no direito interno, sob reserva, evidentemente, do disposto nos n.os 2 a 4 do artigo 2.°

38. Consequentemente, não há que responder à quarta questão.

39. O processo Hertz torna necessária, de modo talvez ainda mais premente, a difícil conciliação entre o princípio da igualdade de tratamento e as exigências da vida económica.

40. 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?

41. Os direitos dos Estados-membros são muito diferentes a este respeito. Com efeito, em numerosos Estados, a origem da doença não é tomada em consideração, mas as legislações impõem geralmente um prazo antes de permitir ao empregador despedir por motivo de doença. Assim, na Irlanda, o *Unfair Dismissals Act* permite aos empregadores despedirem um empregado devido a ausências frequentes por motivo de doença que o coloquem na situação de incapacidade para ocupar o seu emprego. No Luxemburgo, o empregador pode pôr termo ao contrato de

trabalho decorrido um prazo de três meses a partir do mês seguinte àquele em que a doença surgiu e, para os operários, no termo de um prazo de vinte e seis semanas [31]. Por último, em França, o empregador não pode pôr termo ao contrato de trabalho durante o período de suspensão do contrato, bem como durante as quatro semanas que se seguem a esse período [32]. Em seguida, pode despedir o seu empregado por faltas repetidas por motivo de doença.

42. Em contrapartida, no direito italiano, o empregador não pode pôr termo ao contrato de trabalho em caso de complicações posteriores à licença por maternidade, mas causadas pela gravidez ou pelo parto [33], e isto nos termos do artigo 2110.° do código civil, durante um período fixado pelas convenções colectivas em função da antiguidade [34]. É igualmente proibido despedir um trabalhador feminino durante o período compreendido entre o início da gravidez e o fim do primeiro ano de vida da criança. No direito helénico, o legislador faz a distinção entre o caso específico de uma doença que tem a sua origem no parto e que só pode justificar o despedimento se o empregador provar a existência de uma «razão grave» [35] e os casos de doenças «de direito comum», em relação às quais o despedimento é justificado em razão apenas da ultrapassagem dos períodos legais de licença por doença.

43. 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. Mas parece-nos, por um lado, que o estado actual do direito comunitário não postula essa exigência e, por outro, que essa solução aparentemente sedutora suscitaria numerosos efeitos negativos que seria difícil remediar.

44. Com efeito, recordámo-lo, a directiva, no artigo 2.°, n.° 3, deixou aos Estados-membros o cuidado de adoptar as disposições adequadas «relativas à protecção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade». Esta disposição parece-nos marcar o limite da intervenção do direito comunitário, no seu estado actual. A directiva impõe a rigorosa igualdade de tratamento entre os trabalhadores masculinos e femininos, isto é, no caso em apreço, a proibição de tratar os estados patológicos que têm origem na maternidade menos favoràvelmente que os que têm outra origem; não impõe de modo algum aos Estados-membros a obrigação de preverem *discriminações positivas* tratando melhor os mencionados em primeiro lugar do que os segundos, deixando-lhes simplesmente essa faculdade.

45. Por outro lado, essa solução não deixa de criar sérias dificuldades. Com efeito, 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 — e é claro que abordamos

31 — Artigos 8.° da lei de 12 de Novembro de 1971 e 8.° da lei de 24 de Junho de 1970.

32 — Artigos L 122-25 e seguintes do código do trabalho.

33 — Lei de 30 de Dezembro de 1971 relativa à maternidade.

34 — A jurisprudência faz, parece, uma aplicação compreensiva desta disposição, exigindo o respeito de um prazo razoável antes do eventual despedimento, no termo do período atrás referido.

35 — Artigo 15.° da Lei n.° 1483/84.

agora as dificuldades da segunda questão apresentada pelo juiz *a quo*. Essa consequência já tem alguma gravidade quando tem por único efeito obrigar o empregador a manter a interessada nos seus efectivos, sem que tenha de contribuir para o pagamento de um subsídio por licença de doença ou, posteriormente, de uma reforma por invalidez. Efectivamente, o bom funcionamento da empresa poderá ser comprometido pela dificuldade de atribuir imediatamente o lugar em causa a um substituto. Mas, sobretudo, as maiores dificuldades surgem quando o empregador, impedido de despedir a empregada, é obrigado legalmente a contribuir, ainda que parcialmente, directamente ou não, para o pagamento das prestações de segurança social que lhe são devidas, o que acontece nas legislações sociais de alguns Estados-membros. Assim, na República Federal da Alemanha, o empregador continua a pagar durante seis semanas o salário ao empregado em licença por motivo de doença[36]. Em Itália, o subsídio diário por doença é, em princípio, pago pelos organismos de segurança social[37], mas as convenções colectivas podem obrigar os empregadores a pagar suplementos às taxas indicadas por lei[38]. Nos Países Baixos, parece que apenas em circunstâncias especiais — e nomeadamente, como demonstra o processo Dekker, relativamente ao ensino especial, devido à negligência de um empregador que contratou um assalariado cuja doença era previsível — o empregador é obrigado a tomar a seu cargo o pagamento dos subsídios diários.

46. Parece-nos, igualmente, que as eventuais dificuldades financeiras que encontrará um empregador obrigado a conservar nos efectivos da sua empresa uma empregada incapacidada para o trabalho por razões de maternidade poderão criar o risco de conduzir numerosos empregadores a recusar contratar mulheres grávidas, provavelmente sob falsos pretextos, ou mesmo mulheres cuja idade pode deixar prever uma maternidade próxima. Estes comportamentos são evidentemente contrários ao princípio da igualdade de tratamento, mas não é certo que possam ser facilmente detectados e punidos. Por aqui se vê como 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 do trabalho.

47. Por último, os critérios que o Tribunal de Justiça poderia adoptar para definir em que casos o estado patológico deve ser abrangido pela protecção devida à maternidade — existência de um nexo de causalidade directo, certo e preponderante — bem como para determinar a duração em que essa protecção é aplicável — recurso a uma noção, difícil de definir, de prazo razoável — afiguram-se-nos ir perturbar tanto os juízes nacionais como os empregadores. Com que dificuldades estes últimos devem apurar se determinada assalariada pode ou não ser despedida! Entrevê-se como essa solução — cuja oportunidade, aliás, não contestamos — pressupõe a intervenção de um legislador, comunitário ou nacional, que poderia, com precisão, fixar as suas modalidades, nomeadamente quanto à duração dessa protecção e ao seu suporte financeiro.

36 — N.° 47 SGB V.

37 — Artigos 15.° a 18.° da Lei n.° 1204, de 30 de Dezembro de 1971.

38 — Garofalo: *Indennità di malattia e maternità*, Milão, 1986; Riva-Sanseverino: *Libro quinto*, «Del lavoro da commentario del codice civile», Bolonha/Roma, 1986, p. 499-503 e 515-516.

48. A solução parece-nos dever residir mais na distinção entre, por um lado, os riscos normais da gravidez e do parto, 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 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 que as situações de doença «de direito comum». É a natureza de normalidade do risco ligado à maternidade que nos parece dever orientar o Tribunal. Noutros termos, 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 ou, se for caso disso, no fim da licença suplementar. Assim, quando o trabalhador feminino tenha esgotado os seus direitos às diferentes licenças de maternidade, as faltas por motivos 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.

49. De modo mais geral, parece-nos que o princípio da igualdade de tratamento entre trabalhadores masculinos e femininos se destina a que sejam obviadas as dificuldades específicas das mulheres resultantes de uma situação de gravidez. Mas a necessidade de adaptar as normas que regulamentam o mercado de trabalho só pode subsistir desde que o risco de maternidade conserve um carácter de «normalidade» no decurso da vida. É na dualidade destes dois princípios que nos parece dever residir a solução.

50. Assim, as mulheres devem poder aceder a um emprego sem que possa ser tomada em consideração a sua maternidade próxima, que as impedirá momentaneamente de cumprir as exigências da vida profissional. Deste modo, a manutenção do vínculo laboral não pode ser afectada pela sua indisponibilidade, desde que esta se prenda com os riscos habituais da gravidez. Assim, quando uma situação já não resulta desses riscos habituais, mas provém de uma verdadeira patologia, não se pode, em contrapartida, deduzir do princípio da igualdade de tratamento uma protecção especial, que só uma discriminação positiva — compatível, eventualmente, com o direito comunitário, com fundamento no artigo 2.°, n.° 3, da directiva — pode estabelecer.

51. Concluímos, portanto, no sentido de que o Tribunal de Justiça declare:

— no processo C-177/88:

1) os artigos 2.°, n.° 1, e 3.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao

emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, devem ser interpretados no sentido de que a recusa de um empregador de contratar uma trabalhadora por esta estar grávida constitui uma discriminação baseada directamente no sexo;

2) a resposta à primeira questão não se altera consoante haja ou não candidatos do sexo masculino ao emprego em causa;

3) os artigos 2.° e 3.° da directiva atrás referida, quando esteja provada uma violação do princípio da igualdade de tratamento, tal como é reconhecido nesses artigos, opõem-se a que a sanção dessa violação seja subordinada à prova de um acto culposo distinto cometido pelo empregador ou à ausência de causas de exclusão de responsabilidade baseadas no direito interno, para além das que constam no artigo 2.°, n.os 2 a 4;

4) não há que responder à quarta questão;

— no processo C-179/88:

1) os artigos 2.°, n.° 1, e 5.° da mesma directiva devem ser interpretados no sentido de que, sob reserva de aplicação do artigo 2.°, n.° 3, o despedimento de um trabalhador feminino, fora dos períodos de licença por maternidade, devido a faltas motivadas por uma doença que tem a sua origem na gravidez ou no parto, não constitui uma discriminação baseada directamente no sexo;

2) não há que responder à segunda questão.