CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO SAGGIO

apresentadas em 7 de Outubro de 1999 *

1. Por despacho de 16 de Abril de 1998, o Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern (Alemanha) submeteu ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial sobre a interpretação do artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE [1]. O seu objectivo é o de saber se a recusa de uma entidade patronal em contratar uma mulher grávida, pelo facto de, com base na legislação nacional de protecção da maternidade, a mesma não poder assumir, de imediato, as funções previstas para o lugar em causa, deve ser considerada uma discriminação em razão do sexo, incompatível com o direito comunitário.

O enquadramento normativo comunitário

2. A Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976 (a seguir «directiva») [2], concretizou, nos Estados-Membros, o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, incluindo a promoção, e à formação profissional, às condições de trabalho e à segurança social [3].

3. O artigo 2.°, n.° 1, da directiva define o conceito de igualdade de tratamento, especificando que o mesmo implica «a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar».

O n.° 3 do mesmo artigo introduz uma derrogação de acordo com a qual «a presente directiva não constitui obstáculo às disposições relativas à protecção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade».

4. Para efeitos do presente litígio são igualmente relevantes as disposições do artigo 3.° da directiva, segundo as quais «a aplicação do princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo nas condições de acesso, incluindo os critérios de selecção, a empregos ou a postos de trabalho, seja qual for o sector ou o ramo de actividade e a todos os níveis da hierarquia profissional».

* Língua original: italiano.

1 — JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70.

2 — Já referida.

3 — Artigo 1.°, n.° 1.

O enquadramento normativo nacional

5. O direito nacional relevante para o caso consta principalmente do § 611a do BGB (Código Civil alemão). De acordo com esta disposição, a entidade patronal não pode prejudicar um trabalhador em razão do sexo no âmbito de um acordo ou de uma medida, nomeadamente na constituição da relação laboral, nas promoções ou ainda no âmbito de instruções ou de um despedimento. Contudo, permite-se um tratamento diferente na medida em que determinado sexo constitua uma condição imperativa para a actividade em causa.

6. Os §§ 3 a 5 da Mutterschutzgesetz (lei de protecção da maternidade) são igualmente importantes. O § 3 dispõe que, durante a gravidez, a mulher não pode trabalhar se, de acordo com atestado médico, o exercício da actividade profissional puder pôr em perigo a vida ou a saúde da mãe ou da criança. De qualquer forma, as grávidas não devem trabalhar durante as seis semanas anteriores ao parto, a menos que expressamente se declarem dispostas a prosseguir a sua actividade. Esta declaração é revogável a todo o tempo.

O § 4 especifica os trabalhos que não podem ser atribuídos às grávidas. Trata-se de trabalhos pesados e que exponham a mulher aos efeitos de substâncias ou radiações prejudiciais à saúde, a poeiras, gases ou vapores, calor, frio ou humidade, vibrações e ruído. Além disso, depois do quinto mês da gravidez, é expressamente proibido atribuir às grávidas, entre outros, trabalhos que as obriguem a estar continuamente de pé mais de quatro horas por dia, bem como trabalhos que, por força do seu estado, as possam expor a um aumento do risco de contrair doença profissional ou que, em qualquer caso e por força desse risco, representem um risco acrescido para a futura mãe ou para o nascituro.

O § 5, n.º 1, por último, dispõe que a grávida deve informar a entidade patronal sobre a gravidez, indicando também a data presumível do parto, logo que tiver conhecimento do seu estado.

Os factos e a questão prejudicial

7. S.-K. Mahlburg (a seguir «demandante») é enfermeira tendo trabalhado com contrato de trabalho a termo, de 26 de Agosto de 1994 a 31 de Agosto de 1995, na clínica de cirurgia cardíaca da Universidade de Rostock.

8. Em Fevereiro de 1995, a demandante solicitou a sua contratação por tempo indeterminado nessa estrutura hospitalar. O serviço de pessoal da universidade informou-a, porém, que tal contratação era impossível e que era necessário apresentar um acto de candidatura a um lugar que tivesse sido objecto de aviso de concurso.

9. Em 1 de Junho de 1995, a demandante apresentou a sua candidatura a dois lugares por tempo indeterminado, vagos na estrutura hospitalar. Estes lugares destinavam-se a ser providos imediatamente no bloco operatório, devendo o trabalho ser efectuado por turnos. As funções previstas eram, na realidade, equivalentes às que a demandante já desempenhava no âmbito do seu contrato de trabalho a termo. Consistiam na preparação e controlo, mediante instruções, de todos os instrumentos esterilizados e dos medicamentos necessários à operação bem como à entrega dos instrumentos no decurso da mesma. Quanto às condições, um dos lugares exigia formação completa como «auxiliar de enfermagem ou enfermeira em bloco operatório» enquanto o outro exigia «formação profissional no domínio da enfermagem, comprovada por diploma, complementada por experiência em bloco operatório».

10. Entretanto, a demandante apercebeu-se de que se encontrava grávida. Encontrando-se ainda sob contrato a termo, participou a gravidez à universidade, em 13 de Julho de 1995, de acordo com o disposto no § 5, n.º 1, da Mutterschutzgesetz [4]. Na sequência dessa comunicação, e de acordo com as disposições igualmente contidas na Mutterschutzgesetz, a demandante deixou de estar afecta à sala de operações, passando a estar colocada em trabalhos administrativos até ao termo do seu contrato.

11. Essa comunicação teve também por consequência o facto de, em 18 de Setembro de 1995, a Universidade de Rostock ter informado a demandante da rejeição da sua candidatura aos dois lugares vagos. Tal rejeição deveu-se ao facto de tais lugares exigirem o desempenho de trabalhos em sala de operações, proibidos às grávidas, nos termos dos §§ 3 a 5 da Mutterschutzgesetz.

12. Importa ainda lembrar que, para os dois lugares em questão, apenas tinha havido, para além da apresentada pela demandante, outra candidatura, apresentada também por uma mulher grávida, que igualmente tinha sido rejeitada. Esse facto teve por consequência que os dois lugares apenas tivessem sido providos no Outono de 1995, após o processamento de um concurso externo.

4 — V. n.º 3 das presentes conclusões.

13. Na sequência da rejeição da sua candidatura, a demandante propôs uma acção no Arbeitsgericht Rostock (tribunal do trabalho de Rostock), na qual pedia a esse tribunal a declaração de que a sua relação de trabalho com a Universidade de Rostock tinha prosseguido para além de 31 de Agosto de 1995 (data prevista para o final do contrato a termo), ou, subsidiariamente, a condenação da Universidade de Rostock no pagamento de uma indemnização a seu favor por perdas e danos.

14. Esse tribunal julgou a acção improcedente, em 15 de Abril de 1997. A demandante recorreu dessa decisão para o Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern (tribunal regional do trabalho, a seguir «LAG»), pedindo a declaração da existência, desde 1 de Setembro de 1995, de uma relação laboral nos termos da qual a demandante tinha estado empregada por tempo indeterminado como enfermeira em sala de operações. Tal como se pode verificar nas observações apresentadas pela demandante, o pedido baseia-se no facto de a demandante, por força da discriminação de que foi alvo em razão do sexo, ter adquirido, relativamente à universidade, o direito de ser contratada.

15. Segundo o que resulta do despacho de reenvio, o LAG parte da ideia de que a questão de saber se a demandante tem ou não o direito de ser contratada depende da interpretação que se der ao § 611a do BGB. Para o tribunal de reenvio, a jurisprudência do Bundesarbeitsgericht (tribunal federal do trabalho) pode levar à conclusão de que o § 611a não se opõe a que uma entidade patronal recuse admitir uma candidata grávida quando, por força desse estado, ela não estiver em condições de exercer as funções a que aspira.

16. Contudo, o LAG entende também que esse parágrafo do Código Civil alemão, enquanto medida de transposição da directiva para o direito nacional, deve em qualquer caso ser interpretado em conformidade com a mesma.

17. Ao entender que existem dúvidas fundadas sobre o facto de a referida interpretação do § 611a do BGB ser conforme à directiva, particularmente, ao seu artigo 2.°, n.° 1, o LAG submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Existe discriminação em razão do sexo, para efeitos do disposto no n.° 1 do artigo 2.° da Directiva 76/207/CEE, de 9 de Fevereiro de 1976, quando uma entidade patronal não admite uma candidata a um posto de trabalho livre, para que tem a necessária habilitação, por se encontrar grávida e não poder ocupar, de imediato, o referido lugar, a preencher mediante contrato por tempo indeterminado,

por, nos termos da Mutterschutzgesetz (lei de protecção da maternidade), lhe ser vedado o exercício de actividade laboral durante a gravidez?»

A questão prejudicial

18. O Tribunal de Justiça é uma vez mais chamado a pronunciar-se sobre a questão, já amplamente abordada pela jurisprudência, da aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no caso particular das mulheres grávidas.

19. No caso presente, o órgão jurisdicional nacional pergunta ao Tribunal de Justiça se deve ser considerada discriminação em razão do sexo a recusa por parte de uma entidade patronal em contratar uma mulher grávida no caso de essa recusa ser motivada pelo facto de esta não poder assumir as funções exigidas pelo lugar, durante a gravidez, devido a uma proibição decretada pela legislação nacional em matéria de protecção da maternidade.

20. A esse respeito, antes de mais, importa destacar que, tal como resulta sobretudo do acórdão Dekker [5], a recusa de uma entidade patronal em contratar uma mulher deve ser considerada um comportamento directamente discriminatório em razão do sexo se a sua causa principal apenas se aplicar às mulheres e não também aos homens. De acordo com esse princípio, o Tribunal de Justiça sublinhou em diversas ocasiões 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» [6].

21. Mais recentemente, no acórdão Brown [7], relativo à ilegalidade de uma medida de despedimento de uma mulher grávida com base em prolongadas faltas por doença ligadas à gravidez, o Tribunal de Justiça esclareceu que «... o despedimento de um trabalhador feminino por motivo de gravidez *ou por um motivo baseado essencialmente nesse estado* só pode dizer respeito às mulheres e constitui, portanto, uma discriminação em razão do sexo». Neste acórdão — que se pode estender totalmente ao caso de recusa de contratação [8] —, é manifesto que o Tribunal de Justiça quis realçar que, para se considerar discriminatória uma medida tomada em relação a uma mulher grávida, não é necessário que a mesma tenha como fundamento expresso o estado de gravidez.

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

6 — Acórdão Dekker, já referido, n.° 12. V. ainda os acórdãos de 8 de Novembro de 1990, Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund, dito «Hertz» (C-179/88, Colect., p. I-3979, n.° 13); de 5 de Maio de 1994, Habermann-Beltermann (C-421/92, p. I-1657, n.° 15, e de 14 de Julho de 1994, Webb (C-32/93, Colect., p. I-3567, n.° 19).

7 — Acórdão de 30 de Junho de 1998 (C-394/96, Colect., p. I-4185, n.° 16, sublinhado nosso).

8 — Parece-nos óbvio que, no que respeita aos aspectos que têm interesse para o caso, a recusa de contratação equivale ao despedimento. Efectivamente, em ambos os casos trata-se de uma medida que priva a grávida de trabalho.

Na realidade, basta que o fundamento seja essencialmente baseado nesse estado [9].

22. Não nos parece que possa subsistir qualquer dúvida sobre o facto de, no processo ora em apreço, nos encontrarmos perante esse último caso. É certo que a recusa de levar em consideração a candidatura apresentada pela demandante foi justificada pela impossibilidade desta de assumir de imediato as funções a desempenhar nesse lugar. Contudo, é igualmente evidente que tal situação é claramente devida à gravidez e que, portanto, pelo menos em princípio, o comportamento da Universidade de Rostock deve ser julgado contrário aos artigos 2.°, n.° 1, e 3.° da directiva.

23. Assim sendo e não obstante, é necessário analisar se o comportamento em causa pode encontrar justificação à luz da legislação nacional de protecção da maternidade, contida na Mutterschutzgesetz. Com efeito, como já referimos [10], a Universidade de Rostock defende que essa legislação, ao proibir o exercício, pelas mulheres grávidas, de actividades consideradas perigosas, comporta uma verdadeira proibição legal de admissão da demandante.

24. Para abordar a questão, há que partir de duas premissas. Em primeiro lugar, a Mutterschutzgesetz representa na Alemanha a aplicação da possibilidade de derrogação da igualdade de tratamento prevista no artigo 2.°, n.° 3, da directiva. Conforme se pode facilmente concluir da sua redacção [11], esta disposição autoriza os Estados-Membros a aprovar ou a manter em vigor disposições nacionais que impliquem tratamentos diferenciados em função do sexo se essas disposições tiverem por fim proteger a mulher durante o período da gravidez ou a maternidade. Em segundo lugar, tal como resulta de jurisprudência posteriormente estabelecida [12], quando o órgão jurisdicional é chamado a julgar um litígio cujo objecto entra no âmbito de aplicação de uma directiva, deve interpretar o direito interno à luz desta.

25. Daí resulta que, no processo que ora nos ocupa, a possibilidade de justificar a recusa de contratação de uma mulher grávida com recurso à proibição do desempenho de certos trabalhos, prevista pela legislação nacional em matéria de protecção da maternidade, depende, na realidade, da interpretação do artigo 2.°, n.° 3, da directiva. Por outra palavras, para se resolver a questão colocada ao tribunal de reenvio há que aferir se a derrogação ao princípio da igualdade de tratamento, constante dessa disposição comunitária, pode ser legitimamente aplicada no caso presente.

9 — V., sobre este ponto, as conclusões do advogado-geral, G. Tesauro no processo Webb, já referido, particularmente os n.os 9 e 10.

10 — V. n.° 11 das presentes conclusões.

11 — V. n.° 3 das presentes conclusões.

12 — V., a este respeito, acórdão de 20 de Maio de 1976, Mazzalai (111/75, Recueil, p. 657, n.° 10, Colect., p. 291); de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Komann (14/83, Recueil, p. 1891, n.° 26), e de 13 de Novembro de 1990, Marleasing (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.os 7 e 8).

26. Em nossa opinião, a resposta a essa questão deverá ser negativa. Conforme decidiu o Tribunal de Justiça no acórdão Hofmann [13], o artigo 2.°, n.° 3, da directiva, «... ao deixar aos Estados-Membros a faculdade de manter ou introduzir disposições destinadas a proteger a mulher no que respeita 'à gravidez e à maternidade',... reconhece a legitimidade, relativamente ao princípio da igualdade, da protecção de dois tipos de necessidades da mulher. Por um lado, assegurar a protecção da condição biológica da mulher durante a gravidez e na sequência da mesma, até ao momento em que as suas funções fisiológicas e psíquicas estejam normalizadas na sequência do parto, e, por outro, a protecção da relação particular entre a mulher e o filho no período subsequente à gravidez e ao parto, evitando que essa relação seja prejudicada pela acumulação de encargos resultante do exercício simultâneo de uma actividade profissional».

27. No acórdão Thibault [14], por outro lado, o Tribunal de Justiça esclareceu que «... o exercício dos direitos conferidos às mulheres em conformidade com o artigo 2.°, n.° 3, não pode ser objecto de um tratamento desfavorável no que se refere ao seu acesso ao emprego assim como às suas condições de trabalho. Nesta perspectiva, a directiva tem em vista atingir uma igualdade substancial e não formal».

28. Parece, pois, que, da jurisprudência referida, resulta claramente que o principal objectivo dessa disposição comunitária é deixar aos Estados-Membros a possibilidade de aplicar ou manter em vigor as disposições nacionais que, mesmo implicando tratamentos diferenciados entre os dois sexos, são necessárias para «compensar» as situações desfavoráveis em que se poderão encontrar as mulheres grávidas. A ideia é a de atingir uma igualdade real nos casos em que não for suficiente uma igualdade formal, concretizada através de tratamentos idênticos. Há que considerar, pois, que o artigo 2.°, n.° 3, da directiva só permite derrogações ao princípio da igualdade de tratamento se estiverem reunidas duas condições, precisamente se for concedida uma maior protecção à mulher e, portanto, um tratamento mais favorável relativamente ao homem, e se esse tratamento tiver por fim específico a realização de uma igualdade substancial impossível de atingir de outro modo.

29. É óbvio que no caso presente não estão reunidas essas duas condições. Em primeiro lugar, a eventual aplicação da legislação nacional, aprovada para aplicar o artigo 2.°, n.° 3, da directiva, não conferiria à demandante um tratamento mais favorável, antes pelo contrário, penalizá-la-ia impedindo-a de aceder a um emprego. Em

13 — Acórdão de 12 de Julho de 1984 (184/83, Recueil, p. 3047, n.° 25). Quanto a este ponto, ver ainda acórdãos Habermann-Beltermann, já referido, n.° 21; Brown, já referido, n.° 17, e Webb, já referido, n.° 20.

14 — Acórdão de 30 de Abril de 1998 (C-136/95, Colect., p. I-2011, n.° 26). V. ainda, quanto a este ponto, as conclusões do advogado-geral G. Tesauro no processo Habermann-Beltermann, já referido, em especial n.° 11.

segundo lugar, não teria por consequência a concretização de uma verdadeira igualdade, antes sendo uma causa de comportamento discriminatório. Entendemos, pois, que uma tal aplicação do disposto na Mutterschutzgesetz seria claramente contrária à *ratio* da legislação comunitária.

30. Foi, aliás, neste sentido que o Tribunal de Justiça já se pronunciou no acórdão Habermann-Beltermann [15]. O objecto do litígio era então a alegada natureza discriminatória de uma medida através da qual uma entidade patronal tinha rescindido um contrato celebrado com uma trabalhadora que tinha engravidado logo após ter começado a trabalhar. Essa medida, tal como a do caso presente, tinha sido fundamentada no facto de, com base no disposto também na Mutterschutzgesetz, a trabalhadora não poder desempenhar o trabalho nocturno previsto no contrato, durante todo o período da gravidez e do parto [16].

Nesse processo, o Tribunal de Justiça afirmou que «... admitir que o contrato pudesse ser declarado nulo ou pudesse ser rescindido com base no impedimento temporário da trabalhadora grávida de efectuar o trabalho nocturno em razão do qual fora contratada seria contrário ao objectivo de protecção prosseguido pelo artigo 2.°, n.° 3, da directiva, e privaria esta disposição do seu efeito útil». Acrescentou ainda que «a ruptura de um contrato por tempo indeterminado com base na gravidez da trabalhadora, quer em consequência da nulidade quer da rescisão, não pode pois ser justificada pelo facto de uma proibição legal, imposta por motivo da gravidez, impedir temporariamente a trabalhadora de efectuar trabalho nocturno» [17].

31. O acórdão acima referido revela ainda um outro elemento particularmente importante. Tal como já tivemos ocasião de assinalar [18], no processo ora em apreço ambos os lugares para os quais a demandante pediu para ser admitida eram por tempo indeterminado. Ora, no acórdão Habermann-Beltermann [19], o Tribunal de Justiça entendeu que o comportamento discriminatório relativamente à mulher grávida não podia encontrar justificação no artigo 2.°, n.° 3, da directiva tendo em conta o facto de que «... as questões prejudiciais se relacionam com um contrato por tempo indeterminado e que, portanto, a proibição de prestação de trabalho nocturno pelas mulheres grávidas só produz efeito por um período limitado, em comparação com a duração total do contrato».

15 — Já referido.

16 — As semelhanças que esse processo apresenta com o presente aumentam consideravelmente se se perfilhar a tese defendida pelo advogado-geral G. Tesauro nas conclusões apresentadas no processo Habermann-Beltermann, segundo a qual «... a declaração de nulidade, na medida em que produz efeitos *ex tunc* e, por consequência, exactamente o mesmo efeito que um contrato nunca celebrado, equivaleria à recusa de contratação do trabalhador» (n.° 7 das conclusões).

17 — Acórdão Habermann-Beltermann, já referido, n.os 24 e 25.

18 — V. n.° 9 das presentes conclusões.

19 — Já referido, n.° 23.

Esse aspecto assumiu ainda maior importância no acórdão Webb [20]. O objecto desse processo era uma medida de despedimento de uma trabalhadora que, logo após a sua contratação, tinha descoberto estar grávida. A fundamentação invocada consistia precisamente no facto de, pelo período correspondente à licença de maternidade, a trabalhadora não poder desempenhar o trabalho para o qual tinha sido contratada: substituir outra trabalhadora também ela grávida. Apesar do carácter temporário das suas funções, a entidade patronal garantiu claramente à trabalhadora que o contrato prosseguiria após o período de substituição. Consequentemente, o lugar devia ser considerado como se fosse por tempo indeterminado.

Com base nesses elementos, o Tribunal de Justiça decidiu que «o despedimento de uma mulher grávida, contratada por tempo indeterminado, não pode basear-se em fundamentos relacionados com a sua incapacidade para cumprir uma das condições essenciais do seu contrato de trabalho. A disponibilidade do assalariado é necessariamente, para a entidade patronal, uma condição essencial à boa execução do contrato de trabalho. Porém, a protecção garantida pelo direito comunitário à mulher durante a gravidez e após o parto não pode depender da questão de saber se a presença da interessada, durante o período correspondente à maternidade, é indispensável ao bom funcionamento da empresa em que se encontra empregada. Uma interpretação contrária privaria de qualquer efeito útil as disposições da directiva».

Assim, o Tribunal de Justiça concluiu que «a ruptura 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» [21]. Afigura-se-nos que o que foi estabelecido no acórdão ora referido pode ser transposto para o caso presente, afastando-se, também sob esta perspectiva, a aplicabilidade da derrogação prevista no artigo 2.°, n.° 3, da directiva.

32. Com base em todas as considerações acima desenvolvidas, e tendo em conta a jurisprudência referida, entendemos que cabe concluir no sentido de que, quanto ao caso em apreço, uma legislação nacional aprovada para aplicação do artigo 2.°, n.° 3, da directiva, que impede uma mulher grávida de desempenhar certos trabalhos considerados perigosos para a sua saúde ou para a saúde do nascituro, não pode ser validamente invocada para justificar um comportamento directamente discriminatório como é uma recusa de contratação motivada pelo facto de essa mulher não poder temporariamente exercer a actividade para a qual seria contratada por tempo indeterminado. Uma tal utilização da legislação nacional seria claramente

20 — Acórdão Webb, já referido.

21 — Acórdão Webb, já referido, n.os 26 e 27.

contrária aos fins da disposição comunitária da qual constitui uma aplicação e privaria de qualquer eficácia a protecção concedida pela directiva à maternidade.

33. Dito isto, entendemos oportuno, neste momento, fazer alguns comentários a uma questão que se suscitou na audiência. Refere-se aos encargos, por vezes consideráveis, que as entidades patronais podem ser obrigadas a suportar para assegurar às mulheres grávidas a igualdade de tratamento e garantir, assim, a protecção da maternidade. A esse respeito, com efeito, a questão colocada é a de saber se se deve sempre privilegiar o princípio da não discriminação ou se, em determinadas circunstâncias, são justificáveis excepções tendo em conta as exigências das entidades patronais mais fracas.

34. Sem dúvida, o facto de uma grande parte do peso da protecção da maternidade assentar frequentemente na entidade patronal é um problema real e merece atenção. Contudo, não entendemos que isso possa influenciar, sob qualquer forma, as conclusões a que anteriormente se chegou. A igualdade de tratamento entre homens e mulheres, particularmente em situações como aquela aqui em apreço, representa um princípio fundamental do ordenamento jurídico comunitário que não pode sofrer restrições em consideração por esse tipo de exigências.

35. Entre outros, pelo menos no que respeita aos aspectos de natureza económica, a jurisprudência do Tribunal de Justiça é muito clara. O acórdão Dekker refere expressamente que «uma recusa de contratação devida às consequências financeiras de uma ausência por motivo de gravidez deve considerar-se baseada essencialmente no facto da gravidez. Essa discriminação não pode ser justificada por razões baseadas no prejuízo financeiro sofrido pelo empregador em caso de contratação de uma mulher grávida, durante o período da sua licença por maternidade» [22].

36. Na nossa opinião, portanto, a questão suscitada durante a audiência deveria encontrar uma resposta em acções «positivas» de protecção da situação das entidades patronais mais frágeis, a pôr em prática no âmbito da política social dos Estados-Membros, talvez com o apoio de uma actividade de coordenação a nível comunitário. Apenas acrescentamos, sobre este tema, que prever tais acções não seria necessariamente contrário à protecção da mulher. Pelo contrário, entendemos que desse modo se reforçaria a sua posição, eliminando a razão de ser de numerosos comportamentos discriminatórios.

22 — Acórdão já referido, n.º 12.

Conclusão

37. Tendo em conta as considerações anteriores, propomos ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial submetida pelo Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern da seguinte forma:

«É de considerar discriminação em razão do sexo, na acepção do artigo 2.°, n.° 1, da Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, o facto de uma entidade patronal não admitir uma candidata a um posto de trabalho livre, apesar de possuir a necessária habilitação, por se encontrar grávida e não poder ocupar de imediato, durante a gravidez, o referido lugar, a preencher mediante contrato por tempo indeterminado, devido à proibição de atribuição de determinados trabalhos às mulheres grávidas decretada pela lei de protecção da maternidade.»