Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MICHAL BOBEK
apresentadas em 17 de março de 2016[1]

Processo C-187/15

Joachim Pöpperl
contra
Land da Renânia do Norte-Vestefália

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgericht Düsseldorf (Alemanha)]

«Artigo 45.º TFUE — Livre circulação dos trabalhadores — Funcionários públicos que deixam o seu Estado-Membro para trabalharem noutro Estado-Membro — Legislação que prevê a não aplicação das prestações sociais dos funcionários públicos e a transferência para o regime geral obrigatório de seguro de pensões»

I – **Introdução**

1. Quando um funcionário público deixa o seu emprego no *Land* da Renânia do Norte-Vestefália (o recorrido) antes da aposentação, perde o direito de participar no regime especial de pensões dos funcionários públicos. Os períodos de seguro cumpridos ao abrigo desse regime especial são transferidos, com efeitos retroativos, para o regime geral obrigatório de seguro de pensões. Porém, essa transferência pode resultar numa redução considerável do valor da pensão que o funcionário público receberá.

2. J. Pöpperl (o recorrente), ex-funcionário público ao serviço do recorrido, pediu a exoneração do cargo que desempenhava no *Land* da Renânia do Norte-Vestefália, a fim de trabalhar na Áustria. O órgão jurisdicional nacional ao qual foi submetido o litígio, o Verwaltungsgericht Düsseldorf (Tribunal Administrativo de Düsseldorf), pergunta, no essencial, se a transferência obrigatória para o regime geral obrigatório de seguro de pensões e a correspondente diminuição do valor da pensão a que o recorrente tem direito são compatíveis com a livre circulação de trabalhadores garantida pelo artigo 45.º TFUE.

II – **Quadro jurídico**

A – *Direito da União*

3. O artigo 45.º TFUE tem a seguinte redação:

«1. A livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na União.

1 — Língua original: inglês.

2. A livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho.

[…]

4. O disposto no presente artigo não é aplicável aos empregos na administração pública.»

4. O artigo 60.º do Regulamento (CE) n.º 883/2004[2] contém «Disposições especiais aplicáveis a funcionários públicos». O artigo 60.º, n.º 2, dispõe:

«2. […] se a legislação de um Estado-Membro fizer depender a aquisição, a liquidação, a conservação ou a recuperação do direito às prestações concedidas nos termos de um regime especial dos funcionários públicos da condição de todos os períodos de seguro terem sido cumpridos ao abrigo de um ou mais regimes especiais dos funcionários públicos nesse Estado-Membro, ou de serem equiparados a tais períodos pela legislação do referido Estado-Membro, a instituição competente do Estado-Membro em causa tem apenas em conta os períodos que possam ser reconhecidos ao abrigo da legislação por ela aplicada.

Se, tendo em conta os períodos assim cumpridos, o interessado não preencher as condições exigidas para beneficiar das referidas prestações, esses períodos são tidos em conta para a concessão das prestações do regime geral, ou, na sua falta, do regime aplicável, consoante o caso, aos operários ou aos empregados.»

B – *Direito nacional*

5. A legislação nacional pertinente para os direitos do recorrente em matéria de pensões é, por um lado, o Livro VI do Código da Segurança Social federal (a seguir «Livro VI do SGB»)[3] e, por outro, dois atos do *Land* da Renânia do Norte-Vestefália: a Lei relativa às pensões dos funcionários públicos da Renânia do Norte-Vestefália (a seguir «LBeamtVG NRW»)[4] e o Estatuto dos funcionários públicos da Renânia do Norte-Vestefália (a seguir «LBG NRW»)[5].

6. A pensão de aposentação dos funcionários públicos do *Land* da Renânia do Norte-Vestefália é regulada pela LBeamtVG NRW. O § 4 dessa lei estabelece, designadamente, que a pensão de aposentação é calculada com base nas remunerações e nos anos de serviço tomados em consideração para o efeito. Simultaneamente, decorre do § 28(3) do LBG NRW que, após a demissão, o funcionário perde o direito a prestações do seu empregador, salvo disposição legal em contrário.

7. Ao nível federal, o § 1 do Livro VI do SGB estabelece o quadro do regime geral obrigatório do seguro de pensões. Enquanto o § 5 do Livro VI do SGB isenta os funcionários públicos da obrigação de inscrição no regime geral obrigatório do seguro de pensões, o § 8 sujeita-os a essa obrigação se deixarem a relação de emprego sem direitos ou expectativas futuras a uma pensão ou se tiverem perdido esse direito. A inscrição no regime geral obrigatório de seguro de pensões tem efeitos retroativos, abrangendo o período em que a pessoa em causa estava isenta.

2 — Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social (JO L 166, p. 1).

3 — Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) — Gesetzliche Rentenversicherung.

4 — Beamtenversorgungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtenversorgungsgesetz — LBeamtVG NRW).

5 — Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtengesetz — LBG NRW.

8. Além disso, o § 107, alínea b), da Lei relativa às pensões dos magistrados judiciais e dos funcionários públicos federais [6] (a seguir «BeamtVG») estabelece regras gerais sobre a repartição dos custos com as prestações a pagar por empregadores públicos aos funcionários públicos que, durante a sua carreira, tenham mudado de empregador público, deixando um *Land* para trabalhar noutro *Land* ou deixando um *Land* para trabalhar para um empregador público federal ou vice-versa. Essa disposição e outras disposições da legislação alemã conexa preveem a coordenação em matéria de pensões de funcionários públicos que mudam de um empregador público para outro dentro da Alemanha.

9. O § 107, alínea b), da BeamtVG foi alterado na sequência da assinatura do Tratado Estatal relativo à repartição das prestações dos funcionários públicos em caso de mudanças transfronteiras de empregador a nível federal ou estatal, celebrado entre o Governo federal e os respetivos *Länder* (a seguir «Tratado Estatal») [7]. O Tratado Estatal seguiu-se a uma reforma constitucional adotada em 2006, que, entre outras alterações, transferiu a competência em matéria de pensões dos funcionários públicos do Governo federal para os *Länder*.

III – **Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais**

10. Entre 1 de setembro de 1978 e 31 de agosto de 1999, o recorrente trabalhou para o recorrido na qualidade de funcionário público, desempenhando as funções de professor. Em 31 de agosto de 1999, pediu a sua exoneração, a fim de trabalhar como professor no *Land* Kärnten na Áustria.

11. Em 25 de abril de 2013, o recorrido informou o recorrente de que, em virtude da sua decisão de deixar a função pública, não tinha direito a uma pensão ao abrigo do regime de pensões dos funcionários públicos. Por esse motivo, a sua inscrição tinha sido transferida para o regime geral obrigatório de seguro de pensões, ao abrigo do qual estava agora seguro relativamente a todo o período em que tinha estado ao serviço do recorrido.

12. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a pensão do recorrente ao abrigo do regime geral obrigatório ascende a 1 050,67 EUR por mês. Porém, se o recorrente tivesse continuado inscrito no regime de pensões dos funcionários públicos ao invés de ter sido transferido para o regime geral obrigatório de seguro de pensões relativamente aos anos de serviço prestado para o recorrido, teria tido direito a uma pensão mensal no valor de 2 263,03 EUR ou até mesmo de 2 728,18 EUR [8].

13. Em virtude do seu estatuto de funcionário público, o recorrente não se podia inscrever num regime complementar de seguro de pensões nem subscrevê-lo retrospetivamente. O recorrente apresentou um pedido nesse sentido, mas o recorrido indeferiu-o por despacho de 10 de fevereiro de 2009.

6 — Gesetz über die Versorgung der Beamten und Richter des Bundes, Beamtenversorgungsgesetz.

7 — Staatsvertrag über die Verteilung von Versorgungslasten bei bund- und länderübergreifenden Dienstherrenwechseln, vom 16. Dezember 2009 und 26. Januar 2010 (BGBl. 2010 I S. 1290). Tratado Estatal, de 16 de dezembro de 2009 e 26 de janeiro de 2010, relativo à repartição das prestações dos funcionários públicos em caso de mudanças transfronteiras de empregador a nível federal ou estatal. O Tratado Estatal entrou em vigor em 1 de janeiro de 2011.

8 — Por uma questão de exaustividade, importa referir que o Governo alemão e o recorrido contestam a comparação feita pelo órgão jurisdicional de reenvio relativamente ao valor da pensão a que o recorrente teria direito ao abrigo do regime de pensões dos funcionários públicos, por um lado, e do regime geral obrigatório de pensões, por outro. Alegam que estas categorias de pensões têm natureza diferente e que o valor da pensão a que a pessoa em causa tem direito na prática só pode ser determinado quando esta efetivamente se aposenta, à luz da situação jurídica existente naquele momento específico. Discordo deste entendimento por duas razões. Em primeiro lugar, no que respeita ao caráter oportuno dessa comparação, tendo a subscrever a análise feita pelo órgão jurisdicional de reenvio. Em segundo lugar, a classificação das prestações dos funcionários públicos ao abrigo do direito alemão não é relevante para a apreciação desse regime à luz do direito da União, que se centra, por natureza, no funcionamento de um regime nacional na prática e não na categoria dogmática específica que lhe é atribuída pelo direito nacional. Dessa perspetiva, não creio que a comparação efetuada pelo órgão jurisdicional de reenvio seja, de forma alguma, questionável. No que respeita ao seu funcionamento global, é certo que o regime especial de pensões dos funcionários públicos pode ser considerado um regime de pensões específico para os funcionários da administração pública.

14. Discordando da supramencionada transferência do regime de pensões dos funcionários públicos para o regime geral obrigatório, o recorrente impugnou a legalidade dessa transferência perante o Verwaltungsgericht Düsseldorf (Tribunal Administrativo de Düsseldorf). O despacho de reenvio não descreve em pormenor os argumentos aduzidos pelo recorrente no processo principal. No entanto, pode inferir-se do texto do despacho que o recorrente considera que a referida transferência é incompatível com o artigo 45.º TFUE.

15. O Verwaltungsgericht Düsseldorf decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões para decisão prejudicial:

«1) Deve o artigo 45.º TFUE ser interpretado no sentido de que se opõe ao direito nacional segundo o qual uma pessoa que se tornou funcionário público num Estado-Membro perde os seus direitos adquiridos a uma pensão de aposentação (prestações sociais de um funcionário público) resultantes do seu estatuto enquanto funcionário público, uma vez que, para iniciar uma nova atividade noutro Estado-Membro, desistiu, a seu pedido, do estatuto de funcionário público, quando o direito nacional prevê simultaneamente que esta pessoa deve ser inscrita retroativamente, tendo por base as remunerações ilíquidas obtidas enquanto funcionário público, no regime de seguro de pensões obrigatório, o que, no entanto, confere direitos a pensão inferiores aos direitos adquiridos a pensão que essa pessoa assim perdeu?

2) Em caso de resposta afirmativa à questão 1 — seja em relação a todos ou a alguns funcionários públicos: deve o artigo 45.º TFUE ser interpretado no sentido de que, na falta de disposição nacional em contrário, a entidade pública empregadora que tinha anteriormente contratado o funcionário público lhe deve pagar a pensão, calculada com base nas anuidades cumpridas enquanto funcionário público e deduzindo desta pensão os direitos decorrentes da inscrição retroativa ou que deve de outra forma compensar financeiramente a perda da pensão de aposentação, embora, segundo o direito nacional, apenas possam ser concedidas as pensões que este prevê?»

16. Foram apresentadas observações escritas pelo Governo alemão, pelo recorrido [9] e pela Comissão. Aqueles que apresentaram observações escritas, bem como o recorrente [10], apresentaram observações orais na audiência realizada em 14 de janeiro de 2016.

IV – **Apreciação**

A – *Questão 1*

17. Com a sua primeira questão, o Verwaltungsgericht Düsseldorf pretende saber, no essencial, se o artigo 45.º TFUE deve ser interpretado no sentido de se opor a uma legislação nacional que modifica, com efeitos retroativos e em detrimento do beneficiário, o regime de pensões aplicável aos funcionários públicos que tenham pedido a sua exoneração para trabalharem noutro Estado-Membro.

18. Para determinar se a legislação em causa constitui discriminação ou uma restrição (ou ambas) incompatível com a livre circulação dos trabalhadores (secção 2), começarei por identificar as disposições de direito da União pertinentes para essa análise (secção 1).

9 — Por carta de 10 de agosto de 2015, o recorrido declarou que subscrevia integralmente a posição expressa pelo Governo federal alemão, sem ter apresentado as suas próprias observações escritas.

10 — O recorrente apresentou observações escritas, mas fê-lo após o termo da fase escrita do processo.

1. Lei aplicável

19. O recorrente, o recorrido e a Comissão reconhecem que o artigo 45.º TFUE é aplicável aos factos do presente processo. Com efeito, não há qualquer dúvida de que o recorrente é um trabalhador na aceção do artigo 45.º TFUE [11]. Simultaneamente, a sua situação não está abrangida pela exceção relativa à administração pública prevista no artigo 45.º, n.º 4, TFUE [12].

20. A aplicabilidade do artigo 45.º TFUE no presente processo não suscita, portanto, qualquer questão. Porém, o mesmo já não acontece com a pertinência do Regulamento n.º 883/2004.

21. O Governo alemão e o recorrido invocam o Regulamento n.º 883/2004 e, concretamente, o artigo 60.º, n.º 2, em apoio da compatibilidade da legislação nacional em causa com o artigo 45.º TFUE. O recorrente também menciona o Regulamento n.º 883/2004, mas por outros motivos: salientar a importância que esse regulamento atribui à proteção dos direitos adquiridos.

22. É claro que, atualmente, os direitos dos funcionários públicos em matéria de segurança social estão sujeitos às regras de coordenação estabelecidas pelo Regulamento n.º 883/2004. Inicialmente, os regimes especiais aplicáveis aos funcionários públicos estavam excluídos da coordenação intra-UE ao abrigo do Regulamento (CEE) n.º 1408/71 [13], o antecessor do Regulamento n.º 883/2004. Em resposta ao acórdão Vougioukas do Tribunal de Justiça [14], essa exceção foi eliminada pelo Regulamento (CE) n.º 1606/98 [15].

23. Porém, apesar de ser aplicável, de um modo geral, aos direitos dos funcionários públicos em matéria de pensões, o Regulamento n.º 883/2004 não se aplica à situação do recorrente no presente processo. Tal como refere acertadamente a Comissão, o recorrente não pretende transferir os seus direitos em matéria de pensões de um Estado-Membro para outro. Pelo contrário, pretende manter os direitos adquiridos na Alemanha ao abrigo do regime de pensões dos funcionários públicos, não obstante ter decidido ir trabalhar para a Áustria.

24. Os factos em causa no processo principal não envolvem qualquer tipo de coordenação dos direitos do recorrente em matéria de pensões na aceção do Regulamento n.º 883/2004. Esse regulamento não é, assim, aplicável no caso em apreço. Por conseguinte, a análise que se segue tem unicamente por objeto o artigo 45.º TFUE.

2. Apreciação substantiva

25. O Tribunal de Justiça reconheceu que os Estados-Membros conservam a competência para organizar os seus sistemas de segurança social. Contudo, também tem sistematicamente afirmado que, no exercício dessa competência, devem respeitar as disposições do Tratado relativas à livre circulação dos trabalhadores [16].

11 — V., entre outros, despacho proferido no processo Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164, n.º 19).

12 — Em primeiro lugar, essa exceção tem por objeto o *acesso* ao emprego, uma questão que não está em causa no presente processo. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de confirmar que os professores não estão abrangidos por essa exceção. V. despacho proferido no processo Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164, n.ºs 21 a 23 e jurisprudência aí referida).

13 — Regulamento do Conselho, de 14 de junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade (JO 1971 L 149, p. 2; EE 05 F1, p. 98). Nos termos do seu artigo 4.º, n.º 4, esse regulamento não se aplicava «[…] aos regimes especiais dos funcionários públicos ou do pessoal equiparado».

14 — C-443/93, EU:C:1995:394.

15 — Regulamento do Conselho, de 29 de junho de 1998, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1408/71 relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade e o Regulamento (CEE) n.º 574/72 que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 1408/71, tendo em vista a extensão da sua aplicação aos regimes especiais dos funcionários públicos (JO L 209, p. 1).

16 — Mais recentemente, acórdão Comissão/Chipre (C-515/14, EU:C:2016:30, n.º 38 e jurisprudência aí referida). V., também, acórdão Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon (C-12/06, EU:C:2008:178, n.º 43).

26. Essas disposições, entre as quais figura o artigo 45.º TFUE, visam facilitar aos nacionais da União o exercício de atividades profissionais no território da União Europeia e opõem-se às medidas que possam desfavorecer esses nacionais quando desejem exercer uma atividade económica no território de outro Estado-Membro [17].

27. Em termos intuitivos, é evidente que, em certa medida, a legislação nacional em causa coloca o recorrente em desvantagem, devido à sua decisão de ir trabalhar para a Áustria. Conforme refere o órgão jurisdicional de reenvio, essa desvantagem assume concretamente a forma de perda de mais de metade do valor da pensão a que teria direito.

28. Porém, resta ainda determinar que tipo de desvantagem comporta a referida legislação nacional e se é passível de justificação. A fim de responder a esta questão, analisarei se essa legislação é discriminatória [secção a)], ou se constitui uma restrição à livre circulação dos trabalhadores [secção b)] e, em caso afirmativo, se essa discriminação ou restrição é passível de justificação [secção c)].

a) Existência de discriminação

29. A legislação nacional em questão aplica-se aos funcionários públicos, independentemente da sua nacionalidade. Por conseguinte, não constitui obviamente discriminação *direta*: o critério proibido de diferenciação (nacionalidade) não é o critério de diferenciação no presente caso [18].

30. No entanto, o artigo 45.º TFUE proíbe não apenas a discriminação direta em razão da nacionalidade, mas também a discriminação indireta [19].

31. O Tribunal de Justiça considera indiretamente discriminatória qualquer legislação nacional que seja aplicável independentemente da nacionalidade, mas que, simultaneamente, seja suscetível, *pela sua própria natureza*, de afetar *mais* os trabalhadores migrantes do que os trabalhadores nacionais do Estado-Membro cuja legislação está em causa, e implique o risco de desfavorecer mais *particularmente* os primeiros [20]. O Tribunal de Justiça entendeu igualmente que «[p]ara que uma medida possa ser qualificada de indiretamente discriminatória, não é necessário que tenha o efeito de favorecer todos os nacionais ou de apenas desfavorecer os nacionais dos outros Estados-Membros, com exclusão dos nacionais» [21]. Além disso, não é necessário determinar se a disposição em causa afeta, na prática, uma proporção substancialmente maior de trabalhadores migrantes. Basta constatar que é suscetível de produzir esse efeito [22].

32. No presente processo, a Comissão alega que a legislação em causa resulta em discriminação indireta porque, pela sua própria natureza, é suscetível de afetar mais os trabalhadores migrantes, colocando-os em especial desvantagem face aos trabalhadores nacionais.

17 — Acórdãos Comissão/Chipre (C-515/14, EU:C:2016:30, n.º 39 e jurisprudência aí referida); e Comissão/Bélgica (C-317/14, EU:C:2015:63, n.º 22 e jurisprudência aí referida).

18 — Acórdãos Comissão/França (167/73, EU:C:1974:35, n.os 44 a 46); e Marsman (44/72, EU:C:1972:120, n.º 4).

19 — Acórdão Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, n.º 14 e jurisprudência aí referida).

20 — Acórdãos Larcher (C-523/13, EU:C:2014:2458, n.º 32 e jurisprudência aí referida; Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 26 e jurisprudência aí referida); Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, n.º 41 e a jurisprudência aí referida); O'Flynn (C-237/94, EU:C:1996:206, n.os 18 a 20). Sublinhado meu.

21 — Acórdãos Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 27); e Erny (C-172/11, EU:C:2012:399, n.º 41 e jurisprudência aí referida).

22 — Acórdão Larcher (C-523/13, EU:C:2014:2458, n.º 33 e jurisprudência aí referida).

33. Porém, conforme explicam o Governo alemão e o recorrido, a aplicação da legislação em causa não está associada à partida do funcionário público para outro Estado-Membro. Por conseguinte, a sua aplicação não é desencadeada pelo facto de esse funcionário público migrar para outro Estado-Membro, mas sim pela sua exoneração do cargo que desempenhava ao serviço do recorrido. Assim, segundo o Governo alemão e o recorrido, os trabalhadores que deixam a função pública para trabalharem para um empregador privado na Alemanha encontram-se exatamente na mesma situação que aqueles que vão trabalhar para o estrangeiro.

34. A posição defendida pelo Governo alemão e pelo recorrido tem a sua lógica. Com efeito, se aceitarmos que o facto que desencadeia essa consequência é a exoneração da função pública, não há nada na aplicação da legislação em causa que a torne, *pela sua própria natureza*, suscetível de afetar *mais* os trabalhadores migrantes do que os trabalhadores nacionais, desfavorecendo mais *particularmente* os primeiros.

35. Importa salientar os três elementos da definição de discriminação indireta enunciada pelo Tribunal de Justiça: *pela sua própria natureza*, *mais* e *particularmente*. Estes elementos traduzem o conteúdo essencial da proibição de discriminação indireta: numa situação em que o critério de diferenciação é aparentemente neutro, a legislação ou o regime em causa afetará provavelmente mais o grupo protegido (neste caso, os trabalhadores migrantes) do que o grupo geral (neste caso, aqueles que pedem a exoneração da função pública, mas permanecem na Alemanha). Nos casos que envolvem discriminação indireta, essa análise superficial (*pela sua própria natureza*) poderá ser complementada por argumentos estatísticos: *mais* membros do grupo protegido são afetados e/ou são *particularmente* desfavorecidos.

36. Porém, nenhuma dessas condições parece estar preenchida no presente processo. Aparentemente, a legislação em causa afeta os trabalhadores migrantes e não migrantes do mesmo modo: ambos perdem o direito à pensão como funcionários públicos se deixarem o seu emprego na função pública ao serviço do recorrido. Além disso, não ficou provado que, em termos puramente quantitativos, a regra em causa afetaria mais os trabalhadores migrantes do que os trabalhadores que deixavam a função pública mas que permaneciam na Alemanha. Com efeito, até faria sentido presumir exatamente o contrário: o número de pessoas que perdem o direito a uma pensão da função pública por terem passado a trabalhar para um empregador privado na Alemanha poderá ser ainda maior do que o número de pessoas que perdem esse direito por terem passado a trabalhar noutro Estado-Membro.

37. Por conseguinte, não considero que, à primeira vista, a legislação em causa seja, *pela sua própria natureza*, suscetível de afetar *mais* os trabalhadores migrantes do que os trabalhadores nacionais. Por este motivo, entendo que a legislação em causa não resulta numa discriminação indireta entre trabalhadores migrantes e não migrantes.

b) Existência de uma restrição

38. Não obstante, o âmbito de aplicação do artigo 45.º TFUE não se limita à discriminação direta e indireta em razão da nacionalidade. De acordo com jurisprudência assente [23] do Tribunal de Justiça, o artigo 45.º TFUE também abrange as disposições nacionais aplicáveis independentemente da nacionalidade dos trabalhadores em causa, mas que sejam suscetíveis de dificultar ou tornar menos

23 — Por exemplo, os acórdãos Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 30 e a jurisprudência aí referida); Las (C-202/11, EU:C:2013:239, n.º 20); Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131, n.º 22); Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, n.º 45 e jurisprudência aí referida); e Bosmann (C-415/93, EU:C:1995:463, n.º 96 e jurisprudência aí referida).

atrativo o exercício do seu direito de livre circulação, ao impedirem ou dissuadirem um cidadão de um Estado-Membro de abandonar o seu país de origem. Diz igualmente respeito às medidas nacionais que sejam aplicáveis indistintamente a situações nacionais e transfronteiriças, mas que afetem diretamente o acesso aos mercados de trabalho em outros Estados-Membros [24].

39. Daqui decorre claramente que, para além das categorias de discriminação direta e indireta, há ainda a categoria da restrição. Para que uma medida nacional se insira nessa categoria, basta que seja suscetível de *dificultar* ou de *tornar menos atrativo* o exercício da liberdade em questão. Nessa lógica, a comparação entre grupos de referência (que é o principal instrumento analítico em ambos os tipos de discriminação) é, em grande parte, afastada. Pelo contrário, na categoria da restrição, apenas é relevante o grupo protegido, ou seja, os trabalhadores migrantes, e os efeitos que a medida impugnada tem sobre a probabilidade de estes exercerem a sua liberdade de circulação ao abrigo do Tratado.

40. Recentemente, o Tribunal de Justiça analisou legislação cipriota que privava os funcionários públicos com menos de 45 anos dos seus direitos a uma pensão caso se demitissem da função pública cipriota para exercerem uma atividade profissional noutro Estado-Membro. O Tribunal de Justiça considerou que essa legislação poderia dissuadir os funcionários públicos de deixar o seu emprego na função pública cipriota e concluiu que constituía uma restrição à livre circulação dos trabalhadores porque condicionava diretamente o acesso dos funcionários públicos cipriotas ao mercado de trabalho em outros Estados-Membros [25].

41. Esta análise também deveria ser válida para o presente caso. Um professor que seja um funcionário público ao serviço do recorrido e que pretenda trabalhar noutro Estado-Membro tem de renunciar ao seu estatuto de funcionário público e aos benefícios que dele decorrem. Tal como a Comissão, também entendo que esta situação é suscetível de dificultar ou certamente de tornar menos atrativo o exercício do direito à livre circulação e de dissuadir a pessoa em causa de deixar o seu emprego ao serviço do recorrido.

42. Considero igualmente que os efeitos dissuasores da legislação em causa não são demasiado indiretos ou aleatórios [26]. Por outras palavras, existe um grau de proximidade suficiente entre a legislação nacional em questão e o seu impacto sobre os trabalhadores migrantes. Conforme referi na secção anterior, concordo com a Alemanha e com o recorrido quando sustentam que a causa *imediata* ou o facto que desencadeia a diminuição do valor da pensão do recorrente é a sua exoneração da função pública. No entanto, para poder exercer uma atividade profissional na Áustria, o recorrente era obrigado a deixar a função pública. Assim, a perda de parte substancial da sua pensão era uma consequência *direta* e *certa* e estava claramente relacionada com o exercício da sua liberdade de circulação.

43. Consequentemente, por analogia com a posição assumida pelo Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Chipre, entendo que a legislação em questão no presente processo constitui uma restrição à livre circulação dos trabalhadores. Dissuade os funcionários públicos ao serviço do recorrido de deixarem o seu emprego para terem acesso ao mercado de trabalho de outros Estados-Membros.

c) Justificação

44. Uma medida nacional que constitua uma restrição à livre circulação dos trabalhadores só será admissível à luz do artigo 45.º TFUE se prosseguir um dos objetivos legítimos enumerados no Tratado ou se for justificada por razões imperiosas de interesse geral.

24 — Acórdão Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, n.º 103).

25 — Acórdão Comissão/Chipre (C-515/14, EU:C:2016:30, n.ºs 45, 47 e 51 e jurisprudência aí referida).

26 — Acórdão Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178, n.º 51); despacho proferido no processo Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164, n.º 27); e acórdão Graf (C-190/98, EU:C:2000:49, n.ºs 24 e 25).

45. Além disso, a aplicação dessa medida tem de ser proporcionada em relação ao objetivo legitimamente prosseguido. Em geral, a proporcionalidade traduz-se num exame da correspondência entre os objetivos enunciados e os meios escolhidos. Para respeitarem o princípio da proporcionalidade, as medidas adotadas devem ser *adequadas* à realização dos objetivos legitimamente prosseguidos; não podem ultrapassar os limites do que é *necessário* para os alcançar (quando se proporcione uma escolha entre várias medidas adequadas, deve-se recorrer à menos restritiva); e os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objetivos prosseguidos (*ponderação interna, ou proporcionalidade* stricto sensu) [27].

46. O recorrido e o Governo alemão alegam que a legislação é justificada pelo objetivo legítimo de assegurar «o bom funcionamento da função pública».

47. Importa salientar que, na audiência, o recorrido confirmou que este objetivo é prosseguido *ao nível do* Land *da Renânia do Norte-Vestefália* (e não ao nível federal). Por conseguinte, será analisado dessa perspetiva. A condição que impõe que, para beneficiar do regime de pensões dos funcionários públicos, o funcionário público tem de prestar serviço no recorrido até à sua aposentação visa a retenção de trabalhadores qualificados na função pública daquele *Land*.

48. Admito que esse objetivo possa constituir uma razão imperiosa de interesse geral [28].

49. O primeiro passo da análise da proporcionalidade consiste em determinar se os meios escolhidos, ou seja, a diminuição do valor da pensão a que têm direito os trabalhadores que deixam o seu emprego na função pública do *Land* antes da aposentação, são *adequados* para alcançar o objetivo enunciado, que é reter os trabalhadores qualificados na função pública do *Land* da Renânia do Norte-Vestefália.

50. Não creio que o sejam por uma razão muito simples: embora declare que o seu objetivo é manter os funcionários públicos qualificados ao serviço do *Land* da Renânia do Norte-Vestefália, a legislação em causa permite a «saída» dos funcionários públicos desse *Land* para trabalharem para outros *Länder* alemães ou para o Governo federal.

51. Conforme explicou o recorrido na audiência, os funcionários públicos que deixam o *Land* da Renânia do Norte-Vestefália para trabalharem para outros empregadores públicos noutro *Land* ou a nível federal em princípio mantêm os direitos decorrentes da inscrição no regime de pensões dos funcionários públicos, sem prejuízo das regras previstas pelo seu novo empregador público. Esta continuidade deve-se ao facto de existirem mecanismos de coordenação entre o recorrido e outros empregadores públicos na Alemanha.

52. Na audiência, o recorrido explicou que essa coordenação entre empregadores públicos relativamente às pensões dos funcionários públicos que migram *dentro* da Alemanha estava prevista na legislação aplicável à data pertinente, ou seja, à data em que o recorrente pediu a sua exoneração da função pública.

27 — Acórdãos Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, n.º 58 e a jurisprudência aí referida); Comissão/Chipre (C-515/14, EU:C:2016:30, n.º 54); Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH (C-514/12, EU:C:2013:799, n.º 36 e jurisprudência aí referida); e Casteels (C-379/09, EU:C:2011:131, n.º 30 e jurisprudência aí referida). V. ainda as minhas conclusões no processo Lidl, C-134/15 (n.º 40 e jurisprudência aí referida).

28 — V., por analogia, o despacho proferido no processo Marhold (C-178/04, EU:C:2005:164, n.ºs 32 *et seq.*); e acórdão Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513, n.º 80 *et seq.*). Nestes casos, os Governos alemão e austríaco alegaram, respetivamente, que as medidas nacionais em causa eram justificadas porque recompensavam a lealdade dos funcionários públicos, *in casu* os professores universitários.

53. Além disso, na sequência da reforma constitucional que teve lugar na Alemanha em 2006, a competência em matéria de pensões dos funcionários públicos foi transferida do Governo federal para os *Länder*. A esta alteração seguiu-se a celebração do Tratado Estatal, que, no seu preâmbulo, sublinha em termos bem explícitos a importância da mobilidade dos funcionários públicos dentro da Alemanha e a consequente necessidade de coordenar os seus direitos em matéria de pensões.

54. À luz destes elementos, não creio que a substituição do regime de pensões dos funcionários públicos pelo regime geral obrigatório de seguro de pensões seja *adequada* para alcançar o objetivo de assegurar o bom funcionamento da função pública do recorrido. Não é possível alegar que esse objetivo está a ser genuinamente prosseguido ao nível do *Land* da Renânia do Norte-Vestefália quando, ao mesmo tempo, a legislação aplicável permite a «saída» para outros *Länder* e para o Governo federal.

55. Por uma questão de exaustividade, poder-se-ia acrescentar que a legislação em causa vai além do que é necessário e que não estabelece um equilíbrio adequado entre os interesses das diferentes partes envolvidas.

56. No que respeita ao elemento da *necessidade*, é inquestionável que o objetivo enunciado poderia ser prosseguido através de meios menos restritivos. A título de exemplo, no seu despacho de reenvio, o órgão jurisdicional de reenvio observou que três *Länder* — o *Land* de Baden-Vurtemberga, o *Land* de Hessen e o *Land* da Baixa Saxónia — dão aos funcionários públicos que foram exonerados a possibilidade de manterem os direitos correspondentes aos anos de serviço anteriores. Não há motivo para presumir que esses *Länder* não procuram também alcançar o objetivo do «bom funcionamento da função pública». Porém, o que é relevante é que, para tal, recorrem a meios menos restritivos.

57. Por último, considero que a legislação em causa não estabelece um *equilíbrio razoável* entre os interesses públicos e privados em jogo. O recorrente trabalhou para o recorrido durante mais de vinte anos, o que corresponde a uma parte substancial da carreira profissional de uma pessoa. Segundo o despacho de reenvio, o valor da pensão a que o recorrente tem atualmente direito é menos de metade do que seria se a legislação em causa não tivesse extinguido os direitos que decorriam da sua inscrição no regime de pensões dos funcionários públicos aquando da sua partida para a Áustria. Considero que essa consequência é particularmente gravosa para o recorrente, por um lado, sendo particularmente vantajosa para o recorrido, por outro.

58. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda à primeira questão prejudicial nos seguintes termos: o artigo 45.º TFUE deve ser interpretado no sentido de se opor a uma legislação nacional que resulte numa diminuição substancial do valor da pensão a que um trabalhador tem direito, como acontece no caso do recorrente no processo principal, em virtude da sua decisão de trabalhar noutro Estado-Membro.

B – *Questão 2*

59. Com a sua segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, no fundo, que medidas devem as autoridades nacionais competentes adotar caso se conclua que o artigo 45.º se opõe à legislação em causa. Pergunta quais as consequências de uma potencial decisão de incompatibilidade e de que modo essa decisão do Tribunal de Justiça deve ser executada ao nível nacional.

60. Essas questões são, por norma, deixadas ao critério das autoridades nacionais, em virtude do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros e também pelo facto de envolverem a interpretação ou potencialmente a reformulação de leis nacionais [29]. Porém, a fim de fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil à pergunta expressamente colocada, pelo menos abordarei esta questão, descrevendo as orientações relevantes que podem ser inferidas da atual jurisprudência do Tribunal de Justiça.

61. Antes de propor uma resposta à segunda questão do órgão jurisdicional de reenvio, efetuarei uma análise a dois níveis: estrutural e individual.

1. Nível estrutural

62. É jurisprudência assente que a legislação nacional que não seja compatível com o direito da União deve ser interpretada em conformidade com este. Se tal se revelar impossível, deve ser desaplicada [30]. Não obstante, não existe uma ordem de preferência rígida entre os dois: tudo dependerá do caso concreto [31]. Em geral, porém, a interpretação conforme poderá ser mais aconselhável, uma vez que minimiza o impacto sobre o ordenamento jurídico nacional [32], desde que permita assegurar a compatibilidade com o direito da União através da interpretação.

63. Ainda que a *interpretação conforme* seja a abordagem mais aconselhável, tem evidentemente limites. Em especial, o Tribunal de Justiça reconheceu que a interpretação conforme não pode servir de fundamento a uma interpretação *contra legem* do direito nacional [33].

64. Tal como o demandante, considero que esse limite parece ter sido atingido no presente caso. Do despacho de reenvio (e dos esclarecimentos prestados na audiência) decorre que as autoridades competentes só podem deferir pedidos de pensões com base na lei e dentro dos limites claramente estabelecidos por esta, tal como exige o princípio da legalidade. Assim sendo, a proposta da Comissão no sentido de interpretar a expressão «salvo disposição legal em contrário na lei» constante do § 28(3) do LBG NRW como uma referência ao direito da União e de interpretar os direitos em matéria de pensões com base nessa interpretação parece ir longe demais. Porém, compete ao órgão jurisdicional nacional determinar se essa leitura da legislação nacional conduziria efetivamente a uma interpretação *contra legem*.

65. Seguidamente, se a interpretação conforme se revelar impossível, o órgão jurisdicional nacional deve, ainda assim, garantir a plena eficácia do direito da União, *desaplicando*, se necessário, as disposições de direito nacional incompatíveis, sem que estas sejam previamente revogadas [34].

29 — Por exemplo, no contexto do processo prejudicial, o advogado-geral C. O. Lenz já afirmou, nas suas conclusões no processo Wagner Miret que «[o] Tribunal de Justiça não tem a missão nem a competência para interpretar as disposições internas dos Estados-Membros» (C-334/92, EU:C:1993:322, n.º 20).

30 — V., designadamente, as conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:293, n.ºs 107 a 111 e jurisprudência aí referida).

31 — Por um lado, v., entre outros, os acórdãos Pflücke (C-125/01, EU:C:2003:477, n.º 48); Santex (C-327/00, EU:C:2003:109, n.ºs 62 a 65); e Murphy e o. (157/86, EU:C:1988:62, n.º 11), que revelam uma preferência pela interpretação conforme. Por outro lado, v., por exemplo, a tese defendida no acórdão Adeneler e o. (C-212/04, EU:C:2006:443, n.ºs 113 e 124), que refere que a obrigação de interpretação conforme foi imposta, nomeadamente, para o caso de uma disposição de uma diretiva não ter efeito direto, dando a entender que, efetivamente, só há lugar à interpretação conforme quando não é possível o efeito direto.

32 — V., em geral, Sacha Prechal, *Directives in EC Law*, 2.ª edição. Oxford University Press, 2005, pp. 314 e 315.

33 — Recentemente, entre outros, no acórdão Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, n.ºs 31 e 32 e jurisprudência aí referida).

34 — Recentemente, entre outros, o acórdão Taricco e o. (C-105/14, EU:C:2015:555, n.º 49 e jurisprudência aí referida).

66. No presente caso, porém, é provável que este método de evitar a incompatibilidade com o direito da União coloque às autoridades nacionais competentes problemas práticos semelhantes. Os organismos responsáveis pelo domínio da segurança social não podem funcionar no vácuo jurídico que resultaria da simples desaplicação do direito nacional no presente caso. Mais uma vez, compete ao órgão jurisdicional nacional determinar se a desaplicação do § 28(3) do LBG NRW criaria efetivamente um vácuo jurídico ou se poderia ser compensada pela aplicação de outra disposição do direito nacional.

67. Pelo exposto, devo admitir que qualquer solução estrutural que assegure a compatibilidade do direito nacional com o artigo 45.º TFUE será provavelmente uma solução legislativa, tal como sublinharam na audiência tanto o recorrente como o recorrido. No domínio dos direitos de segurança social, a prática administrativa ou judicial de interpretar as regras aplicáveis em sentido amplo ou de afastar a sua aplicação numa base *ad hoc* constitui, sem dúvida, uma solução «de emergência» adotada num determinado caso concreto para compensar a inexistência de uma solução sistémica. A longo prazo, porém, dificilmente respeitará o princípio da previsibilidade da lei [35] e da legalidade dos atos administrativos.

2. Nível individual

68. Mais uma vez, é jurisprudência assente que compete aos órgãos jurisdicionais nacionais garantir a proteção jurídica decorrente, para os particulares, do efeito direto das disposições do direito da União, como o artigo 45.º TFUE [36]. Além disso, o Tribunal de Justiça sustentou que, nos casos em que uma disposição do direito nacional seja classificada como uma restrição injustificada à livre circulação dos trabalhadores, «os membros do grupo desfavorecido devem ser tratados do mesmo modo e segundo o mesmo regime que os outros interessados» [37].

69. Compreendo a dificuldade que, no presente caso, poderá existir em relação ao cálculo do valor da pensão a que o recorrente deveria ter direito. Contudo, decorre do despacho de reenvio que é possível efetuar esse cálculo no que respeita ao recorrente, não obstante ter deixado o seu emprego ao serviço do recorrido.

70. No meu entender, o recorrente deve ter o direito de deixar o seu emprego na função pública ao serviço do recorrido para ir trabalhar noutro Estado-Membro sem que os seus direitos em matéria de pensões sofram uma redução superior àquela a que estão sujeitos os trabalhadores que, em circunstâncias comparáveis, deixam o seu emprego na função pública ao serviço do recorrido, mas continuam a trabalhar como funcionários públicos na Alemanha.

71. Compete às autoridades nacionais determinar quais são esses direitos comparáveis e procurar, nos limites do direito nacional, os meios que as habilitarão a conceder tais direitos ao recorrente relativamente ao período em que prestou serviço no recorrido.

72. Pelos motivos acima expostos, proponho que o Tribunal de Justiça responda à segunda questão prejudicial no sentido de que cabe às autoridades nacionais competentes identificar, através da aplicação do seu próprio direito nacional e com base na autonomia processual de que gozam os Estados-Membros, os meios que as habilitarão a conceder ao recorrente no processo principal direitos em matéria de pensões comparáveis àqueles de que usufruiria relativamente ao período em que prestou serviço no recorrido se tivesse decidido ir trabalhar para outro empregador público na Alemanha.

35 — A este propósito, poder-se-ia referir a jurisprudência do Tribunal de Justiça em processos por infração relativos à transposição de diretivas. V., entre outros, o acórdão Comissão/Reino Unido (C-530/11, EU:C:2014:67, n.º 34 e jurisprudência aí referida).

36 — Acórdão Factortame e o. (C-213/89, EU:C:1990:257, n.º 19 e a jurisprudência aí referida) ou as conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer no processo Terhoeve (C-18/95 EU:C:1998:177, n.º 73).

37 — Acórdão Terhoeve (C-18/95, EU:C:1999:22, n.º 57 e jurisprudência aí referida).

73. Por último, a título de *post scriptum*, importa salientar que a análise realizada nas presentes conclusões diz unicamente respeito ao «direito de saída» do mercado de trabalho de um Estado-Membro, previsto no artigo 45.º TFUE. Conforme referi anteriormente, o Regulamento n.º 883/2004 não é aplicável no presente caso. Por conseguinte, as opiniões expressas nas presentes conclusões não afetam, de modo algum, os direitos individuais ou as obrigações dos Estados-Membros ao abrigo desse regulamento.

V – **Conclusão**

74. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões submetidas pelo Verwaltungsgericht Düsseldorf nos seguintes termos:

«1) O artigo 45.º TFUE deve ser interpretado no sentido de se opor a uma legislação nacional que resulte numa diminuição substancial do valor da pensão a que um trabalhador tem direito, como acontece no caso do recorrente no processo principal, em virtude da sua decisão de ir trabalhar noutro Estado-Membro.

2) Cabe às autoridades nacionais competentes identificar, através da aplicação do seu próprio direito nacional e com base na autonomia processual de que gozam os Estados-Membros, os meios que as habilitarão a conceder ao recorrente no processo principal direitos em matéria de pensões comparáveis àqueles de que usufruiria relativamente ao período em que prestou serviço no recorrido se tivesse decidido ir trabalhar para outro empregador público na Alemanha.»