CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
L. A. GEELHOED
apresentadas em 28 de Setembro de 2006 [1]

I — Introdução

1. Segundo a *Bundeserziehungsgeldgesetz* (Lei alemã relativa ao subsídio federal de educação, a seguir «BErzGG»), a concessão do subsídio de educação está subordinada, nomeadamente, à condição de o beneficiário residir na Alemanha. Mas esta vantagem social também é atribuída a trabalhadores fronteiriços, desde que exerçam na Alemanha uma actividade profissional que não seja meramente precária. A principal questão suscitada pelo presente processo, cuja apreciação foi submetida pelo *Bundessozialgericht*, é a de saber se a exigência do exercício de uma actividade profissional que não seja meramente precária, tal como estabelecida na legislação nacional, é compatível com o artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68 (a seguir «Regulamento n.º1612/68») [2], que garante a igualdade de tratamento dos trabalhadores migrantes com os trabalhadores nacionais em matéria de direito aos benefícios sociais no Estado-Membro de emprego [3].

2. Em paralelo com este processo, o *Bundessozialgericht* submeteu outras questões ao Tribunal de Justiça para decisão a título prejudicial, tendo por objecto o mesmo requisito de domicílio em relação à mulher, de nacionalidade austríaca, de um funcionário público alemão que, depois de ter mudado o seu domicílio para a Áustria, continuou a trabalhar na Alemanha para a sua entidade patronal: processo C-212/05 *Hartmann*. Na parte em que as considerações feitas nas conclusões que apresento nesse processo [4] abrangem os problemas suscitados pelo caso em apreço, limitar-me-ei a remeter para os números pertinentes dessas conclusões para evitar repetições inúteis.

1 — Língua original: inglês.

2 — Regulamento (CEE) n.º 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade (JO L 257, p. 2; EE 05 F1 p. 77).

3 — A Comissão também incentivou a abertura de processo por infracção ao abrigo do artigo 226.º do Tratado contra a República Federal da Alemanha relativamente às mesmas disposições do direito nacional. V. Comissão das Comunidades Europeias/República Federal da Alemanha, C-307/06.

4 — Igualmente apresentadas hoje.

II — Disposições relevantes

A — *Direito comunitário*

3. O artigo 7.º, n.os 1 e 2, do Regulamento n.º 1612/68 dispõe o seguinte:

«1. O trabalhador nacional de um Estado-Membro não pode, no território de outros Estados-Membros, sofrer, em razão da sua nacionalidade, tratamento diferente daquele que é concedido aos trabalhadores nacionais no que respeita a todas as condições de emprego e de trabalho, nomeadamente em matéria de remuneração, de despedimento e de reintegração profissional ou de reemprego, se ficar desempregado.

2. Aquele trabalhador beneficia das mesmas vantagens sociais e fiscais que os trabalhadores nacionais.»

B — *Direito nacional*

4. Nos termos do § 1, n.º 1, da BErzGG, na redacção dada pela Lei de 31 de Janeiro de 1994[5], tem direito ao subsídio quem 1) tenha domicílio ou residência habitual na Alemanha, 2) tenha no seu agregado familiar um filho a cargo, 3) se ocupe da guarda e da educação desse filho, e 4) não exerça uma actividade remunerada ou não a exerça a tempo inteiro.

5. O § 1, n.º 4, da BErzGG prevê que têm direito ao subsídio de educação os cidadãos da Comunidade Europeia e os trabalhadores fronteiriços oriundos dos Estados que fazem fronteira com a Alemanha, desde que exerçam neste país uma actividade profissional que não seja meramente precária.

6. Nos termos do § 8, n.º 1, do Livro IV do *Sozialgesetzbuch* (Código alemão da Segurança Social, a seguir «SGB»), na sua versão em vigor em 13 de Junho de 1994[6], considera-se meramente precária a actividade profissional exercida durante um período inferior a 15 horas semanais e cuja remuneração mensal não exceda, em regra, um sétimo do montante da remuneração mensal referida no § 18 do Livro IV do SGB. Esse valor era de 610,00 DEM em 1997 e de 620,00 DEM em 1998.

7. Ao abrigo do disposto no § 27, n.º 2, do Livro III, do SGB, as pessoas que exercem

5 — BGBl I, p. 180.
6 — BGBl I, 1229.

uma actividade profissional meramente precária não podem inscrever-se no seguro obrigatório contra o desemprego.

III — Matéria de facto e tramitação processual

8. Wendy Geven é uma cidadã neerlandesa. À data do nascimento do seu filho, em 18 de Dezembro de 1997, vivia com o seu marido, de nacionalidade alemã, nos Países Baixos, onde este último exercia a sua actividade profissional. Até ao início do período de protecção legal da maternidade antes do nascimento do seu filho, a recorrente exerceu diversas actividades profissionais por conta de outrem nos Países Baixos e na Alemanha. Após o referido período, passou a trabalhar exclusivamente na Alemanha, oscilando o período de trabalho semanal, durante o primeiro ano de vida do filho, entre as 3 e as 14 horas e a remuneração semanal entre 40,00 e 168,87 DEM.

9. O Land Nordrhein Westfalen indeferiu o requerimento com vista à concessão de subsídio de educação para o primeiro ano de vida do seu filho por a requerente não ter domicílio ou residência habitual na República Federal da Alemanha nem ter uma relação laboral prevendo pelo menos 15 horas de trabalho. Além disso, por exercer uma actividade profissional meramente precária, não tinha a qualidade de trabalhador na acepção do Regulamento n.º 1408/71 (a seguir «Regulamento n.º 1408/71») [7].

10. W. Geven recorreu, em vão, deste indeferimento, primeiro para o *Sozialgerichts Münster* (Tribunal Social de Münster) e posteriormente para o Landessozialgerichts Nordrhein Westfalen (Tribunal Social de segunda instância do Nordrhein Westfalen). Por último, recorreu para o Bundessozialgericht, que decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE.

11. No seu pedido de decisão prejudicial, o Bundessozialgericht concluiu, em primeiro lugar, que W. Geven não podia reivindicar o direito ao subsídio de educação ao abrigo do Regulamento n.º 1408/71. Uma vez que a recorrente exercia uma actividade profissional meramente precária, não estava obrigatoriamente inscrita no seguro de desemprego e, por isso, não tinha a qualidade de «trabalhador» na acepção do artigo 1.º, a), ii), em conjugação com o Anexo I, Parte I, C, deste regulamento [8]. O órgão jurisdicional nacional prosseguiu a sua análise examinado

7 — Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho, de 14 de Junho de 1971, 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, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 118/97 do Conselho, de 2 de Dezembro de 1996, que altera e actualiza 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 (JO L 28, p. 1).

8 — Esta disposição restringe o âmbito do conceito «trabalhador assalariado» para efeitos da aplicação do Título III do Regulamento n.º 1408/71 relativamente a prestações familiares para pessoas obrigatoriamente inscritas no seguro de desemprego e para pessoas que, em resultado desse seguro, recebem prestações ao abrigo do seguro de doença ou vantagens comparáveis.

se a recorrente podia fundar a sua pretensão no artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68. No que respeita à sua qualidade de trabalhador, concluiu que W. Geven esteve vinculada, durante o período controvertido, por uma verdadeira relação laboral, atendendo ao carácter duradouro da sua actividade profissional. Contudo, questiona se a recorrente, como trabalhadora fronteiriça que exerce a sua actividade profissional na Alemanha a partir do seu domicílio nos Países Baixos, pode, para efeitos da concessão do subsídio de educação alemão, invocar de pleno direito o artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68. Partindo do princípio de que a recorrente podia realmente invocar a protecção desta norma, o tribunal nacional expressou ainda as suas dúvidas sobre a questão de saber se uma desigualdade de tratamento dos trabalhadores fronteiriços, resultante da exigência do exercício, no território nacional, de uma actividade profissional não meramente precária, podia ser objectivamente justificada. À luz destas considerações, o Bundessozialgericht decidiu submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O direito comunitário [especialmente o artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento (CEE) n.° 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade], obsta a que a República Federal da Alemanha recuse conceder o subsídio de educação alemão a um cidadão de outro Estado-Membro, que reside neste último Estado e exerce uma actividade profissional meramente precária na Alemanha (entre 3 e 14 horas semanais), por não ter domicílio ou residência habitual na Alemanha?»

12. Foram apresentadas observações escritas por W. Geven, pelos Governos alemão e do Reino Unido e pela Comissão.

IV — Exposição sumária das alegações

13. Em primeiro lugar, deve observar-se que todas as partes que apresentaram observações escritas concordam com o entendimento do Bundessozialgericht de que W. Geven não pode invocar o Regulamento n.° 1408/71 para reivindicar o subsídio de educação na Alemanha. Resulta do efeito conjugado do Anexo I, Parte I, C, do Regulamento n.° 1408/71 e do facto de, nos termos do § 27, n.° 2, do Livro III do SGB, as pessoas que exercem uma actividade profissional meramente precária não estarem seguras contra o risco de desemprego, que a recorrente não é abrangida pelo âmbito de aplicação pessoal do Regulamento n.° 1408/71.

14. Por conseguinte, W. Geven invoca o artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68 e o artigo 39.° CE para reivindicar o seu direito a igualdade de tratamento relativamente à concessão de um benefício social como o subsídio de educação. Sustenta que deve ser considerada trabalhadora para efeitos destas disposições do direito comunitário, pois a actividade profissional que exerceu no contexto da sua relação laboral não pode ser julgada marginal e acessória. Alega que o requisito de residência inscrito no § 1, n.° 1, ponto 1, da BErzGG, discrimina indirectamente os trabalhadores fronteiriços. Acrescenta que, enquanto as pessoas que exercem uma actividade profissional meramente precária e que residem na Alemanha

têm direito ao benefício, os trabalhadores fronteiriços, ao invés, têm de demonstrar que a sua actividade profissional ultrapassa os limites de uma actividade meramente precária. Exigir que os beneficiários tenham uma ligação estreita com o mercado de trabalho alemão constitui uma contradição manifesta com os fins que levam a conceder o subsídio de educação, ou seja, permitir que os interessados deixem de exercer a sua actividade profissional durante um determinado período.

15. O Governo alemão declara quer não é obrigado, nos termos do artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68, conjugado com o artigo 39.° CE, a conceder o subsídio de educação a pessoas que exercem na Alemanha uma actividade profissional meramente precária e que residem noutro Estado-Membro. Salienta que o Regulamento n.° 1408/71 regula de modo exaustivo os casos em que o subsídio de educação pode ser exportado e não prevê a exportação para pessoas que exercem uma actividade profissional precária; por isso, o artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68 não deve ser interpretado de forma a ser negado este efeito. A este respeito, refere o artigo 42.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68 [9].

9 — «Este regulamento não afectará as medidas tomadas de acordo com o artigo [42.°] do Tratado.»

16. O Governo alemão tem dúvidas sobre se o Regulamento n.° 1612/68 se aplica a W. Geven, em virtude do carácter marginal e acessório das suas actividades profissionais. Alega que, na falta de uma definição específica do que se deve entender por actividade marginal e acessória, os pontos de vista expendidos pelo órgão jurisdicional de reenvio sobre este aspecto não podem ser considerados concludentes. Reconhece que o requisito de residência constante do BErzGG pode constituir uma discriminação indirecta, mas considera que esta está justificada pela necessidade de garantir que há um nexo efectivo entre o beneficiário e a sociedade alemã. Por contraste com os benefícios relacionados com actividades profissionais, os benefícios relacionados com a residência baseiam-se no conceito de solidariedade comunitária. Se o subsídio de educação na Alemanha fosse concedido a um trabalhador fronteiriço na situação de W. Geven, esse trabalhador poderia beneficiar injustamente — apesar das disposições do Regulamento n.° 1408/1 — de vantagens sociais com base na residência em ambos os países, e combiná-las.

17. O Governo do Reino Unido considera que o Tribunal de Justiça deveria abordar com prudência a possibilidade de permitir que o Regulamento n.° 1612/68 seja utilizado para contornar o Regulamento n.° 1408/71 com o objectivo de exportar, em benefício de um trabalhador fronteiriço estabelecido noutro Estado-Membro, uma vantagem social concebida para beneficiar do mesmo modo os trabalhadores nacionais e os trabalhadores migrantes que residam no território do Estado-Membro de acolhimento. W. Geven invoca o artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68, precisamente porque pessoas na

sua situação foram expressamente excluídas pelo legislador comunitário do acesso àquela vantagem, ao abrigo do Regulamento n.º 1408/71.

18. O Governo do Reino Unido observa que o artigo 7.º do Regulamento n.º 1612/68 normalmente não visa a exportação de vantagens sociais. Pelo contrário, destina-se principalmente a ajudar um trabalhador migrante e a sua família a instalarem-se no país de emprego do trabalhador. Considera que é evidente que o subsídio de educação não tem qualquer relação com a actividade exercida por W. Geven e que não se baseia na relação laboral em si mesma. A principal finalidade do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68 é dar aos trabalhadores nacionais e aos trabalhadores migrantes o acesso às mesmas vantagens sociais no território do Estado-Membro de acolhimento e não forçar os Estados-Membros a justificar objectivamente a não concessão dessas vantagens a pessoas que residam no território de outros Estados-Membros. Concorda com o órgão jurisdicional de reenvio que a falta de regras de coordenação no Regulamento n.º 1612/68 poderia ser um motivo para defender a aplicação limitada do artigo 7.º, n.º 2, do regulamento relativamente à exportação das vantagens sociais, em especial no caso dos trabalhadores fronteiriços, que, por norma, também podem beneficiar de vantagens sociais equivalentes no seu Estado-Membro de residência.

19. A Comissão alega que, se uma pessoa não for abrangida pelo âmbito de aplicação pessoal do Regulamento n.º 1408/71, isso não significa que o Regulamento n.º 1612/68 não seja aplicável. Sustenta que não se pode inferir do seu artigo 42.º, n.º 2, que o Regulamento n.º 1612/68 não se aplica aos benefícios abrangidos pelo Regulamento n.º 1408/1. Seguidamente, salienta que o conceito de trabalhador tem um significado comunitário e que se uma pessoa preencher os critérios fixados na jurisprudência do Tribunal de Justiça, [ou seja, 1) efectuar prestações por conta de outrem e sob a sua direcção; 2) num período determinado; 3) recebendo, como contrapartida, uma remuneração] [10], o único motivo que pode privá-lo daquele estatuto é serem as actividades em causa puramente marginais ou acessórias. O Governo alemão não explica por que razão o trabalho precário deve ser considerado marginal e acessório.

20. A Comissão lembra que o Tribunal de Justiça já decidiu que os Estados-Membros não podem fazer depender a concessão de uma vantagem social, na acepção do artigo 7.º, n.º 2, da condição de os beneficiários residirem no seu território [11]. Considera que as vantagens sociais não são apenas as que têm uma ligação com um contrato trabalho mas também as que os Estados-Membros concedem aos seus cidadãos, devido à sua qualificação objectiva como trabalhadores ou porque residem no seu

10 — V, p.ex., acórdãos de 3 de Julho de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Colect., p. 2121), n.º 17; de 8 de Junho de 1999, Meeusen (C-337/97, Colect., p. I-3289, n.º 13) e de 6 de Novembro de 2003, Ninni-Orasche (C413/01, Colect., p. I-13187, n.º 24).

11 — V. acórdão de 8 de Junho de 1999, Meeusen (já referido na nota 10, n.º 21).

território. Os trabalhadores fronteiriços podem invocar o artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68 da mesma forma que os trabalhadores migrantes que se mudaram para o Estado-Membro em que estão empregados.

V — Apreciação

A — *Observações preliminares*

21. A título preliminar, é importante assinalar que, pelas razões indicadas pelo Bundessozialgericht e com as quais concordaram todas as partes que apresentaram observações escritas [12], W. Geven não pode invocar o Regulamento n.º 1408/71 para obter o subsídio de educação na Alemanha. Não é contestado que a recorrente não é abrangida pelo âmbito de aplicação pessoal deste regulamento para efeitos de obtenção do direito às prestações familiares nesse Estado-Membro. Por conseguinte, não há razão para analisar a potencial aplicabilidade do Regulamento n.º 1408/71.

22. Em seguida, assinale-se que W. Geven deve ser considerada um trabalhador para efeitos da aplicação do artigo 39.º CE e do Regulamento n.º 1612/68. É geralmente aceite que, para se enquadrar no conceito de trabalhador, uma pessoa deve exercer uma actividade real e efectiva, sendo de excluir as actividades de tal forma reduzidas que têm carácter puramente marginal e acessório. A característica principal de uma relação laboral é que, durante um determinado período, uma pessoa efectua prestações por conta de outrem e sob a sua direcção e recebe, como contrapartida, uma remuneração [13]. Ao aplicar estes critérios, o Bundessozialgericht conclui que W. Geven tinha, de facto, uma verdadeira relação laboral durante o período controvertido e que isso decorria, em especial, do carácter duradouro da sua actividade profissional.

23. Deve observar-se que este facto permite distinguir, num aspecto essencial, a situação de W. Geven da de G. Hartmann [14]. Contrariamente a G. Hartmann, que pretende obter o direito ao subsídio de educação alemão indirectamente através do estatuto de trabalhador fronteiriço do seu marido, a pretensão de W. Geven baseia-se directamente no seu estatuto pessoal de trabalhador comunitário.

24. O requerimento de W. Geven de subsídio de educação foi indeferido pelo Land Nordrhein-Westfalen com fundamento no facto de a requerente não residir na Alema-

12 — V. n.os 11 e 13 *supra*.

13 — V. jurisprudência referida na nota 10.

14 — V. n.º 2, *supra*.

nha nem ter, neste Estado-Membro, uma actividade profissional que ultrapassasse o limiar da actividade meramente precária. Embora a questão submetida pelo Bundessozialgericht esteja enunciada de um modo tal que põe a tónica na questão de saber se a República Federal da Alemanha está impedida de aplicar o requisito de residência no que respeita a pessoas que exercem uma actividade profissional meramente precária na Alemanha, resulta das considerações feitas na decisão de reenvio que o órgão jurisdicional nacional também tem dúvidas sobre a possibilidade de justificar o critério da actividade meramente precária. De facto, se os trabalhadores fronteiriços, por definição, não podem preencher o requisito de residência no Estado-Membro de emprego, a questão essencial é saber se o critério aplicado pelo legislador nacional para impor este requisito a determinados trabalhadores fronteiriços e não a outros trabalhadores fronteiriços é compatível com o direito comunitário.

25. Assim, para além da resposta à questão relativa à compatibilidade do requisito de residência do § 1, n.º 1, da BErzGG com o artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68, também há que determinar se é ou não compatível com o direito comunitário que o § 1, n.º 4, da BErzGG torne o direito ao subsídio de educação alemão para trabalhadores fronteiriços dependente da condição de exercerem na Alemanha uma actividade profissional que não seja meramente precária, isto é, segundo o direito nacional, de trabalharem mais de 15 horas por semana e auferirem mais do que o salário mínimo de 610 DEM (em 1997) ou 620 DEM (em 1998).

B — *O requisito de residência*

26. Nas minhas conclusões no processo *Hartmann*, que serão apresentadas em conjunto com as presentes conclusões, analisei a questão relativa à compatibilidade com artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68, do requisito de residência constante do § 1, n.º 1, da BErzGG, no contexto do pedido de subsídio de educação apresentado pelo cônjuge-mulher, de nacionalidade austríaca, de um nacional alemão que tinha passado a residir na Áustria, mas que continuava a trabalhar na Alemanha. Apenas abordei a questão a título subsidiário, depois de ter concluído:

— que os trabalhadores fronteiriços têm direito à igualdade de tratamento, ao abrigo do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68, no Estado-Membro de emprego em matéria de vantagens sociais, mas apenas na medida em que essas vantagens estejam directa e exclusivamente relacionadas com o emprego [15]

e

— que o subsídio de educação, na Alemanha, não tem uma ligação suficiente

15 — V. n.º 55 das conclusões.

com o emprego ou com a qualidade objectiva de trabalhador, de forma a poder ser considerado uma vantagem social relativamente à qual os trabalhadores fronteiriços possam reivindicar a igualdade de tratamento ao abrigo do artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68 [16].

27. Destas duas constatações que efectuei nas conclusões que apresento no processo Hartmann resulta que W. Geven não pode invocar o artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68 para reivindicar o subsídio de educação na Alemanha, uma vez que esta vantagem social não está abrangida pelo âmbito de protecção desta disposição no que respeita aos trabalhadores fronteiriços.

28. Contudo, admitindo que o âmbito de aplicação material do artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68 possa ser considerado mais amplo e que esta disposição se aplica a trabalhadores fronteiriços na situação do marido de G. Hartmann e de W. Geven, nas minha conclusões no processo *Hartmann* também examinei se o requisito de residência que regula o direito ao subsídio de educação na Alemanha podia ser objectivamente justificado, tendo em conta que não é contestado que este requisito discrimina indirectamente os trabalhadores que não residem na Alemanha.

29. Seguindo a caracterização que o Bundessozialgericht faz do subsídio de educação, considerando-o um instrumento de política familiar que visa promover a natalidade na Alemanha, considero que esse objectivo, enquanto tal, é politicamente legítimo e que, pela sua própria natureza, deve assegurar que as medidas adoptadas sejam aplicáveis às pessoas que residem no território nacional. Seria absurdo presumir que os Estados-Membros devem, de qualquer forma, contribuir para o crescimento demográfico de outros Estados-Membros, alargando os seus instrumentos de política familiar a pessoas que não residem no seu território. Concluí, portanto, que um requisito de residência é adequado para assegurar que o subsídio de educação seja concedido a pessoas que pertencem à população nacional do Estado-Membro, a qual, evidentemente, inclui não só os nacionais alemães mas também todas as pessoas que residem legalmente na Alemanha, independentemente da sua nacionalidade [17].

30. Acrescente-se que, embora o Tribunal de Justiça tenha considerado que o artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68 pode aplicar-se às vantagens sociais que são simultaneamente abrangidas pelo âmbito de aplicação específico do Regulamento n.° 1408/71 [18], isto não significa que a primeira disposição possa ser interpretada de modo a permitir alcançar resultados que o Regulamento n.° 1408/71 procura evitar. Parece-me ser exactamente esta a finalidade do artigo 42.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68, nos termos do qual este regulamento não deve prejudicar as disposi-

16 — V. n.° 60 das conclusões

17 — V. n.° 69 das conclusões.

18 — V. acórdão de 10 de Março de 1993, Comissão/Luxemburgo (C-111/91, Colect., p. I-00817, n.° 21).

ções adoptadas nos termos do artigo 42.º CE, isto é, o Regulamento n.º 1408/71. Por conseguinte, esta disposição estabelece uma hierarquia relativa entre os dois regulamentos, de forma que o Regulamento n.º 1408/71, como regulamento especial, deve prevalecer sobre o artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68, nos casos em que a aplicação de ambos leve a resultados contraditórios.

31. O artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68 não obsta, portanto, a que a República Federal da Alemanha subordine o direito ao subsídio de educação à condição de o beneficiário ter domicílio ou residência habitual naquele Estado-Membro. Por conseguinte, a recusa em conceder a W. Geven o subsídio de educação com esse fundamento estava justificada.

32. Contudo, o legislador alemão deu aos trabalhadores fronteiriços a possibilidade de beneficiarem do subsídio de educação, mesmo que não residam na Alemanha, desde que exerçam uma actividade profissional que não seja meramente precária na Alemanha, segundo a definição do direito nacional. Dado que o requisito do exercício de uma actividade não meramente precária exclui os trabalhadores fronteiriços que não exerçam actividades acima deste limite do direito àquela vantagem, deve examinar-se, seguidamente — e é esta a questão particular deste caso —, se este requisito é compatível com o direito comunitário.

C — *O requisito da actividade profissional não meramente precária*

33. Como o Governo alemão referiu nas suas observações escritas, embora a exclusão total de não residentes do direito ao subsídio de educação fosse justificada nos termos do direito comunitário, a extensão deste direito aos trabalhadores fronteiriços, sob determinadas condições, deve-se à boa vontade do legislador alemão. Infere-se daqui que este tinha legitimidade para impor o requisito relativo ao grau de actividade profissional na Alemanha para assegurar uma ligação com o mercado de trabalho nacional.

34. Tenho dúvidas de que esta conclusão esteja correcta. Sempre que um Estado-Membro, no exercício da sua discricionariedade, confere aos seus cidadãos determinados direitos ou vantagens abrangidos pelo âmbito de aplicação material do Tratado, deve respeitar a mais elementar proibição de discriminação em razão da nacionalidade, tal como está consagrada no artigo 12.º CE e a que se deu expressão no artigo 39.º CE em relação aos trabalhadores.

35. Neste contexto, vejo um paralelismo com o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Trojani [19]. Nesse processo, o Tribunal de Justiça declarou que se se concluir que um cidadão da Comunidade que, por falta de recursos suficientes, não pode

19 — V. acórdão de 7 de Setembro de 2004, Trojani (C-456/02, Colect., p. I-07573, n.º 43).

invocar as disposições comunitárias para obter um direito de residência, mas reside legalmente naquele Estado-Membro ao abrigo do direito nacional, pode invocar o artigo 12.º CE a fim de obter prestações da assistência social em condições de igualdade com os nacionais daquele Estado-Membro [20]. Por outras palavras, uma vez que a situação jurídica de uma pessoa seja equiparada, relativamente ao direito nacional, com a situação dos nacionais que residem num Estado-Membro, isto dá a essa pessoa direito à igualdade de tratamento no que respeita a questões abrangidas pelo âmbito de aplicação do Tratado.

36. No presente processo, como se concluiu no n.º 22 *supra*, comprovou-se que W. Geven tem a qualidade de trabalhador comunitário. Apesar de as suas actividades profissionais terem sido consideradas precárias para efeitos de aplicação da legislação alemã em causa, elas não foram, na perspectiva do órgão jurisdicional de reenvio, suficientemente marginais ou acessórias para excluí-la do conceito de trabalhador comunitário. Neste contexto, deve igualmente salientar-se que o conceito de «trabalhador» não pode ser definido ou delimitado por referência ao direito nacional, pois isso implicaria que o alcance dos direitos garantidos aos trabalhadores comunitários pudesse ser modificado unilateralmente pelos Estados-Membros sem qualquer controlo pelas instituições comunitárias [21]. Mais especificamente, os Estados-Membros estão impedidos de excluir do âmbito deste conceito pessoas que só recebem uma remuneração que se situa abaixo do nível mínimo de subsistência, em especial na medida em que essas pessoas possam complementar aquele rendimento através de outros meios, incluindo dos rendimentos obtidos por outro membro da família [22]. O critério da actividade meramente precária, como definido pelo § 8, n.º 1, do Livro IV do SGB, não pode privar W. Geven dos direitos de que beneficia como trabalhador comunitário.

37. O requisito do emprego precário aplica-se somente aos trabalhadores fronteiriços e foi introduzido para alargar o benefício do direito ao subsídio de educação a pessoas que não residiam na Alemanha mas que desenvolviam nesse país uma actividade económica significativa.

38. Apesar deste generoso objectivo do legislador alemão, é manifesto que a exigência do exercício de uma actividade profissional que não seja meramente precária gera uma distinção entre diferentes grupos de trabalhadores em matéria de elegibilidade para o subsídio de educação. Distingue entre duas categorias de trabalhadores fronteiriços que trabalham na Alemanha (os que estão abaixo e os que estão acima dos limites de uma actividade meramente precária), embora, se se tiver em conta o objectivo do subsídio de educação, que consiste em promover a natalidade na Alemanha, aqueles trabalhadores fronteiriços estão todos na mesma posição, ou seja, não contribuem para este objectivo. O requisito também distingue entre os trabalhadores fronteiriços que exercem uma actividade profissional

20 — V. n.ºs 37 a 46 do acórdão.

21 — V. acórdãos de 23 de Março de 1982, Levin (53/81, Recueil, p. 1035, n.º 11) e de 3 de Junho de 1986, Kempf (C-139/85, Colect., p. 1741, n.º 15).

22 — V. acórdão de 3 de Junho de 1986, Kempf (referido na nota anterior, n.º 14).

meramente precária e as pessoas que residem na Alemanha e que também exercem uma actividade profissional meramente precária, sendo que estes últimos têm direito a esta vantagem. Finalmente, distingue entre os trabalhadores fronteiriços que exercem uma actividade profissional meramente precária na Alemanha e os trabalhadores fronteiriços alemães que trabalham nos Estados-Membros vizinhos mas que, apesar de não terem uma relação laboral na Alemanha e independentemente da natureza do seu emprego, têm direito ao subsídio de educação com base na sua residência na Alemanha.

39. Como os trabalhadores fronteiriços que trabalham na Alemanha são, em regra, nacionais dos Estados-Membros onde vivem, esta diferença de tratamento entre trabalhadores activos no mesmo mercado de trabalho alemão, em resultado do requisito do exercício de uma actividade profissional não meramente precária, constitui uma discriminação indirecta em razão da nacionalidade. Se o requisito não puder ser objectivamente justificado e não puder ser considerado proporcionado ao objectivo para o qual foi imposto, é contrário ao artigo 39.º CE.

40. No n.º 29, *supra*, que também se refere às passagens relevantes das minhas conclusões no processo Hartmann sobre esta questão, já indiquei que o subsídio de educação tem objectivos demográficos de longo prazo, ao compensar as pessoas que reduzem o tempo de trabalho ou que deixam de trabalhar de forma a conseguirem cuidar dos filhos nas fases mais precoces da infância. Procura assim promover a natalidade na Alemanha. Tendo em conta este objectivo, é perfeitamente explicável que os requisitos estabelecidos no § 1, n.º 1, da BErzGG não estejam relacionadas com o emprego. Concordo com o Bundessozialgericht quando observa que o requisito da actividade profissional não meramente precária na Alemanha é, *per se*, bastante ilógico precisamente no caso do subsídio de educação, especialmente porque esta vantagem social tem por objectivo, em primeira linha, facilitar a renúncia à actividade profissional, e que há uma contradição manifesta na coexistência entre, por um lado, a proibição de exercer uma actividade profissional a tempo inteiro e, por outro, a exigência de que os trabalhadores fronteiriços ultrapassem o limiar de uma actividade profissional meramente precária.

41. Por conseguinte, é patente que a exigência do exercício de uma actividade profissional que não seja meramente precária não tem relação com os objectivos do subsídio de educação e é uma exigência inadequada. Como não pode considerar-se justificada, esta exigência infringe a proibição de desigualdade de tratamento dos trabalhadores consagrada no artigo 39.º CE.

VI — Conclusão

42. À luz das observações que antecedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo à questão prejudicial submetida pelo Bundessozialgericht:

— O artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento (CEE) n.° 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade, não obsta a que a República Federal da Alemanha recuse conceder o subsídio de educação alemão a uma cidadã de outro Estado-Membro que reside neste último Estado, com o fundamento de que não tem domicílio ou residência habitual na Alemanha.

— O artigo 39.° CE obsta a que a República Federal da Alemanha recuse conceder o subsídio de educação alemão a uma cidadã de outro Estado-Membro que reside neste último Estado e exerce na Alemanha uma actividade profissional meramente precária (entre 3 e 14 horas semanais), com o fundamento de que exerce uma actividade profissional meramente precária, definida na legislação nacional como a actividade profissional exercida regularmente durante menos de 15 horas semanais.