CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 1 de Junho de 1995 *

1. No presente processo, o Tribunal de Justiça é chamado a decidir a questão de saber se um médico inscrito num regime de segurança social de funcionários de um Estado-Membro pode invocar o direito comunitário para que sejam tidos em conta, para aquisição do direito à pensão de reforma, os períodos de trabalho cumpridos em estabelecimentos hospitalares públicos de um outro Estado-Membro, atendendo a que a legislação nacional do primeiro Estado permite que sejam tidos em conta, em certas condições, os períodos cumpridos em estabelecimentos públicos hospitalares nacionais.

Os factos

2. Resulta dos documentos constantes do processo que os médicos permanentes do Idryma Koinonikon Asfalisseon (serviço de segurança social — a seguir «IKA»), pessoa colectiva de direito público, têm direito, nos termos do Decreto-Lei n.° 4277/1962, a uma pensão de reforma a cargo deste serviço em conformidade com as disposições da Lei n.° 3163/1955 relativa às pensões do pessoal do IKA, e com as disposições sobre as pensões de reforma civis e militares do Decreto-Lei n.° 1854/1951, estas últimas aplicáveis por analogia.

Segundo esta legislação, o médico pode solicitar que sejam tidos em conta, para efeitos de aquisição do direito à pensão, mediante o pagamento de uma cotização especial, os períodos cumpridos ao serviço do Estado de uma pessoa colectiva de direito público, na qualidade de funcionário ou de médico permanente ou temporário recebendo uma remuneração mensal ou emolumentos mensais ou diários, bem como os serviços cumpridos nas forças armadas na qualidade de reservista e os períodos de prática de medicina como profissional liberal. A cotização especial é igual a 5% da renumeração mensal recebida pelo interessado no momento em que apresenta o seu pedido, multiplicada pelo número de meses correspondentes à duração dos serviços reconhecidos.

3. O demandante no processo principal, I. Vougioukas, é médico permanente do IKA e, em 1988, solicitou a este serviço que lhe fossem reconhecidos como períodos de emprego para efeitos de aquisição do direito à pensão de reforma, além dos períodos de trabalho efectuados em diversos estabelecimentos hospitalares nacionais, os que cumpriu na qualidade de médico em estabelecimentos hospitalares públicos na República Federal da Alemanha, concretamente de

* Língua original: espanhol.

Janeiro de 1964 a Janeiro de 1965 e, depois, de Setembro de 1966 a Dezembro de 1969, períodos durante os quais esteve inscrito no regime geral dos trabalhadores assalariados.

Tanto o pedido inicial como a posterior reclamação foram indeferidos pelo facto de, salvo num número reduzido de excepções entre as quais não se inclui o caso do demandante, as disposições da legislação nacional em matéria de pensões aplicáveis aos médicos permanentes do IKA não preverem que os períodos de trabalho cumpridos no estrangeiro possam ser tidos em conta para efeitos de aquisição do direito à pensão de reforma. Ao recurso interposto da decisão de indeferimento foi negado provimento por falta de fundamento por acórdão da Segunda Secção do Elegktiko Synedrio (Grécia).

I. Vougioukas recorreu para o tribunal pleno do mesmo órgão jurisdicional que, por sua vez, submeteu ao Tribunal de Justiça diversas questões prejudiciais relativas à interpretação dos artigos 48.° e 51.° do Tratado CEE e à validade do artigo 4.°, n.° 4, do Regulamento (CEE) n.° 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 (a seguir «regulamento») [1].

As questões prejudiciais

4. As questões prejudiciais apresentadas pelo tribunal pleno de Elegktiko Synedrio são as seguintes:

«1) Tendo em consideração que os médicos permanentes do IKA durante o período da sua colocação oficial podem, de vez em quando, ser colocados como chefes de serviços de saúde do IKA, que também dirigem, ou podem ser chamados a participar em comissões médicas de primeira e segunda instância daquele instituto e que, portanto, no quadro da funções que lhes são atribuídas, como acima se refere, podem ser chamados a tomar decisões que se prendem com a finalidade e o funcionamento do IKA, põe-se a questão de saber:

a) se por essa razão são considerados como 'funcionários públicos', na acepção em que essa expressão é uti-

1 — Na sua versão codificada pelo Regulamento (CEE) n.° 2001/83 do Conselho, de 2 de Junho de 1983, que altera e actualiza o Regulamento (CEE) n.° 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.° 574/72 que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento (CEE) n.° 1408/71 (JO 1983, L 230, p. 6; EE 05 F3 p. 53).

lizada no Regulamento n.° 1408/71 (artigo 4.°, n.° 4) e designadamente se exercem o poder público, e

b) se, para serem considerados como 'funcionários públicos' na referida acepção, basta que lhes seja dada a possibilidade de exercerem essas funções ou se é necessário que as exerçam de facto, mesmo só uma vez, ao longo da sua carreira profissional?

2) Considerando que a situação dos referidos médicos, para efeitos de reforma, se encontra regulamentada independentemente do facto de terem ou não exercido de facto as referidas funções, segundo um regime de pensões de reforma que se aproxima, no essencial, da regulamentação das pensões de reforma aplicável aos funcionários públicos civis e militares, se tal facto basta para considerar, na acepção do artigo 4.°, n.° 4 do Regulamento n.° 1408/71, na sua redacção actual, o referido regime como um regime 'especial' de prestações de segurança social de funcionários públicos. Ou seja, para ser considerado como 'especial', basta que um regime de prestações de segurança social seja destinado a funcionários públicos ou que se relacione com o regime de segurança social dos funcionários públicos de um Estado-Membro, ou o sentido de 'especial' pressupõe outros elementos ou normas que em nenhum caso podem ser mais desfavoráveis do que os princípios que subjazem ao referido regulamento, como é o caso do princípio constante do artigo 51.° do Tratado CEE, que se refere à totalização de todos os períodos tomados em consideração pelas diversas legislações nacionais dos Estados-membros, para fins de aquisição e de manutenção do direito às prestações, como para o cálculo destas?

3) Se se considerar que, pelo disposto no artigo 4.°, n.° 4 do regulamento *supra*, por regime 'especial' de prestações dos 'funcionários públicos' dos Estados-Membros se pretende referir que é admissível uma regulamentação que não prevê ou que não autoriza a totalização dos períodos de trabalho do actual funcionário que foram prestados com sujeição à legislação de outro Estado-Membro, para efeitos de aquisição ou de manutenção dos direitos a prestações de segurança social ou para o cálculo destas, não se deverá considerar essa disposição incompatível com o disposto no primeiro parágrafo do artigo 51.° do Tratado CEE, tendo em conta que o disposto no n.° 4 do artigo 48.° do mesmo Tratado, segundo o qual o disposto nesse artigo 'não é aplicável aos empregos na administração pública', diz respeito ao acesso ao emprego na administração pública e não parece claro que abranja também o regime de prestações de segurança social, a ponto de o sujeito a esse sistema especial de prestações de segurança social dos funcionários públicos dos Estados-Membros se ver privado dos referidos direitos de totalização dos períodos anteriores de trabalho noutro Estado-Membro, para efeitos de aquisição ou manutenção dos

direitos às prestações ou para o cálculo destas, nomeadamente quando o mesmo regime nacional de prestações de segurança social dos funcionários públicos autoriza a referida totalização, desde que os períodos anteriores a contabilizar tenham sido prestados em instituições públicas análogas a nível nacional?»

Disposições comunitárias pertinentes

5. As disposições comunitárias pertinentes para a resolução do caso em apreço são, por um lado, os artigos 48.° e 51.° do Tratado e, por outro, o artigo 4.°, n.° 4, do Regulamento n.° 1408/71, já referido.

O artigo 48.° do Tratado garante a livre circulação de trabalhadores no interior da Comunidade o que implica, nos termos do seu n.° 2, «... 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», prevendo-se no seu n.° 4, que «o disposto no presente artigo não é aplicável aos empregos na administração pública».

O artigo 51.°, por seu lado, impõe ao Conselho a adopção, em matéria de segurança social, das «medidas necessárias ao estabelecimento da livre circulação de trabalhadores, instituindo, designadamente, um sistema que assegure aos trabalhadores migrantes e às pessoas que deles dependem:

a) a totalidade de todos os períodos tomados em consideração pelas diversas legislações nacionais, tanto para fins de aquisição e manutenção do direito às prestações, como para o cálculo destas,

b) o pagamento das prestações aos residentes nos territórios dos Estados-Membros».

Finalmente, o artigo 4.°, n.° 4, do regulamento, que o Conselho adoptou para dar cumprimento a esta obrigação, exclui do âmbito de aplicação material do referido regulamento, entre outros, os «... regimes especiais dos funcionários públicos ou do pessoal equiparado».

A primeira questão: o alcance da exclusão contida no artigo 4.°, n.° 4, do regulamento, relativamente à derrogação do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado

6. A redacção da primeira questão prejudicial indica que o órgão jurisdicional nacional considera possível que o artigo 4.°, n.° 4, do regulamento, que exclui do seu âmbito de aplicação material «... os regimes especiais dos funcionários públicos ou do pessoal equiparado», se refira unicamente aos «funcionários» aos quais se aplica a derrogação enunciada no artigo 48.°, n.° 4, do Tratado, tal como foi interpretado pelo Tribunal de Justiça.

7. As partes no processo principal, bem como o Governo helénico, o Governo alemão, o Governo francês, o Conselho e a Comissão apresentaram observações neste processo.

O demandante apoia a interpretação apresentada pelo órgão jurisdicional nacional, segundo a qual é preciso entender por funcionários na acepção do artigo 4.°, n.° 4, do regulamento unicamente os que, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, estão excluídos da livre circulação de trabalhadores. O Governo francês acrescenta que, no caso em apreço, os médicos permanentes do IKA só podem ser considerados como funcionários, na acepção do artigo 4.°, n.° 4, do regulamento, se ocuparem postos que impliquem um exercício efectivo do poder público.

O IKA sublinha que, no regulamento, o conceito de «funcionários» é utilizado em sentido lato, incluindo não apenas os agentes do Estado, mas também os seus equiparados, como os empregados de organismos públicos ou da administração local, e que a competência para instituir regimes especiais e os aplicar a todas ou a algumas dessas categorias de pessoal pertence, em qualquer caso, ao legislador nacional.

8. A Comissão, o Conselho, o Governo helénico e o Governo alemão consideram, em contrapartida, que a questão da participação de um funcionário no exercício do poder público se coloca unicamente no âmbito da interpretação do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado e não no da interpretação do artigo 4.°, n.° 4, do regulamento. O critério determinante não deve ser a actividade concreta do funcionário, mas a sua integração num regime especial de pensões, cuja criação e regulamentação são, em qualquer hipótese, da competência dos Estados-Membros.

O Governo helénico acrescenta que discorda da interpretação restritiva que o órgão jurisdicional nacional dá ao artigo 4.°, n.° 4, do

regulamento, por três razões: em primeiro lugar, porque, na sequência das diferenças entre a redacção do Tratado, por um lado, e a do regulamento, por outro, os regimes especiais que este último exclui do seu âmbito de aplicação material englobam não apenas os funcionários, mas também o pessoal equiparado, como os empregados de organismos ou de empresas públicas que, independentemente da natureza das funções que desempenham, estão abrangidos, por força da legislação nacional, por um regime de segurança social diferente do que se aplica aos restantes trabalhadores; em segundo lugar, porque ambas as disposições têm finalidades distintas, uma vez que o artigo 48.°, n.° 4, se refere ao acesso ao emprego, enquanto o artigo 4.°, n.° 4, do regulamento se refere a pessoas que estão já empregadas na administração pública e cujo regime de segurança social difere do regime geral dos trabalhadores; finalmente, porque a aplicação do critério funcional na interpretação do artigo 4.°, n.° 4, do regulamento levaria à conclusão ilógica de que, entre os trabalhadores submetidos ao mesmo regime especial de segurança social dos funcionários, apenas alguns poderiam beneficiar da tomada em consideração dos períodos de seguro cumpridos noutros Estados-Membros. A título subsidiário, alega que as tarefas exercidas pelos médicos permanentes do IKA se relacionam com processos de tomada de decisões no seio de um organismo público, o que implica uma participação no exercício do poder público, sendo, para tal, suficiente que o interessado tenha a mera possibilidade de ocupar um dia um emprego com estas características.

9. Estou de acordo com a interpretação defendida pela Comissão, pelo Conselho e pelos Governos helénico e alemão.

O raciocínio do órgão jurisdicional nacional não pode ser acolhido, mesmo que pareça basear-se na afirmação contida num *obiter dictum* do acórdão Lohmann [2] — mencionado em algumas das observações escritas apresentadas ao Tribunal de Justiça — segundo a qual a exclusão dos regimes especiais dos funcionários ou do pessoal equiparado do âmbito de aplicação material do regulamento é apenas a «consequência lógica do artigo 48.°, n.° 4, do Tratado que exclui 'os empregos na administração pública' da aplicação das disposições relativas à livre circulação dos trabalhadores no interior da Comunidade».

10. De facto, a exclusão do acesso aos empregos públicos é objecto de uma jurisprudência bem estabelecida do Tribunal de Justiça, segundo a qual:

«... deve entender-se por empregos na administração pública, na acepção do n.° 4 do artigo 48.°, excluídos do âmbito de aplicação dos n.os 1 a 3 deste artigo, todos os que implicam uma participação, directa ou indirecta, no exercício da autoridade pública e nas funções que têm como objectivo a defesa dos interesses gerais do Estado ou de outros organismos públicos e que, por essa razão, pressupõem a existência de um vínculo

2 — Acórdão de 8 de Março de 1979, Lohmann (129/78, Recueil, p. 853, n.° 3). O advogado-geral G. F. Mancini, nas suas conclusões no processo Comissão/França, acórdão de 3 de Junho de 1986 (307/84, Colect., p. 1726), considera que este *obiter dictum* «tem toda a aparência de um *lapsus calami*».

particular de solidariedade, por parte dos seus titulares, relativamente ao Estado, bem como a reciprocidade dos direitos e dos deveres que constituem o fundamento do vínculo de nacionalidade. Os empregos excluídos, tendo em conta as funções e as responsabilidades que lhes são próprias, são unicamente os susceptíveis de possuir as características das actividades específicas da administração nas referidas áreas» [3].

Esta interpretação estrita da noção de «empregos na administração pública» reveste-se de um carácter comunitário e só se aplica em matéria de acesso ao emprego, dado que, como se sabe, a partir do momento em que um Estado-Membro admita nacionais de outros Estados-Membros para estes cargos, deixa de poder aplicar um tratamento discriminatório em matéria de remuneração ou de outras condições de trabalho [4].

11. Todavia, quando se analisa o conceito de «funcionários», previsto no artigo 4.°, n.° 4, do regulamento, está-se num domínio diferente, o da segurança social dos trabalhadores migrantes, apenas parcialmente regido pelo direito comunitário. Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, o artigo 51.° do Tratado prevê uma coordenação e não uma harmonização das legislações dos Estados-Membros e, consequentemente, dos direitos das pessoas que neles trabalham, não afectando nem as diferenças de fundo e de forma entre os regimes de segurança social de cada Estado-Membro nem entre os direitos das pessoas que neles trabalham [5].

Uma vez que o direito comunitário se limita a uma coordenação entre as legislações dos Estados-Membros, estes são os únicos competentes para regulamentar os respectivos regimes de segurança social, tendo o Tribunal de Justiça sublinhado várias vezes que cabe à legislação de cada Estado-Membro determinar as condições do direito ou da obrigação de inscrição no regime de segurança social ou em determinado ramo de tal regime, desde que não haja, a este respeito, qualquer discriminação entre nacionais e cidadãos de outros Estados-Membros [6].

Como se pôde ver num processo em que o Tribunal se pronunciou recentemente, os Estados-Membros, no uso desta competência de que ainda gozam, podem estabelecer, por exemplo, que os militares de carreira — isto é uma categoria de pessoal que, sem dúvida alguma, ocupa «empregos na administração pública» — sejam abrangidos simultaneamente por um regime especial de segurança social para funcionários e, no que se refere ao sector dos cuidados de saúde, pelo regime geral de seguro de doença e invalidez dos trabalhadores assalariados [7].

3 — V., por todos, o acórdão de 27 de Novembro de 1991, Bleis (C-4/91, Colect., p. I-5627, n.° 6).

4 — Acórdão de 16 de Junho de 1987, Comissão/Itália (225/85, Colect., p. 2625, n.° 11).

5 — Acórdão de 27 de Setembro de 1988, Lenoir (313/86, Colect., p. 5391, n.° 13).

6 — Acórdãos de 25 de Fevereiro de 1986, De Jong (254/84, Colect., p. 671, n.° 13), e de 24 de Setembro de 1987, De Rijke (43/86, Colect., p. 3611, n.° 12).

7 — Acórdão de 24 de Março de 1994, Van Poucke (C-71/93, Colect., p. I-1101).

12. A noção de «funcionários» aos quais se aplica a derrogação enunciada no artigo 48.°, n.° 4, do Tratado não pode portanto ser alargada ao artigo 4.°, n.° 4, do regulamento porque, se assim fosse, os Estados-Membros seriam obrigados a alterar os seus regimes de segurança social. A possibilidade de impor semelhante obrigação pressupõe a harmonização das legislações dos Estados-Membros em matéria de segurança social que não existe actualmente no direito comunitário.

É, pois, forçoso concluir que por «funcionários» na acepção do artigo 4.°, n.° 4, do regulamento, é preciso entender todos os empregados de uma administração pública para os quais o legislador nacional previu um regime de segurança especial próprio, no qual se devem inscrever.

Partindo desta interpretação, não é necessário examinar se, no caso concreto, os médicos do IKA participam no exercício de poder público.

A segunda questão: o conceito de «regimes especiais dos funcionários» utilizado no artigo 4.°, n.° 4, do regulamento

13. Com a sua segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se, para que um regime de prestações de segurança social seja considerado especial:

— basta que seja destinado a funcionários ou que se refira ao sistema de segurança social dos funcionários em vigor num Estado-Membro ou

— o termo «especial» implica ainda outros elementos ou regulamentações que não podem, em caso algum, ser mais desfavoráveis do que os princípios que estão na base do regulamento.

14. O demandante no processo principal considera que o conceito de «regimes especiais dos funcionários» é de interpretação estrita e que o facto de um regime de segurança social se destinar exclusivamente aos funcionários e ao pessoal equiparado não basta para que possa ser qualificado como «especial», devendo exigir-se-lhe uma tal especificidade que impossibilite ou torne demasiado difícil a aplicação das disposições do regulamento. Dado que o regime de segurança social aplicável aos médicos permanentes do IKA não apresenta objectivamente uma tal especificidade, nem quanto à sua organização nem quanto à sua economia global, o demandante conclui que o regulamento lhe pode ser aplicado sem dificuldades de maior.

Segundo os Governos alemão e francês, e segundo a Comissão, o facto de se tratar de um regime especial destinado aos funcionários e de conter disposições que se afastam nitidamente das que regem o regime geral é suficiente para excluir este regime do âmbito de aplicação material do regulamento.

De acordo com o Governo helénico, basta que um regime de prestações de segurança social se destine aos funcionários ou remeta para um regime de segurança social dos funcionários em vigor num Estado-Membro para que deva ser considerado «especial» para efeitos do artigo 4.°, n.° 4, do regulamento.

15. Quanto a este ponto, estou de acordo com o Governo helénico. Ao excluir os «regimes especiais dos funcionários ou do pessoal equiparado» do âmbito de aplicação material do regulamento, o legislador comunitário excluiu da coordenação estes regimes de segurança social, distintos dos regimes gerais aplicáveis aos restantes trabalhadores, que os Estados-Membros criaram para a totalidade ou parte do pessoal das suas administrações públicas. As diferenças maiores ou menores existentes em cada Estado-Membro entre estes regimes especiais e o regime geral são, em meu entender, irrelevantes para este efeito.

Para que exista «regime especial dos funcionários» na acepção do artigo 4.°, n.° 4, do regulamento, basta portanto que, no exercício da sua competência, o legislador nacional crie um regime de segurança social diferente do regime geral, em que devam inscrever-se a totalidade, ou apenas certas categorias, dos funcionários públicos ou que, como no presente caso, remeta, uma vez criado, para um regime de segurança social de funcionários já existente nesse Estado-Membro. Como já se disse, a única condição que os Estados-Membros devem respeitar quando regulamentam estes regimes é a de não estabelecer nenhuma discriminação entre os seus nacionais e os dos outros Estados-Membros.

A terceira questão: a validade do artigo 4.°, n.° 4, do regulamento

16. Com esta questão, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se o artigo 4.°, n.° 4, do regulamento deve ser declarado inválido por estar em contradição com o artigo 51.°, alínea a), do Tratado, na medida em que exclui os regimes especiais dos funcionários do âmbito de aplicação material do regulamento e se esta exclusão pode privar um médico permanente do IKA, submetido a um desses regimes, do direito de totalização dos períodos de trabalho cumpridos num outro Estado-Membro, tendo em conta o facto de o regime nacional de segurança social para os funcionários em questão permitir essa totalização quando os períodos anteriores forem cumpridos no território nacional em estabelecimentos públicos análogos.

17. O demandante no processo principal alega que o artigo 4.°, n.° 4, do regulamento é inválido, porque contrário a dois princípios fundamentais da legislação comunitária relativa à segurança social, isto é, o princípio da igualdade de tratamento e o da coordenação das legislações nacionais.

No que se refere ao primeiro, alega que a única derrogação prevista pelo Tratado figura no artigo 48.°, n.° 4, que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, só exclui do seu âmbito de aplicação os empregos que implicam o exercício do poder público, e só se aplica relativamente ao acesso a certos empregos públicos e não às pessoas que já trabalham na administração pública. Assim, a disposição examinada é incompatível com o Tratado, uma vez que o seu âmbito de aplicação é mais vasto, dado que engloba, na medida em que estão submetidos a regimes especiais de segurança social, funcionários, como os médicos hospitalares, que não são abrangidos pela excepção prevista no artigo 48.°, n.° 4.

Quanto ao princípio da coordenação das legislações, dado que o artigo 51.° não prevê nenhuma derrogação, os funcionários e o pessoal equiparado, quer estejam submetidos a um regime geral de segurança social quer a um regime especial, devem beneficiar, tal como os restantes trabalhadores, do direito à livre circulação e da coordenação das legislações nacionais em matéria de segurança social. Caso contrário, o Conselho poderia limitar, na prática, o exercício por certas categorias de trabalhadores do direito fundamental à livre circulação.

Finalmente, o demandado acrescenta que, mesmo que se reconheça ao Conselho a faculdade de introduzir exclusões como a que consta do artigo 4.°, n.° 4, do regulamento, estas devem justificar-se por razões objectivas e graves, e que, no caso concreto, o regulamento não apresenta nenhuma.

18. O Governo helénico afirma a validade da disposição em questão e, baseando-se no acórdão Lohmann [8], considera que a exclusão dos regimes especiais dos funcionários ou do pessoal equiparado do âmbito de aplicação material do regulamento encontra a sua justificação no artigo 48.°, n.° 4, do Tratado, na medida em que este enuncia uma derrogação ao princípio da livre circulação dos trabalhadores no que se refere aos empregos na administração pública.

O IKA, o Conselho e o Governo alemão consideram, pelas mesmas razões, que a disposição controvertida é válida.

19. O Governo francês e o Conselho estão de acordo em dizer que, para determinar a compatibilidade do artigo 4.°, n.° 4, do

8 — Já referido na nota 2.

regulamento com o artigo 51.° do Tratado, a questão essencial consiste em saber se, no caso em apreço, o interessado sofreria ou não uma redução dos direitos decorrentes da sua legislação nacional, devido à exclusão dos regimes especiais dos funcionários do âmbito de aplicação material do regulamento. Sublinham, por um lado, que, por força do seu artigo 2.°, n.° 3, o regulamento é aplicável aos funcionários e ao pessoal equiparado, na medida em que estão ou estiveram submetidos à legislação de um Estado-Membro à qual se aplica o regulamento e, por outro, que o artigo 15.°, n.° 2, do Regulamento (CEE) n.° 574/72 do Conselho, de 21 de Março de 1972, que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento (CEE) n.° 1408/71 [9] (a seguir «Regulamento n.° 574/72»), permite considerar os períodos de seguro cumpridos sob um regime especial aplicável aos funcionários de um Estado-Membro como períodos de seguro susceptíveis de contar para efeitos de totalização, quando esses períodos são tidos em conta por força de uma legislação desse Estado-Membro incluída no âmbito de aplicação do regulamento. Deste modo, quando uma legislação nacional permite o cômputo desses períodos de seguro, o interessado não sofrerá nenhuma diminuição dos seus direitos enquanto, se não se prever essa possibilidade, os Regulamentos n.° 1408/71 e n.° 574/72 não poderão criar para o trabalhador uma situação mais favorável do que a que lhe é conferida pelo direito nacional.

O Conselho conclui afirmando que esta última hipótese exigiria a adopção de disposições complementares de coordenação e que está actualmente a analisar uma proposta, apresentada pela Comissão, de alteração do Regulamento n.° 1408/71, com o objectivo, entre outros, de incluir no seu âmbito de aplicação os regimes especiais dos funcionários [10].

20. Mais de que uma análise da validade da disposição, a Comissão baseia-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à interpretação dos artigos 48.° e 51.° do Tratado para avançar a solução que é conveniente propor ao órgão jurisdicional. Nas suas observações escritas, parte do postulado de que o princípio da igualdade de tratamento se aplica sem restrições à segurança social — porque esta constitui uma condição de trabalho — dos funcionários dos Estados-Membros e do pessoal que lhes é equiparado; acrescenta que o princípio de igualdade de tratamento, que consiste formalmente em equiparar os nacionais dos outros Estados-Membros aos do Estado de acolhimento, implica que certos factos verificados no território de um outro Estado-Membro devem também ser equiparados a factos análogos que possam verificar-se no território do Estado-Membro de acolhimento; conclui que, uma vez que a legislação helénica prevê a possibilidade de se tomarem em consideração os períodos cumpridos em estabelecimentos hospitalares públicos nacionais, que não o IKA, para aquisição do direito à pensão, o princípio da igualdade de tratamento

9 — Na sua versão codificada pelo Regulamento n.° 2001/83, já referido.

10 — Proposta de regulamento (CEE) do Conselho, que altera o Regulamento (CEE) n.° 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.° 574/72 que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento (CEE) n.° 1408/71 (JO 1992, C 46, p. 1).

exige que se tenham igualmente em conta os períodos anteriores que o interessado cumpriu em estabelecimentos hospitalares públicos na Alemanha.

Finalmente, considera que o artigo 4.°, n.° 4, do regulamento, ao excluir do âmbito de aplicação material deste último os regimes especiais dos funcionários, cria um vazio jurídico susceptível de ser colmatado quando for adoptada a proposta apresentada ao Conselho [11].

21. Em meu entender, a razão da exclusão dos regimes especiais dos funcionários ou do pessoal equiparado do âmbito de aplicação material do regulamento encontra-se não no artigo 48.°, n.° 4, do Tratado, mas nas profundas diferenças que separam os regimes desta natureza existentes nos Estados-Membros, diferenças que, na altura, o legislador considerou inultrapassáveis no momento de proceder à respectiva coordenação.

22. Apesar de, por agora, o Conselho ainda não ter procedido à coordenação destes sistemas, não deixa por isso de ser obrigado a fazê-lo. De facto, o artigo 51.° do Tratado impõe a obrigação de adoptar, na área da segurança social, as medidas necessárias para garantir aos trabalhadores migrantes a totalização de todos os períodos tidos em conta pelas diferentes legislações nacionais para a aquisição e a manutenção do direito às prestações sociais, bem como para o cálculo destas. Na prática, coexistem nos Estados-Membros diversos regimes especiais para os funcionários, que podem diferir consideravelmente entre os Estados-Membros. Mas, tendo em conta a tendência cada vez maior de os Estados-Membros inscreverem os respectivos funcionários nos regimes gerais e o progressivo desaparecimento das diferenças que caracterizaram historicamente os regimes especiais relativamente aos regimes gerais, as dificuldades técnicas de coordenação destes regimes, atrás das quais o Conselho se pôde abrigar anteriormente, já não se afiguram insuperáveis. Uma prova concludente neste sentido é a proposta de regulamento já referida que, se for aprovada, alargará o âmbito de aplicação material do regulamento aos regimes especiais dos funcionários e do pessoal equiparado.

23. Apoio, portanto, o ponto de vista da Comissão quando afirma que a exclusão enunciada no artigo 4.°, n.° 4, do regulamento cria uma lacuna que o Conselho deve colmatar quanto antes. Mas não creio que esta disposição deva ser invalidada pelo Tribunal de Justiça, pelas seguintes razões:

— em primeiro lugar, porque uma declaração de invalidade não permitiria obter

11 — Já referida na nota 10.

nem a coordenação dos regimes especiais dos funcionários dos Estados-Membros nem que as disposições do regulamento se tornassem directamente aplicáveis quando não o eram anteriormente;

— em segundo lugar, porque o artigo 4.°, n.° 4, do regulamento não tem por objectivo nem por efeito privar ou dissuadir os nacionais dos Estados-Membros de exercerem o seu direito de livre circulação. De facto, a circunstância de os regimes especiais dos funcionários estarem excluídos do âmbito de aplicação material do regulamento não significa, automaticamente, que os períodos de cotização nesses regimes nunca possam ser contados a um trabalhador migrante.

24. Para este efeito, há que ter presente que, como o Tribunal de Justiça declarou muitas vezes, as disposições do regulamento, precisamente porque foram adoptadas em aplicação do artigo 51.° do Tratado, devem ser interpretadas à luz do objectivo deste artigo, que é o de contribuir para o estabelecimento de uma liberdade de circulação, tão completa quanto possível, dos trabalhadores migrantes, princípio que se inscreve entre os fundamentos da Comunidade, e que o objectivo dos artigos 48.° a 51.° não seria atingido se, em consequência do exercício do seu direito de livre circulação, os trabalhadores perdessem as vantagens de segurança social que a legislação de um Estado-Membro lhes garante [12].

25. Deste modo, para saber, na prática, se um trabalhador migrante foi prejudicado nos seus direitos à pensão por ter estado num momento da sua vida profissional submetido a um regime especial de funcionários, é preciso remeter, em cada caso, para as disposições nacionais que lhe são aplicáveis.

Em primeiro lugar, como o Conselho e o Governo francês afirmam nas suas observações, por um lado, o artigo 2.°, n.° 3, do regulamento inclui no seu âmbito de aplicação pessoal os funcionários e o pessoal equiparado, na medida em que estejam ou tenham sido submetidos à legislação de um Estado-Membro a que se aplique o regulamento e, por outro, o artigo 15.°, n.° 2, do Regulamento n.° 574/72 permite considerar os períodos de seguro cumpridos sob um regime especial aplicável aos funcionários de um Estado-Membro como períodos de seguro susceptíveis de serem tidos em conta para efeitos de totalização, sempre que esses períodos sejam tidos em conta por força de uma legislação desse mesmo Estado-Membro incluída no âmbito de aplicação do regulamento. Um trabalhador migrante pode ter estado inscrito no regime especial dos funcionários, mas os seus direito à pensão não serão em caso algum diminuídos se puder beneficiar desta disposição.

12 — Acórdão De Jong, já referido na nota 6, n.° 14, e acórdão de 25 de Fevereiro de 1986, Spruyt (284/84, Colect., p. 685, n.° 18).

Em segundo lugar, na hipótese de um regime especial dos funcionários totalmente impermeável, isto é, que exclua que se tomem em consideração os períodos de cotização cumpridos sob um regime distinto, o trabalhador migrante será prejudicado nos seus direitos à pensão na medida em que a tomada em consideração dos períodos em que trabalhou num outro Estado-Membro lhe é necessariamente recusada. Mas, como uma disposição nacional deste teor recusa igualmente aos trabalhadores que não deixaram o seu país a tomada em consideração dos períodos de cotização que cumpriram num regime geral, é forçoso concluir que o prejuízo sofrido pelo trabalhador migrante num tal caso não tem origem no exercício do direito de livre circulação.

26. Resta examinar quais são os efeitos de um regime especial de funcionários que, como no caso em apreço, não é impermeável — uma vez que permite ter em conta, para efeitos de aquisição do direito à pensão, nomeadamente os períodos de trabalho ao serviço do Estado ou de uma pessoa colectiva de direito público, bem como os serviços cumpridos nas forças armadas na qualidade de reservista e os períodos de prática de medicina liberal —, mas que se recusa a ter em consideração os períodos de trabalho cumpridos no estrangeiro.

Antes de mais, é claro que o demandante no processo principal se encontra lesado nos seus direitos à pensão por ter exercido o seu direito de livre circulação: se, em vez de ter ido trabalhar para a Alemanha, tivesse permanecido no seu país de origem, consagrando-se, por exemplo, à simples prática da medicina liberal antes de trabalhar para o IKA, teria tido direito à tomada em consideração desse período, através do pagamento prévio de uma cotização especial, direito que, no presente caso, lhe é recusado.

27. Mas há mais: uma disposição como a que está em análise contém uma discriminação dissimulada, tal como a define a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual «as normas referentes à igualdade de tratamento... (do) Tratado... proíbem não só as discriminações ostensivas, em razão da nacionalidade, mas ainda qualquer forma de discriminação dissimulada que, mediante a aplicação de outros critérios de distinção, conduza efectivamente ao mesmo resultado» [13].

Importa precisar, a este respeito, que, em conformidade com a orientação do Tribunal de Justiça, o facto de o demandante no processo principal ser um cidadão helénico não tem nenhuma incidência na aplicação do princípio de não discriminação. De facto,

13 — Acórdão de 12 de Fevereiro de 1974, Sotgiu (152/73, Colect., p. 91, n.° 11).

qualquer nacional comunitário que tenha recorrido ao direito à livre circulação de trabalhadores e que tenha exercido uma actividade profissional num outro Estado-Membro é abrangido pelo artigo 48.° do Tratado [14], independentemente do seu local de residência e da sua nacionalidade.

É fácil demonstrar que a legislação helénica que rege os direitos à pensão dos médicos do IKA contém uma discriminação disfarçada ou dissimulada: ela é de facto susceptível de afectar mais gravemente os nacionais de outros Estados-Membros do que os nacionais gregos, uma vez que, entre os médicos que vão solicitar que sejam tidos em conta os períodos cumpridos noutros centros que não o IKA, a maior parte dos que trabalharam na Grécia terão a nacionalidade desse Estado, enquanto a maior parte dos que trabalharam fora da Grécia serão nacionais de outros Estados-Membros.

28. Ora, conclui-se do acórdão Sotgiu [15] que uma discriminação disfarçada não é proibida pelo artigo 48.°, n.° 2, quando a diferença de tratamento seja objectivamente justificada. Tal como o advogado-geral F. Jacobs nas suas conclusões no processo Scholz, pergunto-me, ao examinar a questão de saber se esta diferença de tratamento se justifica, qual pode ser o objectivo prosseguido pela norma [16].

A este respeito, creio que, se a disposição nacional só prevesse o reconhecimento, para efeitos de aquisição do direito à pensão, dos períodos cumpridos sob outros regimes de funcionários ou de pessoal equiparado, se poderia pensar que visava preservar o equilíbrio financeiro dos referidos regimes. Mas, como o regime grego em questão prevê a tomada em consideração não apenas dos períodos cumpridos ao serviço do Estado ou de uma pessoa colectiva de direito público, mas também dos períodos de prática da medicina liberal, considero que o objectivo principal desta disposição é de evitar que os médicos que entrem ao serviço do IKA sejam prejudicados nos seus direitos à pensão. Se esta é a finalidade da norma, não pode haver justificação objectiva para não tomar em consideração, nas mesmas condições que os períodos cumpridos na Grécia, os cumpridos num outro Estado-Membro por um médico que tenha exercido o seu direito de livre circulação.

29. Creio portanto que, quando, como no caso em apreço, um regime especial de funcionários de um Estado-Membro prevê que, através do pagamento de uma cotização especial, sejam contados aos seus inscritos, para efeitos de aquisição do direito à pensão de reforma, os períodos cumpridos ao serviço do Estado e de pessoas colectivas de direito público, esse Estado-Membro é obrigado a ter em conta nas mesmas condições os períodos cumpridos num outro Estado-Membro ao serviço de organismos públicos análogos.

14 — Acórdão de 23 de Fevereiro de 1994, Scholz (C-419/92, Colect., p. I-505, n.° 9).

15 — Já referido na nota 13.

16 — V. acórdão Scholz, já referido na nota 14, p. I-514.

Conclusão

Por estes motivos, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões apresentadas pelo Elegktiko Synedrio nos seguintes termos:

«1) Devem ser consideradas como 'funcionários', na acepção do artigo 4.°, n.° 4 do Regulamento (CEE) n.° 1408/71, todas as pessoas empregadas por uma administração pública relativamente às quais o legislador nacional tenha previsto um regime de segurança social próprio, no qual são obrigados a inscrever-se. Esta noção assim definida não coincide com a de 'funcionários' aos quais é aplicável a derrogação enunciada no artigo 48.°, n.° 4, do Tratado. Assim sendo, não é necessário examinar se, no caso em apreço, o interessado participa no exercício do poder público.

2) Há que considerar como 'regimes especiais dos funcionários ou do pessoal equiparado', para efeitos do artigo 4.°, n.° 4, do Regulamento n.° 1408/71, os regimes de segurança social que os Estados-Membros tenham criado para os empregados das suas administrações públicas e nos quais estes são obrigados a inscrever-se.

3) O presente processo não revelou nenhum elemento susceptível de afectar a validade do artigo 4.°, n.° 4, do Regulamento n.° 1408/71. No entanto, um Estado-Membro que reconhece aos inscritos num regime especial de funcionários a possibilidade de, através do pagamento de uma cotização especial, lhes serem contados, para efeitos de aquisição do direito à pensão de reforma, os períodos em que trabalharam para o Estado e para pessoas colectivas de direito público estabelecidas no seu território, não deve basear-se nesta disposição para recusar a um dos seus nacionais o direito de lhe serem contados, de acordo com as mesmas condições, os períodos cumpridos num outro Estado-Membro ao serviço de organismos públicos análogos.»