CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 18 de Abril de 2002 [1]

1. A Comissão propôs uma acção contra o Luxemburgo, nos termos do artigo 226.° CE. Pede ao Tribunal de Justiça a condenação deste Estado-Membro por não cumprir as obrigações impostas pelo artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento (CEE) n.° 1612/68, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade [2], e pelo artigo 43.° CE.

O incumprimento imputado a este Estado consiste em manter, na legislação interna, uma condição de residência prévia no seu território durante determinado período, para se ter direito à prestação de rendimento mínimo garantido.

I — Os factos

2. A Comissão tomou conhecimento, através de uma denúncia individual, de que a legislação luxemburguesa submetia o direito à prestação de rendimento mínimo garantido à condição de se ter residido no país durante, pelo menos, dez dos últimos vinte anos.

Os serviços da Comissão entraram em contacto com as autoridades nacionais, salientando a possível incompatibilidade de tal condição com a legislação comunitária. Receberam a resposta de que estava em curso a tramitação de um projecto de lei destinado a suprimi-la.

3. Contudo, por carta de 19 de Julho de 1999, a Comissão foi informada de que o Conselho de Estado tinha dado parecer negativo e, por isso, o texto aprovado em 29 de Abril de 1999 [3] tinha mantido a condição da residência, embora a respectiva duração ficasse reduzida a cinco dos últimos vinte anos.

1 — Língua original: espanhol.

2 — Regulamento do Conselho, de 15 de Outubro de 1968 (JO L 257, p. 2; EE 05 F1 p. 77).

3 — Publicado no *Mémorial* (Jornal Oficial do Grão-Ducado do Luxemburgo) em 1 de Junho de 1999. Esta alteração entrou em vigor em 1 de Março de 2000, nove meses depois da sua publicação.

II — As disposições comunitárias

4. De acordo com o disposto no artigo 7.° do Regulamento n.° 1612/68:

«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.

[...]»

5. Pelo seu lado, o artigo 43.° CE dispõe:

«[...] A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.°, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.»

III — A legislação luxemburguesa controvertida

6. A norma considerada incompatível com o ordenamento comunitário é o artigo 2.°, n.^{os} 1 e 2, da Lei de 26 de Julho de 1986, que instituiu o direito ao rendimento mínimo garantido. Nos termos destas disposições, essa prestação será concedida a qualquer pessoa com mais de vinte cinco anos de idade que, com a necessária autorização legal, tiver o seu domicílio e residência efectivos no Grão-Ducado, cujos rendimentos sejam inferiores ao mínimo estabelecido, disposta a esgotar as possibilidades proporcionadas pela legislação nacional ou estrangeira para melhorar a sua situação e que tenha residido no Luxemburgo durante, pelo menos, cinco dos últimos vinte anos. Apenas os apátridas e refugiados políticos estão isentos da condição de residência.

IV — O processo administrativo

7. Apesar de ter sido reduzida a duração do período de residência necessário para se ter direito à prestação, a Comissão considerou que a referida legislação continuava a ser incompatível com o princípio fundamental da não discriminação em razão da nacionalidade, que consta do artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68, quanto aos trabalhadores por conta de outrem, e do artigo 43.° CE, para os trabalhadores independentes. Por esta razão, em 6 de Agosto de 1999, dirigiu às autoridades do Grão-Ducado uma notificação para o cumprimento convidando-as a apresentar observações no prazo de dois meses.

8. Perante a falta de resposta e considerando que as explicações que acompanhavam a notificação da legislação alterada não se revelavam convincentes, a Comissão, em 26 de Janeiro de 2000, dirigiu ao Governo luxemburguês um parecer fundamentado nos termos do artigo 226.° CE, primeiro parágrafo, em que o instava a proceder a nova alteração da lei.

Em 31 de Maio de 2000, o Governo comunicou-lhe a sua decisão de proceder a uma nova alteração legislativa, com a intenção de cumprir as directrizes do parecer fundamentado, propósito que foi reiterado por carta de 15 de Junho de 2000.

9. Em 24 de Julho de 2000, os serviços da Comissão solicitaram dados concretos sobre o calendário previsto, ao mesmo tempo que pediam às autoridades nacionais a concessão imediata da prestação aos cidadãos de outros Estados-Membros aos quais tivesse sido recusada por não preenchimento da condição de residência.

Na carta de 26 de Outubro seguinte, o Governo forneceu alguns esclarecimentos sobre o futuro texto normativo, indicando que tinha a intenção de o submeter a votação na sessão parlamentar de 2000-2001. Acrescentou que, na falta de lei aplicável, era impossível aceder ao pedido feito a favor dos referidos cidadãos.

V — O processo contencioso

10. Em face da falta de informações relativas à alteração legislativa anunciada, a Comissão propôs em 26 de Julho de 2001 uma acção no Tribunal de Justiça, na qual pede a condenação do Estado-Membro por incumprimento.

11. A demandante alega que a legislação em vigor no Luxemburgo constitui uma

violação patente do princípio da igualdade de tratamento, que proíbe não apenas as discriminações ostensivas, baseadas na nacionalidade, mas ainda todas as formas dissimuladas de discriminação que, através da aplicação de outros critérios de distinção, conduzam, de facto, ao mesmo resultado [4]. Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a condição de residência no território de um Estado-Membro durante certo período é uma discriminação encoberta em razão da nacionalidade, uma vez que será mais facilmente preenchida por um cidadão desse Estado do que por um nacional de outro Estado-Membro [5]. O facto de a condição se aplicar de igual forma aos luxemburgueses não altera esta apreciação.

A Comissão refere que não há dúvidas sobre o facto de a prestação controvertida constituir uma vantagem social, uma vez que o Tribunal de Justiça assim considerou no acórdão Hoeckx [6], com a consequência de que deve ser concedida nas mesmas condições a todos os trabalhadores nacionais dos Estados-Membros.

Pelo seu lado, o artigo 43.° CE assegura o benefício do tratamento nacional aos cidadãos de um Estado-Membro que pretendam exercer uma actividade não assalariada noutro Estado-Membro, ao mesmo tempo que proíbe qualquer discriminação baseada na nacionalidade que dificulte o acesso ou o exercício dessa actividade [7].

Em apoio do seu pedido, invoca também o acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo Comissão/Bélgica [8], no qual, em face de uma legislação e de uma prestação de conteúdo semelhantes, declarou contrária ao princípio da igualdade de tratamento a manutenção da exigência de um período de residência no território belga para que os trabalhadores dos outros Estados-Membros pudessem obter a prestação do mínimo de meios de subsistência (*minimex*).

12. Na contestação, apresentada em 10 de Outubro de 2001, o Luxemburgo afirma que, em 22 de Março de 2000, foi aprovado o projecto de lei destinado a alterar a legislação nacional controvertida. Pede que o Tribunal de Justiça julgue a acção improcedente ou suspenda a instância, enquanto se aguarda desistência da Comissão.

13. A Comissão prescindiu da apresentação de réplica, ao mesmo tempo que

4 — Acórdãos de 12 de Fevereiro de 1974, Sotgiu (152/73, Colect., p. 91, n.° 11), e de 8 de Maio de 1990, Biehl (C-175/88, Colect., p. I-1779, n.° 13).

5 — Acórdãos de 25 de Julho de 1991, Factortame e o. (C-221/89, Colect., p. I-3905, n.° 32); de 17 de Novembro de 1992, Comissão/Reino Unido (C-279/89, Colect., p. I-5785, n.° 42); e de 10 de Março de 1993, Comissão/Luxemburgo (C-111/91, Colect., p. I-817, n.° 10).

6 — Acórdão de 27 de Março de 1985 (249/83, Recueil, p. 973, n.° 22).

7 — Acórdão de 8 de Junho de 1999, Meeusen (C-337/97, Colect., p. I-3289, n.° 27).

8 — Acórdão de 10 de Novembro de 1992 (C-326/90, Colect., p. I-5517).

considerava não se justificar a suspensão da instância.

14. Como nenhuma das partes apresentou requerimento em que indicasse as razões pelas quais desejava apresentar alegações orais, o Tribunal de Justiça decidiu, de acordo com o disposto no artigo 44.°-A do Regulamento de Processo, decidir a causa sem proceder a audiência.

VI — Análise da acção

A — *Quanto ao pedido de declaração de incumprimento*

15. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça referida pela demandante que a condição de residir num Estado-Membro constitui uma discriminação encoberta em razão da nacionalidade, prejudicial para os cidadãos dos demais Estados, e que uma prestação como a que está em causa deve ser considerada uma vantagem social, que há que conceder aos cidadãos dos outros Estados nas mesmas condições que aos próprios nacionais.

16. Na contestação, o Luxemburgo afirma deixar de lado a questão de a condição de residência ser discriminatória, sem avançar qualquer argumento a esse respeito, e manifesta estar disposto a alterar a legislação que a prevê. Mesmo quando o Estado demandado pede ao Tribunal de Justiça a improcedência da acção por juntar um projecto de lei, cuja promulgação, aliás, não consta dos autos, considero que a sua posição equivale à confissão.

17. Além disso, é sabido que o objecto de uma acção intentada ao abrigo do artigo 226.° CE é fixado pelo parecer fundamentado da Comissão e que, mesmo no caso de o incumprimento ter cessado posteriormente ao prazo estabelecido no segundo parágrafo do mesmo artigo, continua a haver interesse no prosseguimento da acção, a fim de se estabelecer a base da responsabilidade em que um Estado-Membro possa ter incorrido relativamente àqueles que sejam titulares de direitos afectados pelo referido comportamento [9].

18. Também não se revela pertinente a sugestão de suspensão da instância, uma vez que, no caso, não estão reunidas as circunstâncias que fundamentem essa decisão na alínea b) do n.° 1 do artigo 82.°-A do Regulamento de Processo. De qualquer

9 — Acórdãos de 7 de Fevereiro de 1973, Comissão/Itália (39/72, Colect., p. 39, n.° 11), e de 17 de Junho de 1987, Comissão/Itália (154/85, Colect., p. 2717, n.° 6).

forma, até Abril de 2002, a Comissão não deu sinal de pretender desistir da acção.

19. Uma vez que ficou demonstrado, sem qualquer dúvida, que o Luxemburgo não executou a obrigação de adaptar o seu direito interno às disposições do artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68 e do artigo 43.° CE, dentro do prazo fixado no parecer fundamentado, cabe acolher o pedido da Comissão e condená-lo por incumprimento, com condenação nas despesas.

B — *Quanto ao pedido de o Tribunal de Justiça especificar as consequências da declaração de incumprimento*

20. No n.° 20 da petição, a Comissão pede que, para além de ser declarado o incumprimento do Estado luxemburguês, sejam indicadas as consequências que isso implica, a fim de que o direito comunitário possa produzir plenos efeitos a favor dos cidadãos de outros Estados-Membros afectados no passado pela legislação proibida.

A Comissão, por carta enviada em 24 de Julho de 2000 pela directora geral do emprego e assuntos sociais, pediu às autoridades luxemburguesas informações sobre as medidas adoptadas para regularizarem, de forma imediata, a situação dos cidadãos comunitários que tivessem apresentado um pedido para a obtenção da prestação controvertida. Em apoio deste pedido, alegava a aplicabilidade directa, em todo o território da União, do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e o primado do direito comunitário. Na carta enviada à Comissão pela representação permanente do Luxemburgo em 26 de Outubro seguinte, referia-se que essa actuação era impossível, na falta de disposição legal que previsse a concessão da prestação aos cidadãos comunitários, sem condição de residência prévia no Grão-Ducado.

21. Não posso deixar de expressar a minha simpatia pela posição da Comissão, mas devo reconhecer que não cabe acolher o seu pedido, pelas razões que passo a expor.

22. Em primeiro lugar, segundo jurisprudência constante, a interpelação dirigida pela Comissão ao Estado-Membro e, seguidamente, o parecer fundamentado delimitam o objecto do litígio, o qual, a partir de então, já não pode ser ampliado. A possibilidade de o Estado-Membro em causa apresentar as suas observações constitui, mesmo se não a utilizar, uma garantia essencial querida pelo Tratado, e o respeito dessa garantia é uma formalidade substancial da regularidade do processo destinado a verificar um incumprimento de um Estado-Membro. Por conseguinte, o pare-

cer fundamentado e a acção da Comissão devem ter por base as mesmas acusações já constantes da interpelação que dá início à fase pré-contenciosa [10].

Embora a Comissão não seja obrigada a precisar no parecer fundamentado as medidas que permitiriam eliminar o incumprimento, deve indicar, pelo menos, as acusações sobre as quais pretende litigar. Tem de indicar especificamente ao Estado-Membro interessado que o mesmo deve tomar determinada medida, se entender fazer da falta de adopção da mesma o objecto da acção [11].

No presente processo, contudo, a Comissão não instou o Governo luxemburguês a regularizar de imediato a situação dos cidadãos de outros Estados-Membros a quem tinha sido recusada a prestação do rendimento mínimo garantido por não preencherem a condição de residência, nem na notificação para o cumprimento nem no parecer fundamentado enviado em Janeiro de 2000. De acordo com os documentos dos autos, esse pedido só foi feito em Julho seguinte, numa carta da directora geral do emprego e assuntos sociais, quando as autoridades luxemburguesas já tinham respondido ao parecer fundamentado e o objecto da causa já tinha ficado delimitado.

23. Em segundo lugar, as consequências de uma declaração de incumprimento constam do artigo 228.° CE: o Estado-Membro tem a obrigação de adoptar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça.

Essas medidas não se limitam a eliminar os efeitos da legislação nacional para o futuro, antes sendo, uma vez que o acórdão produz efeitos *ex tunc*, extensivos à eliminação das consequências prejudiciais causadas desde o momento em que nasceu a incompatibilidade com a legislação comunitária [12]. Como é sabido, os Estados-Membros são obrigados a reparar os danos causados aos particulares por violações do direito comunitário. Esse dever baseia-se, nomeadamente, no artigo 10.° CE, nos termos do qual os Estados-Membros são obrigados a tomar as medidas gerais ou particulares adequadas para assegurar a execução das suas obrigações, entre as quais se encontra a de eliminar as consequências ilícitas de uma violação do direito comunitário.

De acordo com a jurisprudência, a interpretação que o Tribunal de Justiça dá de

10 — Acórdãos de 29 de Setembro de 1998, Comissão/Alemanha (C-191/95, Colect., p. I-5449, n.° 55), de 28 de Outubro de 1999, Comissão/Áustria (C-328/96, Colect., p. I-7479, n.° 34), e de 9 de Novembro de 1999, Comissão/Itália (C-365/97, Colect., p. I-7773, n.° 23).

11 — Acórdão Comissão/Áustria, já referido, n.° 39.

12 — Acórdãos de 16 de Dezembro de 1960, Humblet/Estado belga (6/60, Recueil, pp. 1125 e segs., em especial, p. 1146, Colect. 1954-1961, p. 545), quanto ao Tratado CECA, e de 19 de Novembro de 1991, Francovich e o. (C-6/90, C-9/90, Colect., p. I-5357, n.° 36), quanto ao Tratado CE.

uma disposição do direito comunitário limita-se a esclarecer e precisar o significado e o alcance desta, tal como deveria ter sido entendida e aplicada desde o momento da sua entrada em vigor [13].

A isto há que acrescentar que o Estado-Membro não pediu ao Tribunal de Justiça que limitasse os efeitos do acórdão no tempo, o que poderia ter feito.

Creio que não se pode admitir que, nesta altura, um Estado-Membro pretenda escudar-se na falta de legislação nacional para negar a igualdade de tratamento aos cidadãos de Estados-Membros residentes no seu território, sobretudo quando a jurisprudência deste Tribunal de Justiça qualificou prestações de características muito semelhantes como vantagem social na acepção do artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento n.° 1612/68 [15] e vários Estados foram condenados por imporem, para a sua obtenção, uma condição de residência prévia no seu território [16]. De outro modo, ser-lhes-ia muito fácil eludir as obrigações que lhes impõe o direito comunitário por meio do simples recurso a não legislar ou atrasar tanto quanto possível a adaptação das normas nacionais.

24. Por último, se, tal como proponho, o Estado-Membro for, no presente processo, condenado por incumprimento e persistir na sua negativa contumaz de regularizar a situação dos lesados antes da entrada em vigor da legislação alterada, a Comissão dispõe da possibilidade de intentar nova acção no Tribunal de Justiça. Desde o início de 1998, quando recebeu a denúncia individual, até que a nova lei seja aplicável [14], terão decorrido vários anos durante os quais o Estado-Membro, ao que parece, continuou a violar o direito comunitário.

25. Pelas razões expostas, considero que não há que acolher o pedido da Comissão de o Tribunal de Justiça especificar as consequências da declaração de incumprimento.

13 — Acórdãos de 11 de Agosto de 1995, Roders e o. (C-367/93 a C-377/93, Colect., p. I-2229, n.° 42), e de 24 de Setembro de 1998, Comissão/França (C-35/97, Colect., p. I-5325, n.° 46).

14 — Há que ter em conta que a reforma de 1999, que reduziu de dez para cinco anos a duração do período de residência necessário para se poder optar pela prestação, só entrou em vigor nove meses depois da sua publicação.

15 — Acórdãos de 6 de Junho de 1985, Frascogna (157/84, Recueil, p. 1739); de 27 de Março de 1985, Scrivner (122/84, Recueil, p. 1027) e Hoeckx, já referido; de 9 de Julho de 1987, Frascogna (256/86, Colect., p. 3431); e de 27 de Maio de 1993, Schmid (C-310/91, Colect., p. I-3011).

16 — Acórdãos de 10 de Novembro de 1992, Comissão/Bélgica, já referido; Comissão/Luxemburgo, já referido; e de 12 de Setembro de 1996, Comissão/Bélgica (C-278/94, Colect., p. I-4307).

VII — Conclusão

26. De acordo com as considerações expostas, proponho ao Tribunal de Justiça que:

1) Declare que o Grão-Ducado do Luxemburgo não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do 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, e do artigo 43.° CE, ao manter na sua legislação interna uma condição de residência prévia no seu território durante cinco anos, para a concessão da prestação do rendimento mínimo garantido.

2) Condene o referido Estado nas despesas do processo.