CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON

apresentadas em 7 de Fevereiro de 1990 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. O Raad Van Beroep de Amesterdão submete ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial relativa à interpretação de certas disposições do Regulamento (CEE) n.° 1408/71 do Conselho [1], em matéria de segurança social, no âmbito de um litígio relativo à aplicação da lei neerlandesa AOW sobre o seguro de velhice (de ora em diante «lei AOW») a uma nacional alemã.

2. Esta, E. M. Winter-Lutzins, nascida em 15 de Fevereiro de 1922, partiu da República Federal da Alemanha para os Países Baixos em Dezembro de 1965, na companhia do seu marido, nascido a 16 de Setembro de 1917. Ocupou nos Países Baixos empregos a tempo parcial de 1973 a 1980, ano em que foi reformada por incapacidade para o trabalho. O seu marido atingiu a idade de reforma em 1982. Em 1983, o casal Winter-Lutzins regressou à República Federal da Alemanha. De 1983 a 15 de Fevereiro de 1987, data em que completou 65 anos, E. M. Winter-Lutzins continuou segurada ao abrigo da lei AOW, embora já não residisse nos Países Baixos, na medida em que beneficiava, da parte de uma instituição social neerlandesa, de reforma por incapacidade para o trabalho.

3. Na data em que completou 65 anos, E. M. Winter-Lutzins beneficou de uma pensão de velhice ao abrigo da lei AOW. Mas o montante dessa pensão foi calculado com base nos anos de seguro cumpridos, ou seja, os compreendidos entre Dezembro de 1965, início da residência da interessada nos Países Baixos, e Fevereiro de 1987, data até à qual recebeu a reforma por incapacidade para o trabalho. E. M. Winter-Lutzins impugnou judicialmente a recusa da Sociale Verzekeringsbank (de ora em diante «SVB»), instituição social dos Países Baixos que fornece as prestações ao abrigo da AOW, em lhe conceder o benefício das «vantagens transitórias». Estas foram previstas pela AOW para permitir considerar como períodos de seguro de velhice os períodos anteriores a 1 de Janeiro de 1957, data da sua entrada em vigor. Na falta dessas vantagens, ninguém poderia beneficiar, antes de 2007, de uma pensão ao abrigo da AOW à taxa máxima de 100 %, dado a pensão ser, com efeito, igual a 2 % de um salário mínimo *por ano de seguro.*

4. É necessário fazer algumas precisões quanto ao regime jurídico das vantagens transitórias da AOW. Este regime é «vantajoso» precisamente na medida em que permite considerar como períodos de seguro para efeitos daquela lei os decorridos entre os 15 anos de idade do interessado e 1 de Janeiro de 1957, desde que a pessoa em causa satisfaça três condições cumulativas.

5. A primeira, dita «dos seis anos», consiste em ter residido nos Países Baixos durante pelo menos seis anos após ter atingido a idade de 59 anos. Essa exigência, estabelecida pelo artigo 59.°, n.° 1, da AOW, é, to-

* Língua original: francês.

1 — De 14 de Junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade (JO L 149, p. 2; EE 05 F1 p. 98).

davia, temperada pelo artigo 2.° de um decreto real de 3 de Dezembro de 1985, que prevê que quem tenha abandonado os Países Baixos mas continue segurado a título da AOW é considerado como residente nesse país no que se refere à condição dos seis anos.

6. A segunda é a de o interessado ser cidadão neerlandês ou assimilado. Não se aplica aos cidadãos comunitários.

7. Nos termos da terceira condição, estabelecida pelo artigo 56.° da AOW, o interessado deve residir nos Países Baixos. Esta condição, dita «da residência actual», igualmente temperada por uma disposição de um decreto real, não é aplicável às pessoas que tenham estado seguradas a título da AOW, sem interrupção, entre 1 de Janeiro de 1957 e a data em que completarem 65 anos.

8. A situação de E. M. Winter-Lutzins não levantou qualquer problema em relação às duas primeiras condições. Com efeito, beneficiou para a primeira da norma de atenuação, na medida em que, após ter abandonado os Países Baixos, continuou a estar segurada a título da AOW até à idade de 65 anos, em razão da reforma por incapacidade para o trabalho que lhe era paga. Depois, a sua nacionalidade alemã permitiu-lhe, enquanto nacional de um Estado-membro da CEE, satisfazer a segunda condição.

9. Pelo contrário, E. M. Winter-Lutzins não pôde preencher a condição «da residência actual», dado que à data em que completou 65 e em que deviam ser apreciados os seus direitos em relação às vantagens transitórias já não residia nos Países Baixos, nem se podia prevalecer da atenuação aplicável, dado que, entre 1 de Janeiro de 1957 e o fim do mês de Dezembro de 1965, residia ainda na República Federal da Alemanha e não estava segurada pela AOW.

10. E. M. Winter-Lutzins invocou perante o juiz nacional a incompatibilidade da legislação neerlandesa, na medida em que faz depender o direito às «vantagens transitórias» de uma condição que se prende com a residência nos Países Baixos, com o n.° 1 do artigo 10.° do Regulamento n.° 1408/71. Nos termos dessa disposição, «salvo disposição contrária do presente regulamento, as prestações... de velhice... adquiridas ao abrigo da legislação de um ou de mais Estados-membros não podem sofrer qualquer redução, modificação, suspensão, supressão ou confisco, pelo facto de o beneficiário residir no território de um Estado-membro que não seja aquele em que se encontra a instituição devedora». É a propósito da compatibilidade da legislação neerlandesa com o n.° 1 do artigo 10.° do regulamento que o juiz nacional interroga o Tribunal de Justiça.

11. O que está em jogo com a eventual incompatibilidade da condição de residência actual com o disposto no Regulamento n.° 1408/71 é claramente ilustrado pela situação de E. M. Winter-Lutzins. Com efeito, se não satisfizer essa condição, ou a norma que a atenua, a interessada não poderá beneficiar da assimilação do período compreendido entre a data em que completou 15 anos de idade, 15 de Fevereiro de 1937, e 1 de Janeiro de 1957 a um período de seguro ao abrigo das «vantagens transitórias». Isso traduz-se, em números redondos, no facto de E. M. Winter-Lutzins apenas ter direito, ao abrigo da «AOW», às prestações calculadas em função do período compreendido entre o fim de Dezembro de 1965 e a data em que completou 65 anos, isto é, a uma percentagem de cerca de 44 % do salário de referência, enquanto que, se não estiver sujeita à condição de residência, a taxa será de cerca de 84 %.

12. A própria formulação da questão que nos foi submetida chama a atenção sobre um ponto especial. Pergunta-se ao Tribunal se uma condição como a da residência actual que consta da AOW é incompatível com o n.° 1 do artigo 10.° do Regulamento n.° 1408/71, «*tendo em conta*» outra disposição desse regulamento que resulta da combinação das alíneas a) e f) do n.° 2 da rubrica «Países Baixos» do anexo VI. Essa disposição prevê que o benificiário da AOW que não preencha as condições que lhe permitam obter a assimilação de períodos da sua vida anteriores a 1 de Janeiro de 1957 a períodos de seguro tem, ainda assim, o direito, desde que tenha residido durante seis anos no território de um ou de vários Estados-membros após a idade de 59 anos, a que sejam assimilados os períodos anteriores a 1 de Janeiro de 1957 durante os quais tenha residido nos Países Baixos após a idade de 15 anos ou durante os quais, embora residindo no território de outro Estado-membro, tenha exercido uma actividade assalariada nos Países Baixos para uma entidade patronal estabelecida nesse país. Pode-se afirmar que se trata de um dispositivo de «repescagem», na medida em que os beneficiários da AOW que não satisfaçam as condições, designadamente a da residência actual, que atribuem o direito às vantagens transitórias, poderão, contudo, obter a assimilação de outros períodos anteriores a 1 de Janeiro de 1957. Mas a «repescagem» apenas é parcial, dado que a assimilação que permite apenas pode dizer respeito aos períodos em que tenha existido, segundo a fórmula que o Tribunal de Justiça utilizou no acórdão Spruyt, de 25 de Fevereiro de 1986, uma «conexão suficiente» [2], por meio da residência ou do emprego, entre a interessada e o regime neerlandês.

13. Observemos aqui que a disposição em causa do anexo VI do Regulamento n.° 1408/71 não podia permitir a E. M. Winter-Lutzins obter, a título da regulamentação comunitária, o que lhe era recusado pelo facto de não preencher as condições postas pela AOW. Com efeito, tinha realmente residido pelo menos seis anos no território de um ou de vários Estados-membros após a data em que completou 59 anos, mas nada tinha que pudesse ser assimilado, dado que antes de 1 de Janeiro de 1957 não tinha qualquer «conexão suficiente» com os Países Baixos. Isto leva-nos a observar que as condições de que depende o direito às vantagens transitórias nos termos da AOW conduzem, conforme estejam preenchidas ou não, à aplicação de dois regimes jurídicos sensivelmente diferentes no que se refere às vantagens que conferem. Se as condições, e designadamente a da residência actual, estão preenchidas ou podem ser consideradas como tal, tendo em conta as normas de atenuação, o beneficiário da AOW terá direito à assimilação do conjunto do período decorrido entre a data em que completou 15 anos e 1 de Janeiro de 1957, *independentemente da existência,* durante esse período, de uma conexão suficiente com os Países Baixos. Se as condições da AOW não estão preenchidas ou não podem ser consideradas como tal, o beneficiário das prestações terá apenas, eventualmente, direito à assimilação dos períodos compreendidos entre a data em que completou 15 anos de idade e 1 de Janeiro de 1957 em relação aos quais *tenha tido efectivamente* uma conexão suficiente com os Países Baixos.

14. É possível ilustrar de outro modo a diferença de tratamento relacionada com a circunstância da pessoa preencher ou não as condições que dão direito, segundo a AOW, às vantagens transitórias. Imaginemos que outro cidadão alemão tinha ido para os Países Baixos em condições idênticas às de E. M. Winter-Lutzins e aí tinha exercido as mesmas actividades durante as mesmas datas mas, ao contrário desta, continuou a residir nos Países Baixos até à data em que comple-

2 — Processo 284/84, n.° 22, Colect. 1986, p. 685.

tou 65 anos. Embora, tal como E. M. Winter-Lutzins, não tivesse *qualquer* conexão suficiente com os Países Baixos antes de 1 de Janeiro de 1957, não deixaria de beneficiar da assimilação do período decorrido entre a idade em que completou quinze anos e aquela data. Se nos é permitido utilizar outra fórmula, anos desprovidos de qualquer conexão suficiente com o regime neerlandês são de ouro ou de chumbo conforme, à data em que se completem 65 anos, no momento da abertura dos direitos às prestações da AOW, se preencha ou não a condição da «residência actual» nos Países Baixos.

15. A análise da situação de E. M. Winter-Lutzins em relação às disposições da AOW relativas às «vantagens transitórias», bem como as referidas no anexo VI do Regulamento n.° 1408/71, põe em foco as consequências importantes do jogo da cláusula da «residência actual». Poder-se-ia mesmo afirmar que as diferenças de tratamento que podem resultar do efeito dessa cláusula têm a aparência de uma discriminação. Significa isto que se deve considerar a condição de residência incompatível com o artigo 10.° do Regulamento n.° 1408/71? Não creio. Partilhando, neste ponto, as observações apresentadas pela SVB, o Governo neerlandês e a Comissão, entendo que a análise das normas, esclarecida pelo acórdão Spruyt do Tribunal de Justiça, permite concluir pela não incompatibilidade de uma cláusula como a da residência habitual com o Regulamento n.° 1408/71. Com efeito, verifica-se que as referidas disposições do anexo VI, embora reveladoras de certas diferenças de tratamento, testemunham de modo positivo a vontade do legislador comunitário em admitir largamente o jogo das condições de residência no âmbito das vantagens transitórias da AOW. Desenvolvamos este ponto de vista.

16. Antes de mais, observemos o próprio mecanismo instituído pela norma do anexo VI, rubrica «Países Baixos», n.° 2, alíneas a) e f). Destina-se a prever um regime jurídico que permita a assimilação a anos de seguro de certos períodos anteriores a 1 de Janeiro de 1957, em benefício das pessoas que *não preencham as condições* que dão direito à assimilação regulamentada pela AOW. Assim, em relação a essas condições e designadamente à da «residência actual», conclui-se que as disposições em causa do anexo VI têm um duplo significado.

17. O primeiro, de carácter explícito, é o de uma atenuação dos efeitos dessas condições de residência. Embora não preencham as condições de atribuição do direito à assimilação tal como é concebida na AOW, certas pessoas podem não perder todo o direito a uma assimilação de períodos anteriores a 1957. Estamos realmente em presença de uma atenuação, de um tempero das cláusulas de residência da AOW. Com efeito, na falta do regime jurídico de «repescagem» do anexo VI, quem não preenchesse as condições previstas pela AOW teria perdido qualquer direito à assimilação.

18. O segundo significado das disposições em causa do anexo VI é implícito, no sentido de que as condições previstas pela AOW, em especial a da residência actual, produzem normalmente todos os seus efeitos, na medida em que o regulamento comunitário os não tenha atenuado. Claramente, isto significa que o anexo VI, ao impedir que as condições previstas pela AOW tenham como efeito quem as não preencher não poder beneficiar de qualquer assimilação para os períodos anteriores a 1957 durante os quais tenha tido uma conexão, pela sua residência ou emprego, com os Países Baixos, deixa jogar livremente, *a contrario*, os *outros efeitos* dessas condições. É nessa

medida que o anexo VI limita o alcance do n.° 1 do artigo 10.° do Regulamento n.° 1408/71, que proíbe as cláusulas de residência.

19. Esta análise textual é a que o Tribunal consagrou no acórdão Spruyt. Nesse acórdão o Tribunal começou por recordar que o escopo dos artigos 48.° a 51.° do Tratado CEE

«não seria atingido se, por efeito do exercício do seu direito de livre circulação, os trabalhadores perdessem os benefícios da segurança social que lhes são assegurados pela legislação de um Estado-membro» [3].

A partir dessa preocupação, o Tribunal indicou que

«é assim que o n.° 1 do artigo 10.° do Regulamento n.° 1408/71, respeitante à supressão das cláusulas de residência, tem como objectivo garantir ao interessado o direito de beneficiar das prestações de segurança social mesmo depois de ter fixado residência num outro Estado-membro e favorecer a livre circulação de trabalhadores ao proteger os interessados dos prejuízos que poderão resultar da mudança da sua residência de um Estado-membro para outro» [4],

e acrescentou que esse objectivo exige que

«a protecção se estenda a um benefício que, estando previsto no quadro de um regime particular, como o regime transitório da AOW, se concretiza num aumento do montante da pensão que, sem ele, caberia ao beneficiário» [5].

O Tribunal recordou também que, como já referia o acórdão proferido no processo Smieja [5], de 7 de Novembro de 1973, a protecção visada com o «afastamento» das cláusulas de residência, formulada no n.° 1 do artigo 10.° do Regulamento n.° 1408/71, devia, em princípio, aplicar-se ao regime das «vantagens transitórias» da AOW. Mas o Tribunal acrescentou logo, no n.° 21 dos fundamentos da decisão, importantes precisões quanto às modalidades de aplicação do princípio em questão a esse regime transitório:

«As modalidades particulares de aplicação deste princípio pela legislação neerlandesa relativa ao seguro generalizado de velhice são regulamentadas pelo n.° 2 do título I, do anexo VI, do Regulamento n.° 1408/71. Com efeito, a regra do artigo 10.°, afastando a aplicação das cláusulas de residência, não pode ser aplicada sem restrições a um sistema de seguro generalizado de velhice em que a simples circunstância de residir nos Países Baixos basta para estar segurado» [6].

20. O Tribunal considerou, portanto, que as disposições do n.° 1 do artigo 10.° do Regulamento n.° 1408/71 se aplicam em relação ao regime das vantagens transitórias da AOW segundo as modalidades previstas pelo anexo VI, rubrica «Países Baixos», n.° 2 do mesmo regulamento, modalidades que se diz *restringirem* o princípio do afastamento das cláusulas de residência instituído pelo n.° 1 do citado artigo 10.° É o mesmo que afirmar claramente que a interpretação desta última disposição quanto aos seus efeitos sobre o regime transitório da AOW não pode ser independente da do anexo VI, que, na realidade, constitui o seu vector obrigatório. É também, creio eu, deixar subentendido que o princípio do afastamento das cláusulas de residência não pode normal-

3 — Processo 284/84, n.° 19, anteriormente citado.

4 — Processo 284/84, n.° 20, anteriormente citado.

5 — 51/73, Recueil, p. 1213.

6 — O «título I» referido nessa passagem do acórdão correspondente à rubrica «Países Baixos» do anexo VI; na redacção actual do Regulamento n.° 1408/71, trata-se do título J.

mente produzir outros efeitos em relação ao regime das vantagens transitórias da AOW para além dos que foram previstos por meio das modalidades definidas no anexo VI. Assim, esse princípio vai ser expresso pelo facto de o jogo das cláusulas de residência poder redundar em negar o direito à assimilação dos períodos anteriores a 1957 quando o beneficiário, com mais de 15 anos de idade, tinha uma «conexão» com os Países Baixos. Mas os outros efeitos das cláusulas de residência, no que se refere ao regime transitório da AOW, parecem ser permitidos pelo anexo VI, na interpretação dada pelo Tribunal de Justiça, pelo que o alcance do n.° 1 do artigo 10.° é, nesse sentido, objecto de uma restrição, para retomar o termo que o Tribunal de Justiça utilizou.

21. É certo que não se pode considerar de forma absoluta o anexo VI como uma regulamentação exaustiva dos efeitos do princípio do afastamento das cláusulas de residência em matéria das vantagens transitórias da AOW. O caso concreto que precisamente esteve na base do acórdão Spruyt ilustra a possibilidade da existência de lacunas na regulamentação que levam a que se procurem, se necessário por analogia, certos efeitos que não tinham sido expressamente previstos. Mas não parece possível considerar que estejamos, no caso concreto que hoje nos ocupa, em presença de semelhante lacuna. Pelo contrário, creio que ao indicar que a alínea a) do n.° 2 do anexo VI, que é aplicável, recordemo-lo, às pessoas que não preencham as condições postas pela AOW, sujeita

«a contagem de períodos anteriores à entrada em vigor da lei à condição suplementar de se tratar de períodos durante os quais o beneficiário tenha residido nos Países Baixos ou aí exercido uma actividade assalariada»,

sublinhando que

«tais períodos apresentam, com efeito, uma conexão suficiente com o regime neerlandês» [2],

O Tribunal *excluiu* que o princípio estabelecido no n.° 1 do artigo 10.° possa ter por efeito permitir a pessoas que não preencham as condições postas pela AOW obter a assimilação dos períodos durante os quais *não tenham tido uma conexão suficiente* com o regime neerlandês. Não existe, segundo o acórdão do Tribunal, qualquer lacuna do regulamento quanto a este ponto, mas trata-se, antes pelo contrário, da sua aplicação, mais precisamente do n.° 1 do seu artigo 10.°, segundo as modalidades fixadas pelo anexo VI.

22. Assim, o n.° 1 do artigo 10.° do Regulamento n.° 1408/71 deve ser interpretado, no presente caso, com o auxílio das restrições que lhe introduz, como o Tribunal de Justiça observou, o anexo VI. A justificação dessas restrições parece-me estar suficientemente esclarecida no vosso acórdão Spruyt. No campo dos princípios, o princípio do afastamento das cláusulas de residência deve, por definição, ser restringido em relação a um regime de segurança de velhice

«em que a simples circunstância de residir... basta para estar segurado» [7].

Em tal regime, em que a residência não é *uma* condição, mas *a* condição, a aplicação sem restrições de um princípio de proibição das cláusulas de residência conduziria, na realidade, a destruir o regime de seguro de velhice dos Países Baixos. A norma jurídica deve ser interpretada com rigor, mas não com uma rigidez que conduza ao absurdo.

2 — Processo 284/84, n.° 22, Colect. 1986, p. 685.

7 — Processo 284/84, n.° 21, anteriormente citado.

23. Acrescento que a interpretação do Regulamento n.° 1408/71 deve ser sempre relacionada com o princípio fundamental à realização do qual está consagrado, o da livre circulação dos trabalhadores. Recordemos, como o Tribunal indicou no acordão Spruyt, que esse princípio

«não será atingido se, por efeito do exercício do seu direito de livre circulação, os trabalhadores perdessem os benefícios de segurança social que lhes são assegurados pela legislação de um Estado-membro» [3].

No meu entender, o respeito desse princípio não exige que se paralise o jogo das cláusulas de residência a fim de permitir que a uma pessoa sejam assimilados a anos de seguro, a título do regime neerlandês, períodos durante os quais *não teve qualquer conexão* com esse regime. O problema seria totalmente diferente se estivéssemos na presença de cláusulas de residência que tivessem por efeito impedir a assimilação dos períodos durante os quais essa pessoa *teve* uma conexão com o regime neerlandês. O anexo VI do Regulamento n.° 1408/71 evitou precisamente esse efeito. Deu, assim, ao princípio do afastamento das cláusulas de residência, no domínio das vantagens transitórias da AOW, um alcance que permite serem satisfeitas as exigências do direito fundamental à livre circulação. No meu entender, não seriam respeitadas essas exigências se uma cláusula de residência impedisse o reconhecimento de uma *realidade*, mas não por privar alguém do benefício de uma *ficção*.

24. Na minha opinião, não é contrário ao Regulamento n.° 1408/71 excluir a assimilação dos períodos durante os quais não tenha existido qualquer conexão com o regime neerlandês. Pode nascer um certo sentimento de desigualdade do facto de aquilo que é permitido a certas pessoas, que satisfaçam a cláusula de residência actual, ser proibido a outras, que não a satisfaçam. Como já referi anteriormente, as ficções não são idênticas no regime transitório da AOW, sendo função do jogo de uma cláusula de residência. A diferença de tratamento não teria existido se a lei neerlandesa apenas tivesse admitido, em todos os casos, a assimilação dos períodos quando existisse uma conexão. As exigências da gestão do regime de seguro de velhice conduziram, verosimilmente, o legislador nacional a aceitar, de certo modo, a presunção de que quem satisfaça a condição de residência actual teria, entre a data em que completou 15 anos de idade e 1 de Janeiro de 1957, uma conexão com os Países Baixos. É talvez a partir dessa noção de presunção que é possível diluir a impressão de desigualdade. Assim poder-se-á afirmar que o direito de livre circulação dos trabalhadores exige, em relação a um regime como o das vantagens transitórias da AOW, a assimilação dos períodos durante os quais tenha existido uma conexão, mas que é possível ao legislador nacional fazer beneficiar aqueles que preencham uma condição de residência actual da presunção de que tinham essa conexão.

25. Mas, seja qual for a apresentação, mais ou menos lisonjeira, que se possa fazer da diferença de tratamento evidenciada no presente caso, creio, em definitivo, ser suficiente constatar que foi tida em conta e aceite pelo legislador comunitário através do anexo VI do Regulamento n.° 1408/71, e que foi igualmente aceite pelo Tribunal de Justiça, com a interpretação dada ao n.° 1 do artigo 10.° e ao anexo VI, no acórdão Spruyt, com base na necessária conciliação das exigências do direito de livre circulação dos trabalhadores com os fundamentos da lei AOW.

3 — Processo 284/84, n.° 19, anteriormente citado.

26. Pelo que concluo que o Tribunal deve declarar que:

«O n.° 1 do artigo 10.° do Regulamento (CEE) n.° 1408/71, aplicável às vantagens transitórias da legislação neerlandesa relativa ao seguro generalizado de velhice segundo as modalidades fixadas no anexo VI, rubrica "Países Baixos", n.° 2 desse regulamento, não se opõe a que, em relação a essa legislação, sejam recusadas às pessoas que não preencham uma condição de residência actual o benefício da assimilação, em termos de períodos de seguro, dos períodos anteriores à entrada em vigor do regime de seguro de velhice durante os quais não tenham tido qualquer conexão suficiente com os Países Baixos.»