CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
JÁN MAZÁK
apresentadas em 15 de Abril de 2010[1]

I – Introdução

1. Por despacho de 30 de Outubro de 2008, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 15 de Fevereiro de 2009, o Bundesfinanzhof (Alemanha) submeteu ao Tribunal de Justiça determinadas questões para decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 76.º do 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[2] (a seguir «Regulamento n.º 1408/71»)[3], e do artigo 10.º do Regulamento n.º 574/72 do Conselho, de 21 de Março de 1972, que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento n.º 1408/71, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 647/2005[4] (a seguir «Regulamento n.º 574/72»)[5].

2. O pedido de decisão prejudicial foi apresentado no âmbito do recurso interposto por Gudrun Schwemmer, uma cidadã alemã divorciada residente na Alemanha, cujo ex-marido trabalha na Suíça, contra a Agentur für Arbeit Villingen-Schwenningen – Familienkasse (Agência de emprego de Villingen-Schwenningen – Caixa de prestações familiares) (a seguir «Caixa de prestações familiares»), que tem por objecto a sua decisão de indeferir o pedido de pagamento do montante integral das prestações familiares em relação a dois dos seus filhos.

3. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta essencialmente se, numa situação pós-divórcio em que o pai das crianças não apresenta deliberadamente um pedido de pagamento do abono de família no Estado de emprego, o Estado-Membro de residência da mãe só está obrigado a pagar a diferença entre o montante devido nesse Estado e o montante do abono de família que o pai poderia obter no Estado de emprego.

1 — Língua original: inglês.

2 — JO 1997 L 28, p. 1.

3 — JO L 149, p. 2; EE 05 F1 p. 98.

4 — Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Abril de 2005, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1408/71 relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade e o Regulamento (CEE) n.º 574/72 que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 1408/71 (JO 2005 L 117, p. 1).

5 — JO L 74, p. 1; EE 05 F1 p. 156.

II – Quadro jurídico

A – *Direito comunitário*

1. Acordo entre a Comunidade e a Suíça

4. Por força do anexo II do Acordo entre a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros, por um lado, e a Confederação Suíça, por outro, sobre a livre circulação de pessoas, assinado no Luxemburgo, em 21 de Junho de 1999 [6], o Regulamento n.º 1408/71 e o Regulamento n.º 574/72 são aplicáveis às relações entre as partes no acordo.

2. Regulamento n.º 1408/71

5. O artigo 13.º do Regulamento n.º 1408/71, sob a epígrafe «Regras gerais», estabelece o seguinte, na medida em que é pertinente para o presente caso, em relação à determinação da legislação aplicável:

«1. Sem prejuízo do disposto nos artigos 14.º C e 14.º F, as pessoas às quais se aplica o presente regulamento apenas estão sujeitas à legislação de um Estado-Membro. Esta legislação é determinada de acordo com as disposições do presente título.

2. Sem prejuízo do disposto nos artigos 14.º a 17.º:

a) uma pessoa que exerça uma actividade assalariada no território de um Estado-Membro está sujeita à legislação desse Estado, mesmo se residir no território de outro Estado-Membro ou se a empresa ou entidade patronal que a emprega tiver a sua sede ou domicílio no território de outro Estado-Membro.

[...]»

6. O artigo 73.º do Regulamento n.º 1408/71, sob a epígrafe «Trabalhadores assalariados ou não assalariados cujos membros da família residam num Estado-Membro que não seja o Estado competente», estabelece:

«O trabalhador assalariado ou não assalariado sujeito à legislação de um Estado-Membro tem direito, para os membros da sua família que residam no território de outro

6 — JO 2002 L 114, p. 6.

Estado-Membro, às prestações familiares previstas pela legislação do primeiro Estado, como se residissem no território deste [...]»

7. O artigo 75.º, n.º 2, do referido regulamento estabelece:

«[...] se as prestações familiares não forem destinadas ao sustento dos membros da família pela pessoa a quem devam ser concedidas, a instituição competente concederá as referidas prestações, com efeito liberatório, à pessoa singular ou colectiva, que tenha efectivamente a cargo os membros da família, a pedido e por intermédio da instituição do lugar de residência destes ou da instituição designada ou do organismo determinado para o efeito pela autoridade competente do país da sua residência.»

8. O artigo 76.º do Regulamento n.º 1408/71, que estabelece regras de prioridade em caso de cumulação de direitos a prestações familiares nos termos da legislação do Estado competente e da legislação do Estado-Membro de residência dos membros da família, estipula:

«1. Sempre que, durante o mesmo período, para o mesmo membro da família e por motivo do exercício de uma actividade profissional estejam previstas prestações familiares na legislação do Estado-Membro em cujo território os membros da família residem, o direito às prestações familiares devidas por força da legislação de outro Estado-Membro, eventualmente em aplicação dos artigos 73.º e 74.º, é suspenso até ao montante previsto pela legislação do primeiro Estado-Membro.

2. Se não for apresentado qualquer pedido de prestações no Estado-Membro em cujo território residem os membros da família, a instituição competente do outro Estado-Membro pode aplicar o disposto no n.º 1, como se as prestações fossem concedidas no primeiro Estado-Membro.»

3. Regulamento n.º 574/72

9. O artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento n.º 574/72, sob a epígrafe «Regras aplicáveis aos trabalhadores assalariados ou não assalariados em casos de cumulação de direitos às prestações familiares ou abonos de família», estipula:

«a) O direito às prestações familiares ou abonos de família devidos nos termos da legislação de um Estado-Membro, segundo a qual a aquisição do direito a tais prestações ou abonos não depende de condições de seguro, emprego, ou actividade não assalariada, fica suspenso quando, no decurso do mesmo período e em relação ao mesmo membro da família, forem devidas prestações, quer por força unicamente da legislação nacional de outro Estado-Membro quer em aplicação dos artigos 73.º, 74.º, 77.º ou 78.º do

Regulamento [n.º 1408/71], até ao limite do montante dessas prestações.

B – *Legislação nacional*

10. O direito ao abono de família na Alemanha é regulado pelo § 62 e pelo § 63 da Lei do imposto sobre o rendimento (Einkommensteuergesetz, a seguir «a EStG»).

b) Todavia, se for exercida uma actividade profissional no território do primeiro Estado-Membro:

11. O § 62.1.1 da EStG dispõe:

«No que respeita aos filhos na acepção do § 63, terão direito ao abono de família ao abrigo da presente lei as pessoas que tiverem a sua residência na Alemanha ou que residirem normalmente neste país.»

i) no caso das prestações devidas, quer por força unicamente da legislação nacional de outro Estado-Membro quer nos termos dos artigos 73.º ou 74.º do Regulamento [n.º 1408/71], pela pessoa que tem direito às prestações familiares ou pela pessoa a quem são concedidas, o direito às prestações familiares devidas, quer por força unicamente da legislação nacional desse outro Estado-Membro quer nos termos destes artigos, fica suspenso até ao limite do montante das prestações familiares previsto pela legislação do Estado-Membro no território do qual reside o membro da família. As prestações pagas pelo Estado-Membro no território do qual reside o membro da família ficam a cargo desse Estado,

12. O § 63.1.1 dispõe:

«São considerados filhos: os filhos na acepção do § 32.1.»

13. O § 32.1 dispõe:

«Filhos são os descendentes em primeiro grau dos contribuintes.»

14. O § 65.1 da EStG estabelece que não é devido o pagamento do abono de família de filhos em relação aos quais esteja ou possa

[...]»

estar previsto o direito a abono de família noutro país, ainda que tal direito dependa da apresentação de um pedido.

17. Por liquidação de 21 de Março de 2006, a Caixa de prestações familiares fixou, a partir de Janeiro de 2006, o abono de família no montante parcial de 44,25 euros por filho, correspondente à diferença entre o abono de família alemão, no montante de 154 euros, e a prestação familiar a que o pai tem direito na Suíça, no montante de 109,75 euros por filho.

III – Matéria de facto, procedimento e questões prejudiciais

15. De acordo com o pedido de decisão prejudicial, G. Schwemmer reside na Alemanha com dois dos seus filhos, nascidos em 1992 e 1995. Em 2005, começou a trabalhar por conta própria como administradora, porteira e empregada de limpeza de prédios. A partir de Maio de 2006, passou a exercer uma actividade profissional menor numa empresa. No período em causa, G. Schwemmer pagou voluntariamente contribuições para o regime de pensões alemão (Deutsche Rentenversicherung, a seguir «DRV»), bem como para o regime de seguro de doença e de assistência a pessoas dependentes da Caixa alemã dos trabalhadores assalariados (Deutsche Angestelltenkrankenkasse, a seguir «DAK»).

16. O pai dos seus filhos, do qual G. Schwemmer está divorciada desde 1997, trabalha na Suíça, mas não apresentou nenhum pedido de pagamento das prestações familiares a que tem direito ao abrigo do direito suíço, no montante de 109,75 euros por filho.

18. A Caixa de prestações familiares considerou que o direito de G. Schwemmer ao abono de família é determinado pelas regras sobre cumulação de prestações estabelecidas no Regulamento n.º 1408/71 e no Regulamento n.º 574/72, argumento que foi considerado procedente pelo tribunal tributário (Finanzgericht) em sede de recurso. Uma vez que G. Schwemmer não exerceu qualquer actividade profissional na acepção do artigo 10.º, n.º 1, alínea b), i), do Regulamento n.º 574/72, o direito a prestações familiares na Suíça prevalece sobre o direito ao abono de família alemão, em conformidade com o artigo 10.º, n.º 1, alínea a) do referido regulamento. Segundo o Finanzgericht e a Caixa de prestação familiares, nos termos do artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71, que é aplicável por analogia, é despiciendo saber se as prestações familiares foram efectivamente reclamadas na Suíça. O poder discricionário concedido ao abrigo daquela disposição tem de ser interpretado no sentido de que apenas em casos excepcionais fundamentados se deve partir do princípio de que não foram concedidas prestações familiares do Estado de emprego, com a consequência de que o Estado de residência terá de efectuar o pagamento integral das prestações.

19. No recurso interposto perante o órgão jurisdicional de reenvio, G. Schwemmer contesta esta opinião, alegando que tem direito ao montante integral do abono de família na Alemanha pelo simples facto de exercer uma actividade profissional naquele país. Segundo G. Schwemmer, os trabalhadores que exercem uma actividade profissional menor devem ser equiparados aos trabalhadores que estão sujeitos a obrigação de seguro. De qualquer forma, o pai dos seus filhos não apresentara deliberadamente qualquer pedido de pagamento de prestações familiares na Suíça, o Estado de emprego competente, com o intuito de a prejudicar. Esta situação não está prevista no artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento n.º 574/72.

20. O órgão jurisdicional de reenvio afirma que, no caso em apreço, o problema do concurso de direitos a prestações familiares deve ser dirimido nos termos do artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 574/72, uma vez que, na sua opinião, G. Schwemmer não exerceu qualquer actividade profissional na Alemanha na acepção do artigo 10.º, n.º 1, alínea b), i), do referido regulamento. Neste aspecto, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que, de acordo com o artigo, 10.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 574/72, o direito ao abono de família no Estado de residência só fica suspenso se forem devidas prestações familiares no Estado de emprego. No caso em apreço, porém, não são devidas prestações familiares no Estado de emprego: na Suíça, a atribuição de prestações familiares está dependente da apresentação de um pedido e o pai das crianças, não obstante ter direito às prestações em causa, não apresentou tal pedido.

21. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas sobre se, no caso em apreço, o artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71 deve ser aplicado por analogia, como alega G. Schwemmer.

22. É nestas circunstâncias que o Bundesfinanzhof decidiu suspender a instância e solicitar ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse, a título prejudicial, sobre as seguintes questões:

«1. A regra prevista no artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71 deve ser aplicada por analogia ao caso, não previsto no artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 574/72, em que o progenitor que tem direito às prestações familiares não apresenta um pedido de pagamento das prestações que lhe são devidas no Estado de emprego?

2. Caso o artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71 seja aplicável por analogia: com base em que considerações discricionárias pode a instituição competente para a atribuição das prestações familiares do Estado de residência aplicar o artigo 10.º n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 574/72 como se tivessem sido concedidas prestações no Estado de emprego? O poder discricionário de presumir a atribuição de prestações familiares no Estado de emprego pode ser limitado quando quem tem direito a pedir as prestações familiares no Estado de emprego não apresenta deliberadamente um pedido de pagamento dessas prestações, com o objectivo de prejudicar o titular do

direito ao abono de família no Estado de residência?»

IV – Análise jurídica

A – *Principais alegações das partes*

23. Apresentaram observações escritas no presente processo o Governo lituano, o Governo austríaco e a Comissão Europeia. G. Schwemmer, o Governo alemão e a Comissão estiveram representados na audiência realizada em 10 de Fevereiro de 2010.

24. De acordo com as alegações apresentadas por G. Schwemmer na audiência, ela deve ser considerada abrangida pelo artigo 1.º do Regulamento n.º 1408/71, não obstante exercer apenas uma actividade profissional menor e não estar abrangida por um seguro obrigatório contra o risco de desemprego, tal como exigido nos termos do ponto I.E do anexo I do referido regulamento. O referido anexo não é relevante neste contexto. Além disso, segundo G. Schwemmer, o artigo 75.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71 é aplicável por analogia a casos como este, em que a pessoa que trabalha em outro Estado-Membro não pediu e não recebeu prestações familiares para o sustento dos membros da família em causa.

25. O Governo alemão observa que, nos termos do § 65 da EStG, não existe qualquer direito a prestações familiares na Alemanha se existir um direito a prestações análogas em outro Estado-Membro. Acresce que, no caso de G. Schwemmer, esse direito também não pode ter por fundamento o Regulamento n.º 1408/71, dado que – nos termos do ponto I.E do anexo I do mesmo – o capítulo 7 do título III do Regulamento n.º 1408/71 não é aplicável. Pelo contrário, o artigo 10.º do Regulamento n.º 574/72 é aplicável, em princípio, à situação de G. Schwemmer se esta exercer uma actividade profissional na acepção do artigo 10.º, n.º 1, alínea b), i), do referido regulamento. Por conseguinte, a Suíça tem competência primária no que respeita ao pagamento de abonos de família.

26. Relativamente ao artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71, o Governo alemão sustenta que esta disposição deve ser aplicada por analogia, de modo que se possa considerar que as prestações em causa foram concedidas na Suíça. O Governo alemão sugere, no entanto, que se deve recorrer ao artigo 75.º, n.º 2 daquele regulamento para resolver situações como esta, em que um dos progenitores se recusa a pedir o pagamento das prestações familiares.

27. O Governo lituano também considera que o artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71 é aplicável às circunstâncias do

caso submetido ao órgão jurisdicional de reenvio, que são reguladas pelo artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 574/72 e que, por conseguinte, o facto de as prestações terem sido ou não pedidas é irrelevante. Alega ainda que a legitimidade desta abordagem se fundamenta no facto de o sistema estabelecido pelo Regulamento n.º 1408/71 e pelo Regulamento n.º 574/72 ter como principal objectivo evitar a cumulação de prestações. Além disso, uma interpretação diferente contrariaria o princípio de que deve existir uma partilha de encargos adequada entre os Estados-Membros no domínio da assistência social [7] e seria difícil de aplicar na prática, dado que ainda existem limitações ao intercâmbio das informações necessárias entre os Estados-Membros.

28. No que respeita à segunda questão, o Governo lituano sustenta que, tendo em conta o poder discricionário que o artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71 parece atribuir aos Estados-Membros, as autoridades competentes têm de decidir, tomando em consideração todas as circunstâncias do caso concreto, se aquela disposição deve ser aplicada e se, consequentemente, se pode presumir que as prestações em causa foram concedidas no outro Estado-Membro.

29. Segundo o Governo austríaco, é impossível, com base nas informações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, considerar que G. Schwemmer é um trabalhador assalariado na acepção do artigo 1.º do Regulamento n.º 1408/71, conjugado com o ponto I.E do anexo I do mesmo, ou que exerce uma actividade profissional na acepção do artigo 10.º, n.º 1, alínea b), i), do Regulamento n.º 574/72.

30. O Governo austríaco alega, no entanto, que, em princípio, o artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71 é aplicável a este caso, dado que esta disposição visa, de um modo geral, evitar uma inversão de competências em prejuízo do Estado-Membro com competência secundária, por força do simples facto de não ter sido deliberadamente apresentado um pedido de pagamento das prestações. Consequentemente, o facto de o ex-cônjuge de G. Schwemmer não ter deliberadamente apresentado o pedido do abono de família com o intuito de a prejudicar é irrelevante.

31. Contudo, uma vez que, tal como admite o Governo austríaco, esta interpretação conduziria a um resultado francamente insatisfatório, seria importante determinar se as regras sobre a cumulação de direitos a prestações são aplicáveis, sem restrições, a pais divorciados ou separados. Seria legítimo argumentar que, no caso submetido ao órgão jurisdicional de reenvio, o Regulamento n.º 1408/71 não é de todo aplicável, uma vez que se tem de considerar que o pai está separado dos filhos e, como tal, já não é um membro da família na

7 — Neste contexto, refere o acórdão de 20 de Setembro de 2001, *Grzelczyk* (C-184/99, Colect., p. I-6193, n.º 44), e o acórdão de 15 de Maio de 2005, *Bidar* (C-209/03, Colect., p. I-2119, n.º 56 e seguintes).

acepção do referido regulamento. Assim sendo, o direito ao abono de família teria de ser analisado unicamente à luz da legislação do Estado-Membro de residência.

32. A Comissão salienta que o artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71 só é aplicável se estiver preenchida a condição prevista no artigo 76.º, n.º 1, desse regulamento, ou seja, apenas se estiverem previstas prestações familiares na legislação do Estado-Membro de residência por motivo do exercício de uma actividade profissional. Uma vez que G. Schwemmer não é um trabalhador assalariado na acepção do ponto I.E do anexo I do Regulamento n.º 1408/71 e, como tal, não está abrangida pelo âmbito de aplicação material deste regulamento, o artigo 76.º, n.º 2 do mesmo não lhe é, em princípio, aplicável.

33. De qualquer forma, segundo a Comissão, não existe qualquer lacuna que justifique a aplicação analógica do artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71. Naquele contexto, a Comissão recorda ainda que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o artigo 76.º do Regulamento n.º 1408/71 não pode fundamentar a suspensão do direito às prestações, caso estas não sejam devidas no Estado-Membro em causa por força do não cumprimento de todas as condições estabelecidas na legislação desse Estado-Membro para a efectiva atribuição das mesmas, tais como a apresentação de um pedido nesse sentido [8]. Embora este princípio tenha sido enunciado em casos em que não tinha sido apresentado qualquer pedido no Estado de residência, deve ser igualmente aplicado no caso de não apresentação do pedido de pagamento das prestações no Estado de emprego.

34. Seguidamente, a Comissão refere que, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 574/72, o direito aos abonos de família só fica suspenso quando forem devidas prestações familiares no Estado de emprego. No seu entender, uma vez que o pai não pediu as prestações familiares a que tem direito na Suíça e que, consequentemente, nem todas as condições aplicáveis ao pagamento dessas prestações estão preenchidas, não lhe são «devidas» quaisquer prestações familiares, na acepção da referida disposição, no Estado de emprego. Por conseguinte, também não pode existir uma cumulação de direitos a prestações.

35. Acresce que, na opinião da Comissão, o artigo 10.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 574/72 não se afigura pertinente, dado que G. Schwemmer não exerce uma actividade profissional na Alemanha.

36. Por último, a Comissão refere que as autoridades alemãs poderiam evitar ter de suportar, sozinhas, os custos dos abonos de família recorrendo ao artigo 75.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71.

8 — Acórdãos de 13 de Novembro de 1984, *Salzano* (C-191/83, Recueil, p. 3741, n.º 10); de 23 de Abril de 1986, *Ferraioli* (C-153/84, Colect., p. 1401, n.º 15); e de 4 de Julho de 1990, *Kracht* (C-117/89, Colect., p. I-2781, n.º 18).

B – *Apreciação*

37. Com as suas questões, que devem ser examinadas em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio procura essencialmente saber se, ao abrigo das regras sobre a cumulação de direitos a prestações estabelecidas no artigo 76.º do Regulamento n.º 1408/71 e no artigo 10.º do Regulamento n.º 574/72, o direito ao abono de família devido nos termos da legislação do Estado-Membro onde um dos progenitores reside com as crianças em causa pode ser (parcialmente) suspenso numa situação em que, tal como acontece no caso submetido ao órgão jurisdicional de reenvio, o ex-cônjuge, o outro progenitor das crianças em causa, teria direito a prestações familiares ao abrigo da legislação do Estado de emprego mas em que, de facto, não recebe essas prestações porque não apresentou deliberadamente um pedido nesse sentido.

38. Importa referir, desde já, que, em primeiro lugar, é indiscutível que o abono de família alemão em causa preenche as condições para ser qualificado de «prestações familiares» na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea h), do Regulamento n.º 1408/71. [9] Por conseguinte, o caso em apreço é abrangido pelo âmbito de aplicação material deste regulamento.

39. Em segundo lugar, no que respeita ao âmbito de aplicação subjectiva do Regulamento n.º 1408/71, não é disputado o facto de que, em qualquer caso, o ex-cônjuge de G. Schwemmer exerce, na Suíça, o seu país de residência, uma actividade como «trabalhador assalariado» na acepção do artigo 1.º, alínea a), daquele regulamento.

40. Assim sendo, neste contexto, não é necessário demonstrar que também G. Schwemmer pode ser considerada um trabalhador assalariado na acepção do artigo 1.º do Regulamento n.º 1408/71, conjugado com o ponto I.E do respectivo anexo I, dado que, nos termos do artigo 2.º deste regulamento e da jurisprudência do Tribunal de Justiça, o Regulamento n.º 1408/71 também abrange, em princípio, a situação dos membros da família ou, como acontece no presente caso, dos ex-cônjuges dos trabalhadores assalariados ou não assalariados [10].

41. Neste aspecto, uma vez que o Regulamento n.º 1408/71 também abrange as situações familiares após o divórcio [11], não procede o argumento – contrariamente ao afirmado pelo Governo austríaco – de que a situação de G. Schwemmer pode ser considerada uma questão puramente interna e totalmente excluída do âmbito de aplicação do referido regulamento com fundamento no facto de o pai

9 — V., neste contexto, acórdão de 20 de Maio de 2008, *Bosmann* (C-352/06, Colect., p. I-3827), que respeita também ao abono de família alemão.

10 — V., neste sentido, entre outros, acórdãos de 3 de Fevereiro de 1983, *Robards* (149/82, Recueil, p. 171, n.º 15); de 5 de Março de 1998, *Kulzer* (C-194/96, Colect., p. I-895, n.º 32); e de 5 de Fevereiro de 2002, *Humer* (C-255/99, Colect., p. I-1205, n.º 42).

11 — V. também, neste sentido, acórdão de 26 de Novembro de 2009, *Slanina* (C-363/08, Colect., p. I-11111, n.º 30).

das crianças em causa estar divorciado de G. Schwemmer e separado dos seus filhos.

42. Por conseguinte, importa salientar que o âmbito de aplicação material e subjectiva do Regulamento n.º 1408/71 abrange situações como a de G. Schwemmer, que passarei agora a analisar à luz das disposições pertinentes do Regulamento n.º 1408/71 e do Regulamento n.º 574/72.

43. No que respeita às prestações familiares, o artigo 73.º do Regulamento n.º 1408/71 estabelece que o trabalhador assalariado ou não assalariado sujeito à legislação do Estado-Membro A tem direito, para os membros da sua família que residam no Estado-Membro B, às prestações familiares previstas pela legislação do primeiro Estado, como se residissem no território deste. O objectivo específico desta disposição consiste em garantir aos membros da família que residem num Estado-Membro diferente do Estado-Membro A a concessão das prestações familiares previstas pela legislação aplicável [12].

44. Consequentemente, tal como afirmou o órgão jurisdicional de reenvio e nunca foi contestado no recurso instaurado perante o mesmo, o direito a prestações familiares para os filhos de G. Schwemmer resulta em princípio, nos termos do artigo 73.º do Regulamento n.º 1408/71, da legislação da Suíça, o Estado de emprego do seu ex-cônjuge.

45. Por outro lado, é de salientar que, na Alemanha, onde reside com os seus dois filhos, G. Schwemmer tem direito ao abono de família alemão para os seus filhos, uma vez que, nos termos da legislação alemã, as prestações são devidas pelo facto de tanto o progenitor como as crianças em causa residirem na Alemanha [13].

46. Assim, tendo em conta que tanto a legislação do Estado de residência de G. Schwemmer como a legislação do Estado de emprego e residência do seu ex-cônjuge prevêem o direito ao abono de família, o litígio deve ser analisado à luz das regras sobre cumulação de direitos, estabelecidas no artigo 76.º do Regulamento n.º 1408/71 e no artigo 10.º do Regulamento n.º 574/72.

12 — Acórdãos de 10 de Outubro de 1996, *Hoever e Zachow* (C-245/94 e C-312/94, Colect., p. I-4895, n.º 32), e acórdão *Humer*, referido na nota 10, n.º 39.

13 — Na minha opinião, ao contrário do que alegou o Governo alemão na audiência, não é relevante, neste contexto, que o § 65 da EStG exclua o direito ao abono de família na Alemanha se for devida uma prestação análoga noutro Estado-Membro. Esta disposição destina-se manifestamente a resolver conflitos de competência ou, mais concretamente, a evitar a cumulação de direitos a prestações familiares. Como tal, é a disposição de direito interno que corresponde ao Regulamento n.º 1408/71 e ao Regulamento n.º 574/72 e – dada a primazia do direito comunitário – tem de ser interpretada e aplicada em conformidade com estes regulamentos. Aceitar o argumento avançado pelo Governo alemão e tomar em consideração o § 65 da EStG a fim de determinar se G. Schwemmer tem, em princípio, direito ao abono de família ao abrigo da legislação alemã seria, de certa forma, inverter a relação entre os referidos regulamentos e o direito nacional.

47. A este propósito, importa referir, em primeiro lugar, que o artigo 76.º do Regulamento n.º 1408/71 visa resolver casos em que, pelo facto de o membro da família exercer uma actividade profissional, o direito a prestações familiares previsto no artigo 73.º daquele regulamento concorre com o direito previsto na legislação do Estado-Membro de residência do membro da família [14].

48. No entanto, uma vez que a única condição de atribuição do abono de família alemão em causa é a residência na Alemanha e que não depende do exercício de uma actividade profissional, o artigo 76.º do Regulamento n.º 1408/71 não é relevante no caso em apreço.

49. Pelo contrário, o artigo 10.º do Regulamento n.º 574/72 diz respeito aos casos em que existe o risco de cumulação do direito a prestações familiares ao abrigo do artigo 73.º do Regulamento n.º 1408/71 e do direito a prestações familiares ao abrigo da legislação nacional do Estado de residência, cuja concessão não depende do exercício de uma actividade profissional [15].

50. Deste modo, afigura-se que, para efeitos do presente caso, a disposição pertinente em matéria de cumulação de direitos é o artigo 10.º do Regulamento n.º 574/72.

51. O artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 574/72 estabelece, em especial, que quando são devidas prestações familiares no Estado de residência independentemente de condições de seguro ou emprego, esse direito fica suspenso sempre que sejam devidas prestações nos termos do artigo 73.º do Regulamento n.º 1408/71.

52. Consequentemente, de acordo com aquela disposição, os abonos devidos pelo Estado de emprego têm primazia sobre os abonos devidos pelo Estado de residência, que ficam, deste modo, suspensos [16].

53. No entanto, quando a pessoa que tem direito às prestações familiares em causa ou a pessoa a quem são concedidas também exerce uma actividade profissional no Estado-Membro de residência, o artigo 10.º, n.º 1, alínea b), i), do Regulamento n.º 574/72 inverte a ordem de prioridade a favor da competência desse Estado-Membro, na medida em que prevê a suspensão do direito a prestações no Estado

14 — V. acórdão de 7 de Junho de 2005, *Dodl e Oberhollenzer* (C-543/03, Colect., p. I-5049, n.º 53), e acórdão *Slanina*, referido na nota 11, n.º 36.

15 — V. acórdão *Dodl e Oberhollenzer*, referido na nota 14, n.º 54.

16 — V., entre outros, acórdão de 9 de Dezembro de 1992, *McMenamin* (C-119/91, Colect., p. I-6393, n.º 17).

de emprego nos termos do artigo 73.º do Regulamento n.º 1408/71 [17].

54. Daqui decorre que, tal como alegado por G. Schwemmer no recurso instaurado perante o órgão jurisdicional de reenvio, caso fosse demonstrado que esta exercia uma actividade profissional, na acepção do artigo 10.º, n.º 1, alínea b), i), do Regulamento n.º 574/72, na Alemanha, o Estado de residência, teria, em qualquer caso, direito ao montante integral do abono de família alemão.

55. Porém, de acordo com as conclusões do órgão jurisdicional de reenvio, não é esse o caso, sobretudo porque G. Schwemmer não pode ser considerada um trabalhador «assalariado» ou «não assalariado» na acepção do artigo 1.º do Regulamento n.º 1408/71, conjugado com o ponto I.E do anexo I do mesmo, dado que não estava abrangida por um seguro obrigatório e, como tal, não cumpre um dos requisitos estabelecidos neste anexo em relação à Alemanha.

56. A este propósito, na audiência perante o Tribunal de Justiça, foi suscitada a questão de saber se, contrariamente ao que o órgão jurisdicional de reenvio parece ter assumido, se poderia considerar que G. Schwemmer – tendo em conta que trabalhou por conta própria como administradora, porteira e empregada de limpeza de prédios em 2005 e exerceu uma actividade profissional menor a partir de 2006 – exercia uma actividade profissional na acepção do artigo 10.º, n.º 1, alínea b), i), do Regulamento n.º 574/72, rejeitando simultaneamente a sua qualificação como trabalhador «assalariado» ou «não assalariado» na acepção do artigo 1.º do Regulamento n.º 1408/71, conjugado com o ponto I.E do anexo I do mesmo.

57. Na minha opinião, porém, o Tribunal de Justiça não pode resolver a questão suscitada pelo presente processo meramente com base naquela hipótese. Mesmo que o órgão jurisdicional de reenvio revisse a sua interpretação do conceito de «actividade profissional» na acepção do artigo 10.º, n.º 1, alínea b), i), do Regulamento n.º 574/72, seria ainda necessário determinar se aquelas condições se encontram efectivamente preenchidas no caso de G. Schwemmer. Além disso, tendo em conta a resposta que, na minha opinião, deve ser dada às questões prejudiciais, não me parece necessário analisar essa questão [18].

58. Partindo assim do pressuposto de que G. Schwemmer não exercia qualquer actividade profissional na acepção do artigo 10.º, n.º 1, alínea b), i), do Regulamento n.º 574/72, importa determinar se, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, alínea a) do referido regulamento, o direito ao abono de família devido no

17 — V., entre outros, acórdão *McMenamin*, referido na nota 16, n.º 17, e o acórdão *Bosmann*, referido na nota 9, n.º 22.

18 — V. n.º 65 *infra*.

Estado de residência deve ser suspenso nas circunstâncias concretas do caso submetido ao órgão jurisdicional de reenvio, em que o ex-cônjuge tem direito, nos termos do artigo 73.º do Regulamento n.º 1408/71, a prestações familiares análogas, mas estas não foram efectivamente pagas porque não foram requeridas.

59. Neste contexto, importa referir que, nos acórdãos *Salzano* [19], *Ferraioli* [20] e *Kracht* [21], o Tribunal de Justiça teve já a oportunidade de apreciar o caso inverso, ou seja, a questão de saber se os abonos devidos no Estado de emprego nos termos do artigo 73.º do Regulamento n.º 1408/71 devem ser suspensos no caso de os correspondentes abonos devidos no Estado de residência não terem sido pedidos e, como tal, não terem sido efectivamente pagos. O Tribunal de Justiça considerou que não há lugar à suspensão dos abonos no Estado-Membro competente – nos casos supramencionados, o Estado de emprego – se estes não tiverem sido pagos no outro Estado-Membro em causa com fundamento no não preenchimento de todas as condições estabelecidas na legislação desse Estado-Membro para a efectiva atribuição desses abonos, incluindo a apresentação de um pedido nesse sentido [22].

60. Assim, naqueles casos, o Tribunal aplicou o princípio segundo o qual os direitos previstos no artigo 73.º do Regulamento n.º 1408/71 só devem ser suspensos se os abonos forem efectivamente pagos no Estado de residência [23]. Embora esta abordagem tenha sido adoptada no contexto da cumulação de prestações abrangidas pelo artigo 76.º do Regulamento n.º 1408/71, não há, em minha opinião, razão para a não aplicar também aqui, numa situação regulada pelo artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 574/72, em que existe o direito aos abonos no Estado de emprego, mas em que esses abonos não foram efectivamente pagos porque não foram requeridos.

61. É verdade que, após a data dos factos dos processos supramencionados, o artigo 76.º do Regulamento n.º 1408/71 foi alterado, tendo sido aditado um n.º 2 no sentido de que o Estado-Membro de emprego pode suspender o direito às prestações familiares se não for apresentado um pedido de prestações no Estado-Membro de residência e, consequentemente, não for efectuado qualquer pagamento nesse Estado-Membro.

19 — Referido na nota 8.

20 — Referido na nota 8.

21 — Referido na nota 8.

22 — V., neste sentido, acórdão *Salzano*, referido na nota 8; acórdão *Ferraioli*, referido na nota 8, n.º 14; e acórdão *Kracht*, referido na nota 8, n.ºs 11 e 18.

23 — V. também acórdão *McMenamin*, referido na nota 16, n.º 26.

62. Porém, não foi aprovada uma regra semelhante no caso do artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 574/72. Neste contexto, importa referir que, no acórdão *Kracht*, o Tribunal de Justiça se recusou a reconsiderar a jurisprudência supramencionada à luz da nova redacção do artigo 76.º do Regulamento n.º 1408/71, não obstante o novo n.º 2 ter sido já aprovado (embora ainda não fosse aplicável). O Tribunal considerou, nomeadamente, que a sua anterior interpretação do artigo 76.º daquele regulamente era consentânea com o objectivo da livre circulação de trabalhadores estabelecido no Tratado [24]. Além disso, naquele contexto, o Tribunal considerou improcedentes argumentos semelhantes aos apresentados no presente caso, segundo os quais seria de excluir a possibilidade de escolha por parte das pessoas com direito à prestação, ou a alteração da repartição dos encargos financeiros entre os Estados-Membros interessados [25].

63. Em circunstâncias, como aquelas, não parece legítimo aplicar a regra estabelecida no artigo 76.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71 por analogia com o artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 574/72, a disposição que está aqui em causa [26].

64. Por último, a interpretação no sentido de que, em circunstâncias como estas, o direito a prestações no Estado-Membro de residência não seria suspenso está em conformidade com a jurisprudência assente, segundo a qual a aplicação de uma regra cujo objectivo consiste em evitar a cumulação de abonos de família – como o artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 574/72 – não deve ter como consequência privar injustificadamente os interessados de um direito a prestações que lhes é conferido pela legislação de um Estado-Membro [27].

65. Das considerações precedentes decorre que a resposta às questões submetidas pelo tribunal nacional deve ser a de que o artigo 76.º do Regulamento n.º 1408/71 e o artigo 10.º do Regulamento n.º 574/72 devem ser interpretados no sentido de que o direito ao abono de família devido ao abrigo da legislação do Estado-Membro onde um dos progenitores reside com as crianças em causa não fica suspenso numa situação em que, tal como acontece no caso submetido ao órgão jurisdicional de referência, o ex-cônjuge, o outro progenitor, teria direito, nos termos do artigo 73.º do Regulamento n.º 1408/71, a prestações familiares ao abrigo da legislação do Estado de emprego, mas em que, de facto, não recebe essas prestações porque não as requereu.

24 — V. acórdão *Kracht*, referido na nota 8, n.ºs 12 a 14.

25 — V. acórdão *Kracht*, referido na nota 8, n.ºs 12 e 13.

26 — Da mesma forma, estou convicto de que o artigo 75.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1408/71, que diz respeito a uma situação em que as prestações familiares «não são destinadas» ao sustento dos membros da família pela pessoa que não tem efectivamente a cargo esses membros da família, pode ser aplicado por analogia a situações idênticas à do presente caso, em que as prestações familiares em causa não foram requeridas e, como tal, não foram recebidas.

27 — V., neste sentido, em especial, acórdão de 19 de Fevereiro de 1981, *Beeck* (104/80, Recueil, p. 503, n.º 12).

V – Conclusão

66. Pelos motivos acima exposto, proponho que o Tribunal de Justiça responda do seguinte modo às questões submetidas pelo Bundesfinanzhof:

«O artigo 76.º do 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, e pelo artigo 10.º do Regulamento (CE) n.º 574/72 do Conselho, de 21 de Março de 1972, que estabelece as modalidades de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 1408/71, conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 647/2005, deve ser interpretado no sentido de que o direito ao abono de família devido ao abrigo da legislação do Estado-Membro onde um dos progenitores reside com as crianças em causa não fica suspenso numa situação em que, tal como acontece no caso submetido ao órgão jurisdicional de referência, o ex-cônjuge, o outro progenitor, teria direito, nos termos do artigo 73.º do Regulamento n.º 1408/71, a prestações familiares ao abrigo da legislação do Estado de emprego, mas em que, de facto, não recebe essas prestações porque não as requereu.»