CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 11 de Julho de 1996 *

1. Para resolver o incidente sobre o reconhecimento à B. Züchner do direito ao benefício da assistência judiciária que lhe foi submetido, o Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (Alemanha) pede ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.° do Tratado CE, que se pronuncie, a título prejudicial, sobre a interpretação da Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social [1]).

2. Conforme resulta dos documentos constantes do processo, J. Züchner, que exercia uma actividade comercial por conta própria, sofreu um acidente em 1972, em consequência do qual ficou incapacitado de se valer a si próprio num grau qualificado de paraplegia. A assistência de que necessitou a partir de então no seu domicílio foi prestada pelo seu cônjuge que, segundo afirma, adquiriu uma formação especial para o efeito. Não consta do processo que no momento em que começou a ocupar-se do seu marido que B. Züchner exercesse qualquer actividade económica, nem que a tivesse exercido anteriormente, nem que se encontrava à procura de emprego.

3. De acordo com a legislação alemã, as prestações de assistência ao domicílio (häusliche krankenpflege) a que um doente pode ter direito são de três tipos [2]:

— a assistência terapêutica (Behandlungspflege), caracterizada pela sua componente médica, que consiste na administração de medicamentos, de injecções, verificação da temperatura, aplicação de curativos, etc.,

— o auxílio pessoal para as necessidades básicas (Grundpflege), que abrange prestações tais como as guardas de dia e de noite, a ajuda ao doente para fazer a sua higiene, para lhe dar de comer, para o sentar ou deitar, etc.,

— a ajuda doméstica (hauswirtschaftliche Versorgung), que consiste em lavar a roupa do doente, fazer as compras necessárias, limpar a casa, etc.

* Língua original: espanhol.

1 — JO 1979, L 6, p. 24; EE 05 F2, p. 174.

2 — V., em especial, os artigos 37.°, 38.° e 55.° a 57.° do Sozialgesetzbuch V.

Concretamente, o artigo 37.° do livro V do Sozialgesetzbuch (código da segurança social, a seguir «SGB V») dispõe:

1) Para além da assistência médica (ärztliche Behandlung), os segurados receberão em sua casa, ou na da sua família, prestações ao domicílio em caso de doença, a cargo de pessoal com qualificação adequada para a assistência a doentes, quando o tratamento hospitalar seja indicado mas não seja possível efectuá-lo, ou quando mediante essas prestações ao domicílio se consiga evitá-lo ou reduzir a sua duração. As prestações de assistência ao domicílio em caso de doença abrangem o auxílio pessoal para as necessidades básicas e a assistência terapêutica exigida para cada caso, bem como a ajuda doméstica. O direito às prestações tem uma duração máxima de quatro semanas por cada período de doença. Em casos excepcionais, quando tal se justifique, a entidade gestora poderá conceder as prestações ao domicílio com uma duração superior, desde que o serviço médico tenha comprovado que é necessário fazê-lo pelas razões indicadas no primeiro parágrafo da presente disposição.

2) Os segurados receberão em sua casa ou na da sua família assistência terapêutica, como prestação ao domicílio, em caso de doença, quando seja necessária para garantir os objectivos do tratamento médico. Os estatutos poderão estabelecer que, juntamente com a assistência terapêutica a que se refere o primeiro parágrafo da presente disposição, a entidade gestora também conceda a título de prestação ao domicílio em caso de doença, auxílio pessoal para as necessidades básicas e ajuda doméstica. Neste caso, os estatutos poderão determinar a duração e o alcance do auxílio para as necessidades básicas previsto no segundo parágrafo da presente disposição. As prestações a que se referem os segundo e terceiro parágrafos da presente disposição não serão concedidas a partir do momento em que se inicie a necessidade da assistência regulada no livro XI do SGB.

3) Só há direito a prestações ao domicílio em caso de doença quando haja uma pessoa que viva em casa do doente que possa prestar-lhe a assistência e o auxílio de que necessita.

4) Se, para efectuar as prestações ao domicílio em caso de doença, a entidade gestora não puder utilizar os serviços de pessoal remunerado ou exista alguma razão para não o fazer, tem que reembolsar o segurado, na quantia adequada, das despesas feitas com o pessoal que ele mesmo contrate.

4. Em 14 de Março de 1985, a Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) de Bremen (a seguir «HKK»), entidade gestora opcional do seguro de doença em que está inscrito J. Züchner, comprometeu-se por escrito em tomar a cargo directamente a assistência terapêutica ao domicílio ou, não sendo possível, a reembolsar um máximo de 80 DM diários se contratasse a prestação dessa assistência. O processo instaurado por J. Züchner no Sozialgericht München contra a HKK, na sequência das divergências surgidas entre eles, relativas ao direito ao reembolso, acabou numa transacção judicial em que a recorrida pagou ao recorrente uma determinada quantia a título de despesas por assistência terapêutica ao domicílio até 23 de Fevereiro de 1987 e se comprometeu, de futuro, a

reembolsar J. Züchner as quantias pagas pela referida assistência contra apresentação de recibos ou de documentos justificativos de valor probatório equivalente.

5. A partir de 1 de Janeiro de 1991 e até 31 de Março de 1995, J. Züchner recebeu da entidade gestora, a seu pedido, uma prestação em dinheiro de 400 DM mensais a título de assistência ao domicílio. Com efeito, de acordo com o disposto no artigo 57.° do SGB V,

1) A pedido dos segurados que necessitam de assistência especial (schwerpflegebedürftigte Versicherte), a entidade gestora do seguro de doença, em lugar de prestar a assistência ao domicílio, poderá conceder-lhes 400 DM mensais quando a pessoa que necessita da assistência possa obter essa prestação de uma pessoa que a realize de forma adequada e em medida suficiente.

2) A prestação em dinheiro (Geldleistung) prevista no n.° 1 só será concedida quando, mesmo que exerça uma actividade profissional, a pessoa que presta a assistência esteja em condições de dar uma atenção suficiente.

...

6. Em 1 de Abril de 1995 entrou em vigor a lei relativa ao seguro de assistência em caso de necessidade de assistência especial (Pflegeversicherungsgesetz) integrada no livro XI do Sozialgesetzbuch (a seguir «SGB XI»). Esta nova regulamentação dispõe, na parte que aqui interessa:

Artigo 14.° Noção de necessidade de assistência especial (Pflegebedürfigkeit)

1) Para os efeitos deste livro, consideram-se necessitados de assistência especial aqueles que, devido a uma doença ou incapacidade física ou mental, precisem de modo duradouro, por um período previsivelmente não inferior a seis meses, de ajuda considerável para as operações normais e repetitivas destinadas a satisfazer as suas necessidades na vida diária.

...

Artigo 19.° Conceito de pessoas que prestam a assistência (Pflegepersonen)

Para os efeitos do presente livro, as pessoas que prestam a assistência são aquelas que, com carácter não profissional, prestam assistência a uma pessoa necessitada de assistência

especial, na acepção do artigo 14.°, no domicílio desta, durante catorze horas semanais, no mínimo.

3) O direito à prestação de assistência ao domicílio abrange mensalmente:

...

Artigo 36.° Prestação de assistência em espécie

3. Para as pessoas necessitadas de assistência da categoria III, prestações de valor global não superior a 2 800 DM.

1) As pessoas necessitadas de assistência especial, que sejam tratadas na sua casa ou na casa que as acolhem, receberão, como prestação em espécie, a assistência ao domicílio (häusliche Pflegehilfe) que consiste em auxílio pessoal para as necessidades básicas e a ajuda doméstica. A prestação de assistência ao domicílio será efectuada por pessoal de assistência ao serviço quer da entidade gestora, quer de instituições de cuidados ambulatórios com as quais a entidade gestora tenha celebrado um contrato para a prestação de assistência (Versorgungsvertrag). A prestação de assistência ao domicílio também poderá ser efectuada como prestação em espécie por particulares que tenham celebrado com a entidade gestora um contrato do tipo previsto no n.° 1 do artigo 77.°

...

Artigo 37.° Subsídio (Pflegegeld) por assistência que o próprio segurado contrate.

1) As pessoas que necessitam de assistência especial podem pedir, em lugar da prestação de assistência ao domicílio, um subsídio de assistência. Requisito para aceder ao referido subsídio é que a pessoa que necessita de assistência especial, aplicando o subsídio e proporcionalmente ao seu montante, por intermédio de uma pessoa que a cuide de forma adequada (Pflegeperson), contrate a prestação do auxílio pessoal e da ajuda doméstica necessários. O subsídio de assistência será do seguinte montante mensal:

2) O auxílio pessoal para as necessidades básicas e a ajuda doméstica abrangem a ajuda na realização das tarefas mencionadas no artigo 14.°

...

3. Para as pessoas que necessitam de assistência da categoria III, 1 300 DM.

...

7. Resulta da legislação citada em matéria de assistência em caso de necessidade de assistência especial que o subsídio de assistência, cuja quantia em dinheiro consta do artigo 37.° do SGB XI, é pago pela entidade gestora à pessoa necessitada, ainda que seja um membro da sua família que se encarrega de a prestar, enquanto as quantias mais elevadas, previstas no artigo 36.° do SGB XI correspondem ao montante máximo que a entidade gestora está obrigada a satisfazer, a título de prestação de assistência em espécie quando essa assistência seja prestada, quer por pessoal ao seu serviço ou de outra instituição com quem tenha celebrado um acordo para esse efeito, quer por particulares com os quais a entidade gestora tenha celebrado um contrato.

Segundo afirma a recorrente, é ela quem se ocupa do seu marido. Por conseguinte, parece legítimo pensar que, por aplicação da referida legislação, J. Züchner tem direito a receber, a cargo da entidade gestora, o subsídio de assistência — cuja quantia corresponde, provavelmente, à categoria III — previsto no artigo 37.° do SGB XI e que, ao contrário, não pode ter direito a receber os montantes mais elevados previstos no artigo 36.° para a prestação de assistência em espécie, já que estes montantes são pagos pela entidade gestora, a título de retribuição, às pessoas com quem tenha celebrado um contrato para a prestação de assistência ao domicílio aos seus segurados, e não ao segurado.

8. Em Julho de 1993, J. Züchner solicitou à HKK que o reembolsasse, com efeitos retroactivos em relação ao período de 1 de Março de 1985 a 31 de Julho de 1993, do custo das prestações ao domicílio realizadas pela sua mulher. Em 6 de Agosto desse mesmo ano, a HKK indeferiu o pedido, alegando, em primeiro lugar, que tudo aquilo a que tinha direito até 23 de Fevereiro de 1987 já tinha sido liquidado em cumprimento da transacção que efectuara perante o Sozialgericht; em segundo lugar, visto que as prestações tinham sido realizadas pela sua mulher, o direito nacional impedia que o seu custo fosse reembolsado, uma vez que o direito a prestações ao domicílio em caso de doença só existe quando o doente não pode ser tomado a cargo, na medida necessária, por uma pessoa que viva sob o mesmo tecto e, por último, que o direito às prestações sociais prescreve ao fim de quatro anos. A HKK referiu, além disso, que J. Züchner recebia, desde Janeiro de 1991, uma prestação em dinheiro de 400 DM mensais, de acordo com o disposto no artigo 57.° do SGB V. Não consta dos autos se J. Züchner recorreu dessa decisão de indeferimento.

9. Em 10 de Agosto de 1993, ou seja, imediatamente depois de a HKK recusar a J. Züchner, com efeitos retroactivos, o direito ao reembolso das despesas correspondentes às prestações ao domicílio que recebeu da sua mulher, esta pediu a assistência judiciária no Landgericht de Bremen para propor uma acção de indemnização por perdas e danos contra a HKK de quem reclama, para além do pagamento das referidas prestações

durante o período indicado, os juros, lucros cessantes e uma compensação num total de 419 390 DM. Este pedido foi julgado improcedente por decisão de 20 de Janeiro de 1994.

10. B. Züchner recorreu dessa decisão para o Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, com base na Directiva 79/7, alegando que existe discriminação pelo facto de, na prática, só as mulheres casadas poderem encontrar-se numa situação como a sua. Foi negado provimento a este recurso, considerando o órgão jurisdicional que a acção que a requerente pretendia propor não oferecia suficientes probabilidades de êxito.

11. Posteriormente, B. Züchner apresentou uma reclamação ao mesmo órgão jurisdicional, o qual revogou a sua anterior decisão por despacho de 2 de Março de 1995 e, considerando que a decisão a adoptar relativa à assistência judiciária depende da interpretação a dar a algumas disposições do direito comunitário, decidiu, antes de tomar nova decisão, colocar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A recorrente, enquanto esposa dum segurado que necessita de assistência, está incluída na população activa na acepção do artigo 2.° da directiva?

2) A requerente, apesar da redacção neutra do artigo 37.°, n.° 3, do SGB V no que respeita aos sexos, é discriminada como mulher através desta disposição legal, na acepção da directiva?

3) A requerente, não sendo segurada da requerida, tem um direito directo ou este direito só assiste ao seu marido, na qualidade de segurado?

4) A requerida tem uma responsabilidade própria enquanto organismo do Estado (Ersatzkasse), ou quem responde em vez dela?

5) Existe nos termos do direito comunitário o direito de invocar a responsabilidade da administração independentemente da culpa ou essa invocação de responsabilidade resulta apenas do artigo 839.° do BGB, em conjugação com o artigo 34.° da GG?»

A legislação comunitária

12. O âmbito de aplicação pessoal da Directiva 79/7 é definido no seu artigo 2.°, de acordo com o qual,

«A presente directiva aplica-se à população activa, incluindo os trabalhadores independentes, os trabalhadores cuja actividade seja interrompida por doença, acidente ou desemprego involuntário e às pessoas à procura de emprego, bem como aos trabalhadores reformados e aos trabalhadores inválidos.»

O seu âmbito de aplicação material está delimitado no artigo 3.°, que dispõe:

«1. A presente directiva aplica-se

a) Aos regimes legais que assegurem uma protecção contra os seguintes riscos:

— doença,

— invalidez,

— velhice,

— acidente de trabalho e doença profissional,

— desemprego;

b) As disposições relativas à assistência social, na medida em que se destinem a completar os regimes referidos na alínea a) ou a substituí-los.

2. A presente directiva não se aplica às disposições relativas às prestações de sobreviventes, nem às respeitantes às prestações familiares, excepto se se tratar de prestações familiares concedidas a título de acréscimos às prestações devidas em razão dos riscos previstos na alínea a) do n.° 1.

3. ...»

De acordo com o artigo 4.° da Directiva 79/7,

«1. O princípio da igualdade de tratamento implica a ausência de qualquer discriminação

em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente por referência, nomeadamente, ao estado civil ou familiar especialmente no que respeita:

— ao âmbito de aplicação dos regimes e às condições de acesso aos regimes,

— à obrigação de pagar as cotizações e ao cálculo destas,

— ao cálculo das prestações, incluindo os acréscimos devidos na qualidade de cônjuge e por pessoa a cargo e as condições de duração e de manutenção do direito às prestações.

2. O princípio da igualdade de tratamento não prejudica as disposições relativas à protecção da mulher em razão da maternidade.»

13. Apresentaram observações neste processo prejudicial, a recorrente do pedido de assistência judiciária, B. Züchner, representada e defendida pelo seu marido, a recorrida, bem como os Governos alemão e do Reino Unido e a Comissão.

14. A recorrente sublinhou que é a primeira vez que o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se a título prejudicial no âmbito de um incidente sobre o reconhecimento de assistência judiciária, visto que esse benefício é negado sistematicamente quando se propõe uma acção de indemnização por prejuízos causados por violação do direito comunitário por um Estado-Membro ou um dos seus organismos.

Quanto à competência do Tribunal de Justiça para responder às questões

15. Creio que esta é a primeira vez que o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se a título prejudicial no âmbito de um incidente sobre reconhecimento do direito de assistência judiciária a um dos litigantes no tribunal nacional. O Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen é, sem qualquer dúvida, um órgão jusrisdicional para os efeitos do artigo 177.° do Tratado. Todavia, pergunto-me, apesar de nenhuma das partes que apresentaram observações neste processo ter suscitado a questão, se o órgão jurisdicional no âmbito desse incidente sobre reconhecimento do direito de assistência judiciária pode suscitar uma questão prejudicial.

Como se referiu anteriormente, as questões prejudiciais foram apresentadas para resolver uma reclamação da decisão que negou provimento ao recurso de um pedido de assistência judiciária prévio à apresentação do pedido principal.

Tendo em conta que a concessão desta assistência depende de o pedido ter, à partida, suficientes probabilidades de êxito; que uma decisão da segunda instância que recusasse o benefício já não seria recorrível e que o juiz competente para decidir sobre o incidente considerou necessário apresentar estas questões sobre a interpretação da directiva, considero que o Tribunal de Justiça deve dar-lhes resposta.

Com efeito, segundo jurisprudência constante, no âmbito da cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais estabelecida pelo artigo 177.° do Tratado, é da competência exclusiva destes, que são chamados a conhecer do litígio e aos quais cabe a responsabilidade pela decisão a proferir, apreciar, tendo em conta as particularidades de cada caso, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poderem proferir a decisão como a pertinência das questões submetidas ao Tribunal de Justiça [3].

3 — Acórdãos de 28 de Março de 1996, Ruiz Bernáldez (C-129/94, Colect., p. I-1829, n.° 7); de 30 de Novembro de 1995, Esso Española (C-134/94, Colect. p. I-4223, n.° 9), e de 5 de Outubro de 1995, Aprile (C-125/94, Colect., p. I-2919, n.° 16).

Quanto à primeira questão prejudicial

16. O órgão jurisdicional nacional entende que a recorrente não é abrangida pelo conceito de «população activa» na acepção do artigo 2.° da directiva, mas admite como possível uma interpretação extensiva pelo facto de realizar prestações de assistência que ultrapassam a assistência normalmente concedida no âmbito do casamento. Todavia, não se considera competente para fazer essa interpretação extensiva, entendendo que essa responsabilidade cabe ao Tribunal de Justiça.

17. A recorrente entende que a primeira pergunta do juiz nacional deve receber uma resposta afirmativa por várias razões: embora não tenha tido que renunciar a uma actividade profissional para tratar do seu marido, a verdade é que não pôde exercer nenhuma e não deveria existir diferença entre o facto de deixar uma actividade para tratar de uma pessoa inválida e o de não poder iniciar uma actividade profissional pelo facto da importância e a intensidade das prestações que essa pessoa necessita o impedirem; num caso como no outro, os cuidados a prestar ao inválido impossibilitam o exercício de uma actividade profissional e, por esse motivo, a pessoa que dele trata deve considerar-se abrangida no conceito de população activa. A este respeito, cita o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Drake [4], no qual se afirma que a pessoa que presta assistência a um inválido e que por essa razão tenha

4 — Acórdão de 24 de Junho de 1986 (150/85, Colect., p. 1995).

deixado uma actividade profissional deve considerar-se abrangida pelo conceito de população activa na acepção da Directiva 79/7. Acrescenta, por último, que, no caso de não ser considerada abrangida no conceito de população activa, na acepção do artigo 2.°, poderia invocar a Directiva 79/7 visto que o seu cônjuge teve que renunciar à sua actividade profissional por invalidez.

18. Nas suas observações, a recorrida limita-se a propor que o Tribunal de Justiça se digne responder à primeira pergunta do juiz nacional no sentido de que a recorrente não está abrangida pelo conceito de «população activa» na acepção do artigo 2.° da Directiva 79/7. É uma dona de casa que não exerce qualquer actividade profissional remunerada, só podendo considerar-se como tal a actividade que tenha como finalidade a obtenção de rendimentos para assegurar a subsistência, o que não se verifica no caso dos autos. A recorrente presta serviços que, como mulher (casada), está obrigada a prestar, quer por imperativo legal, quer por razões morais. Admite que é possível que a recorrente, no âmbito da sua vida conjugal, deva executar tarefas a que outros não estão obrigados, mas que são consequência da incapacidade do seu companheiro.

19. O Governo alemão propõe que se dê uma resposta negativa à primeira pergunta do juiz nacional, baseando-se no acórdão Drake do Tribunal de Justiça [5], nos termos do qual uma pessoa cujo trabalho foi interrompido devido a um dos riscos referidos no artigo 3.°, faz parte da população activa para os efeitos do artigo 2.° da Directiva 79/7. Segundo o Governo alemão, exige-se, em qualquer caso, como condição o exercício de uma actividade profissional anterior que se interrompe e não basta o simples facto de se ocupar de um familiar inválido.

20. O Governo do Reino Unido expressa sérias dúvidas quanto à admissibilidade das questões prejudiciais. A este respeito, alega, por um lado, que as questões não são necessárias para resolver o litígio que foi submetido ao órgão jurisdicional nacional e, por outro lado, que o despacho de reenvio não contém os dados suficientes que permitam aos Estados-Membros e às instituições apresentarem observações úteis.

Em primeiro lugar, as questões sobre as quais o Tribunal de Justiça deve pronunciar-se referem-se à interpretação da Directiva 79/7 relativamente à realização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social. Todavia, o juiz nacional indica no despacho de reenvio que não existe uma discriminação directa no caso concreto e que, se a disposição interna controvertida afecta um número consideravelmente mais elevado de mulheres do que homens, é justificada por factores objectivos que nada têm que ver com uma discriminação. De acordo com a

5 — *Ibidem.*

jurisprudência do Tribunal de Justiça [6], cabe ao órgão jurisdicional nacional, único competente para apreciar os factos e interpretar a legislação interna, determinar se uma disposição aplicável independentemente do sexo do trabalhador, mas que afecta de facto um número mais elevado de mulheres do que homens, é justificada por razões objectivas e alheias a qualquer discriminação. Como, no caso dos autos, o próprio juiz nacional declara que uma disposição que pode ter efeitos discriminatórios está objectivamente justificada, não há que pedir a interpretação da Directiva 79/7.

Em segundo lugar, o Governo do Reino Unido refere que se revela especialmente difícil apresentar observações neste processo, tendo em conta as deficiências do despacho de reenvio. Todavia, se o Tribunal de Justiça considerar admissíveis as questões, propõe, na falta de mais informação sobre os factos, que se proceda ao seu exame com base em hipóteses alternativas: se B. Züchner estivesse a trabalhar ou estivesse à procura de emprego quando o seu marido sofreu o acidente e tivesse abandonado uma outra situação para lhe prestar assistência, faria parte da população activa na acepção do artigo 2.° da Directiva 79/7, na qualidade de pessoa cuja actividade foi interrompida pela ocorrência de um dos riscos previstos no seu artigo 3.° Mas, se B. Züchner não trabalhava nem procurava emprego antes do acidente, o Governo do Reino Unido entende que não faz parte da população activa e que, por conseguinte, não lhe assiste o direito de beneficiar das disposições da Directiva 79/7 uma vez que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, esta apenas se aplica às pessoas que estão disponíveis no mercado de trabalho ou que tenham deixado de o estar pela ocorrência de um dos riscos enumerados no referido artigo 3.° [7]. Finalmente, o Governo do Reino Unido entende que, se o Tribunal considerar admissíveis as questões prejudiciais, deveria apenas responder à primeira, nos seguintes termos: a recorrente só pode considerar-se abrangida no grupo da população activa, para os efeitos do artigo 2.° da Directiva 79/7, se, antes do acidente sofrido pelo seu marido, era trabalhadora assalariada ou independente ou estava à procura de um emprego e se interrompeu uma dessas actividades por ter ocorrido ao seu marido um dos riscos enumerados no artigo 3.°

21. A Comissão, a título preliminar, salienta duas circunstâncias. Primeira, que o juiz nacional apresenta a questão prejudicial para avaliar a conformidade com o direito comunitário de uma norma interna que, ao prever que o direito a assistência domiciliária em caso de doença, em espécie ou como reembolso das despesas com o pessoal que o doente tenha procurado, só existe quando não haja uma pessoa que viva no lar do enfermo que lhe possa prestar a assistência e o auxílio de que necessita, poderia constituir uma discriminação indirecta. Segunda, que só pode tratar-se das prestações ao domicílio em caso de doença reguladas no artigo 37.° do SGB V, desde que a entidade gestora conceda

6 — Acórdão de 13 de Julho de 1989, Rinner-Kühn (171/88, Colect., p. 2743, n.° 15).

7 — Acórdão de 11 de Julho de 1991, Johnson (31/90, Colect., p. I-3723, n.° 27).

o subsídio pela assistência especial do artigo 37.° do SGB XI, que abrange quer o auxílio pessoal para as necessidades básicas, quer a ajuda doméstica, ainda que sejam os membros da família que vivem com o segurado quem lhe presta a assistência.

22. A Comissão afirma que J. Züchner fazia parte da população activa quando sofreu o acidente e que tem direito a receber as prestações correspondentes ao seguro de doença. Por conseguinte, está abrangido no âmbito de aplicação pessoal da Directiva 79/7 e as prestações que lhe são concedidas estão abrangidas no seu âmbito de aplicação material. Contudo, isso não basta por si só para que possa invocar a directiva perante um órgão jurisdicional nacional quando sofra os efeitos de uma disposição nacional discriminatória relativa à sua esposa, uma vez que, conforme declarou o Tribunal de Justiça no acórdão Verholen e o. [8], se exige que a esposa esteja abrangida pelo respectivo âmbito de aplicação.

A Comissão alega também que, no acórdão Drake [9], o Tribunal alargou o conceito de população activa ao considerar que uma pessoa que interrompeu a sua actividade profissional para prestar assistência a um ascendente inválido deve ser abrangida no âmbito de aplicação pessoal da Directiva 79/7.

A Comissão entende que, para que a directiva seja aplicável ao litígio principal, a recorrente deve fazer parte da «população activa» como pessoa que presta assistência ao domicílio a um inválido. Além do mais, é necessário que as prestações sejam de tal forma intensas e continuadas que devam ser consideradas como um trabalho. À luz da natureza e da amplitude da assistência que a recorrente presta ao seu marido, a Comissão considera que esta é abrangida pelo âmbito de aplicação pessoal da Directiva 79/7, tal como definido no artigo 2.°

23. Acrescenta, a título subsidiário, que, partindo do pressuposto de que o beneficiário das prestações faz parte da população activa, há três hipóteses em que a directiva também pode ser aplicável à pessoa que as realiza, a saber, quando para realizar as prestações tenha interrompido a sua actividade profissional; quando tenha trabalhado anteriormente mas já não esteja em condições de o fazer, por exemplo, porque está reformada e, por último, se tiver deixado de exercer a sua actividade profissional por qualquer outro motivo e estiver à procura de emprego. O n.° 1 do artigo 4.° da directiva, que proíbe a discriminação em razão do sexo, seria aplicável a estes casos uma vez que a protecção ao beneficiário das prestações se torna extensiva à pessoa que as realiza.

Em sua opinião, existem duas hipóteses em que nem a recorrente estaria protegida pelo n.° 1 do artigo 4.° da Directiva 79/7 contra as

8 — Acórdão de 11 de Julho de 1991 (C-87/90, C-88/90 e C-89/90, Colect., p. I-3757).

9 — Referido na nota 4.

disposições de carácter discriminatório, nem o marido poderia invocar o prejuízo causado por essa discriminação:

1) quando a pessoa que realiza as prestações não tiver exercido qualquer actividade profissional e se tenha encarregado de prestar assistência ao cônjuge, para além de se ocupar das suas actividades habituais no lar;

2) quando tenha interrompido a sua actividade profissional por um motivo diferente dos enumerados na alínea a) do n.° 1 do artigo 3.° da Directiva 79/7 e não se encontre à procura de emprego.

24. A Comissão conclui as suas observações sobre a primeira questão prejudicial afirmando que carece de elementos de facto suficientes para poder integrar a recorrente numa destas cinco categorias. Propõe que o Tribunal responda ao juiz nacional que fazem parte da população activa, para os efeitos dos artigos 2.° e 3.° da Directiva 79/7, as pessoas que prestam assistência a um doente no seu domicílio quando os cuidados de que este necessita atingem, pela natureza e pelo tempo que requerem, proporções tão consideráveis que, se não estivesse a cargo de um membro da família, deveria confiar-se a um profissional ou a um trabalhador assalariado e que, em qualquer caso, faz parte da população activa a pessoa que, para prestar assistência ao cônjuge inválido, tenha interrompido a sua actividade profissional, a que, tendo trabalhado anteriormente, já não está em condições de o fazer e a que se encontra à procura de emprego.

25. Quero esclarecer, previamente, que das prestações ao domicílio previstas pela disposição controvertida (artigo 37.° do SGB V), a saber, a assistência terapêutica, o auxílio pessoal para as necessidades básicas e a ajuda doméstica, numa situação como a de J. Züchner, que necessita de assistência especial por um período previsivelmente não inferior a seis meses, as duas últimas regem-se pelas disposições do SGB XI, que prevêem o pagamento de um subsídio de assistência, a pedido do segurado, quando ele próprio procura quem lhe preste assistência, independentemente de a pessoa que o assiste viver debaixo do mesmo tecto. Daí se deduz que, de forma residual, a única prestação que a entidade gestora lhe pode recusar, por aplicação do n.° 3 do referido artigo, é a assistência terapêutica, quer em espécie, quer como forma de reembolso das despesas com o pessoal que ele próprio tenha contratado, se existir uma pessoa no seu lar que possa prestar-lhe essa assistência.

26. Concordo com o Governo do Reino Unido no que diz respeito à ausência quase total de elementos de facto no despacho de reenvio, o que torna difícil fornecer ao juiz nacional uma resposta útil para resolver o incidente que lhe foi submetido, embora a

Comissão tenha trazido ao processo uma informação bastante pormenorizada que supre, em grande parte, essa carência.

27. O que resulta com toda a clareza do despacho de reenvio é que o juiz nacional considera, à partida, que a recorrente não faz parte da população activa na acepção do artigo 2.° da Directiva 79/7, mas considera possível que o Tribunal de Justiça faça uma interpretação extensiva do referido conceito, tendo em conta que a prestação de assistência ultrapassa a assistência normalmente concedida no âmbito do casal.

28. Trata-se de saber se, à luz das características do presente caso, se deve concluir que B. Züchner faz parte da população activa. O artigo 2.° da Directiva 79/7, que estabelece o seu âmbito de aplicação pessoal, dispõe que esta se aplica à população activa, incluindo os trabalhadores independentes, os trabalhadores cuja actividade seja interrompida por doença, acidente ou desemprego involuntário e às pessoas à procura de emprego, bem como aos trabalhadores reformados e aos trabalhadores inválidos.

29. Em princípio, o conceito de população activa que consta da directiva é extraordinariamente amplo comparado, por exemplo, com a definição do n.° 5 da resolução sobre estatísticas da população economicamente activa, do emprego, do desemprego e do subemprego [10].

De acordo com esta definição, «a 'população economicamente activa' abrange todas as pessoas de um ou de outro sexo que contribuem com o seu trabalho para produzir bens e serviços económicos, definidos de acordo e nos termos dos sistemas de contas nacionais e de balanças das Nações Unidas durante um período de referência especificado. De acordo com estes sistemas, a produção de bens e serviços económicos inclui qualquer produção e tratamento de produtos primários — quer se destinem ao mercado, à troca ou ao autoconsumo —, a produção de quaisquer outros artigos e serviços para o mercado, e, no caso das casas que produzam artigos e serviços para o mercado, a parte desta produção destinada ao seu próprio consumo.»

Nos termos do disposto nos artigos 12.° e 13.° da referida resolução, as pessoas dedicadas a trabalhos domésticos, os reformados e as pessoas que sofram de alguma doença ou incapacidade, entre outras, fazem parte da «população não economicamente activa».

10 — Adoptada na décima terceira Conferência Internacional do Trabalho, convocada para Genebra pelo Conselho de Administração da Organização Internacional do Trabalho e reunida de 18 a 29 de Outubro de 1982. Agência Internacional do Trabalho, Genebra 1983.

30. Comparando ambas as definições, verifica-se que os trabalhadores cuja actividade seja interrompida por doença ou acidente ou aqueles que sofram de invalidez devem considerar-se incluídos no conceito de população activa para os efeitos da Directiva 79/7, enquanto, atenta a definição deste conceito na mencionada resolução, fariam parte da população economicamente não activa.

31. Não é esta a primeira vez que o Tribunal de Justiça deve interpretar se uma hipótese que, à primeira vista, parece limite entra no âmbito de aplicação pessoal da Directiva 79/7. Assim, quando no acórdão Drake [11] deu resposta às questões prejudiciais apresentadas pelo Chief Social Security Commissioner com vista a apreciar a compatibilidade de uma disposição da legislação nacional que determina as condições de atribuição de uma prestação de assistência a uma pessoa inválida com a directiva, declarou: «Nos termos do artigo 2.°, o conceito de 'população activa', que determina o campo de aplicação da directiva, é definido em termos amplos e inclui 'os trabalhadores independentes, os trabalhadores cuja actividade seja interrompida por doença, acidente ou desemprego involuntário e as pessoas à procura de emprego, bem como os trabalhadores reformados e os inválidos'. Esta norma assenta na ideia de que uma pessoa cujo trabalho foi interrompido devido a um dos riscos referidos no artigo 3.° pertence à população activa. É o que acontece com J. Drake, que deixou de trabalhar devido, unicamente, a um dos riscos enumerados no artigo 3.°, isto é, a invalidez de sua mãe. Consequentemente, deve considerar-se que ela faz parte da população activa na acepção da directiva.» A Sr.ª Drake, que estava casada e vivia com o seu marido, exerceu durante muitos anos diversas actividades assalariadas a tempo inteiro e a tempo parcial, até que a sua mãe, deficiente profunda, foi viver com ela, altura em que deixou de trabalhar para lhe prestar assistência.

32. O Tribunal de Justiça, no acórdão Johnson [12], concluiu que uma pessoa que tenha deixado a actividade profissional para se ocupar da educação dos filhos não entra no âmbito de aplicação da Directiva 79/7 enquanto trabalhador cuja actividade foi interrompida por um dos riscos referidos na directiva, dado que a interrupção da actividade devido à educação dos filhos não consta dos riscos enumerados na alínea a) do n.° 1 do artigo 3.° da directiva; acrescentou, no entanto, que se pode considerar que, apesar disso, essa pessoa cai sob a alçada do campo de aplicação da directiva enquanto pessoa à procura de emprego, cuja prospecção se tornou entretanto impossível pela ocorrência de um dos referidos riscos, uma vez que a qualidade de pessoa à procura de emprego é suficiente para fazer parte da população activa, na acepção do artigo 2.° da directiva, sem que se revele necessário apurar porque motivo o interessado deixou o anterior emprego ou até se anteriormente exerceu ou não uma actividade profissional.

O Tribunal entende que o interessado deve fazer prova da qualidade de pessoa à procura de emprego aquando da ocorrência de um

11 — Referido na nota 4, n.° 22.

12 — Referido na nota 7, n.os 19 a 22.

dos riscos referidos e que compete ao órgão jurisdicional nacional determinar, atendendo designadamente à existência de inscrição num organismo de emprego encarregado de fazer prospecção das ofertas de emprego ou de auxiliar as pessoas à procura de emprego nas suas diligências, de cartas de candidatura remetidas a entidades patronais pelo interessado ou de cartas de empresas atestando que o interessado se apresentou a entrevistas de colocação, se o interessado estava efectivamente à procura de emprego no momento em que foi atingido por um dos riscos referidos na directiva.

33. Nos acórdãos Nolte e Megner e Sheffel [13], suscitou-se a questão de saber se o n.º 1 do artigo 4.º da Directiva 79/7 devia interpretar-se no sentido de que determinadas disposições nacionais, que excluem do regime legal de seguro de velhice ou de inscrição obrigatória no regime legal de seguro de doença os empregos normalmente com menos de quinze horas semanais de trabalho e um salário que não ultrapassa um sétimo do salário mensal médio ou que excluam da cotização obrigatória para o seguro de desemprego as actividades assalariadas normalmente limitadas, por natureza, a um horário inferior a dezoito horas semanais ou que sejam objecto dessa limitação em virtude de um contrato de trabalho, constituem uma discriminação em razão do sexo, quando as referidas disposições prejudicam um número muito mais elevado de mulheres do que homens e não se justifiquem por factores objectivos e alheios a qualquer discriminação.

Antes de examinar esta questão, o Tribunal analisou se as pessoas que ocupam empregos considerados «menores», com as características descritas, fazem parte da população activa nos termos do artigo 2.º da Directiva 79/7. A este respeito, declarou que o facto de o rendimento do trabalhador não cobrir todas as suas necessidades não pode privá-lo da sua qualidade de pessoa activa e que, de acordo com a sua jurisprudência, uma actividade assalariada cujo rendimento seja inferior ao mínimo vital [14], ou cuja duração normal de trabalho não exceda dezoito horas semanais [15], ou doze horas semanais [16] ou, inclusivamente, dez horas semanais [17], não impede que se considere a pessoa que a exerce como trabalhador para os efeitos dos artigos 48.º ou 119.º do Tratado ou da Directiva 79/7, conforme os casos. E acrescenta que o facto de alguns acórdãos não se referirem ao direito da segurança social e não tratarem da interpretação do artigo 2.º da Directiva 79/7 não é susceptível de pôr em causa a conclusão a que se chegou, uma vez que estes acórdãos precisam o conceito de trabalhador à luz do princípio da igualdade de tratamento [18].

34. De igual modo, no recente acórdão Posthuma-van Damme [19], o Tribunal declara que o conceito de população activa é muito amplo, porque visa todos os trabalhadores, incluindo os que se encontram simplesmente à procura de emprego, e que uma pessoa que,

13 — Acórdãos de 14 de Dezembro de 1995 (C-317/93, Colect., p. I-4625 e C-444/93, Colect., p. I-4741).

14 — Acórdão de 23 de Março de 1982, Levin (53/81, Recueil, p. 1035, n.ºs 15 e 16).

15 — Acórdão de 13 de Dezembro de 1989, Ruzius-Wilbrink (C-102/88, Colect., p. 4311, n.ºs 7 e 17).

16 — Acórdão de 3 de Junho de 1986, Kempf (139/85, Colect., p. 1741, n.ºs 2 e 16).

17 — Acórdão Rinner-Kühn, já referido na nota 6, n.º 16.

18 — Referidos na nota 13, n.ºs 19 e 21 e 18 e 20, respectivamente.

19 — Acórdão de 1 de Fevereiro de 1996 (C-280/94, Colect., p. I-179, n.ºs 20 e 21).

durante o ano que antecedeu a ocorrência da sua incapacidade para o trabalho, não tenha auferido, por uma actividade profissional ou em relação com ela, um determinado rendimento, não está necessariamente fora do âmbito de aplicação pessoal da Directiva 79/7.

35. Mas o acórdão que parece decisivo para apreciar se B. Züchner faz parte da população activa na acepção da Directiva 79/7 é o que foi proferido pelo Tribunal de Justiça no processo Achterberg-te Riele e o. [20], no qual respondeu às questões prejudiciais apresentadas pelo Raad van Beroep te Utrecht, através das quais esse órgão jurisdicional pretendia saber se o artigo 2.° da Directiva 79/7 devia ser interpretado no sentido de que era aplicável a pessoas que não tinham exercido qualquer actividade e não estavam à procura de emprego e a pessoas que tinham exercido uma actividade que não foi interrompida por uma das ocorrências referidas na alínea a) do n.° 1 do artigo 3.° da directiva e não estavam à procura de emprego.

O Tribunal de Justiça deu uma resposta negativa a estas questões com o seguinte fundamento: «O âmbito de aplicação pessoal da directiva está definido no artigo 2.°, por força do qual ela se aplica à população activa, às pessoas à procura de emprego, bem como aos trabalhadores cuja actividade tenha sido interrompida por um dos riscos enumerados no artigo 3.°, n.° 1, alínea a), ou seja, doença, invalidez, velhice, acidente de trabalho e doença profissional e desemprego. Embora a directiva se aplique, nos termos do seu artigo 3.°, n.° 1, alínea a), aos regimes legais que asseguram uma protecção contra a velhice, regime que está em causa nos processo principais, deduz-se, todavia, da conjugação dos artigos 2.° e 3.° da directiva que esta apenas se aplica às pessoas que ainda trabalham no momento em que adquirem o direito a uma pensão de velhice ou cuja actividade tenha sido previamente interrompida pela ocorrência de um dos outros riscos enumerados no artigo 3.°, n.° 1, alínea a)». Desta análise resulta que «... a directiva não se aplica a pessoas que nunca tenham estado disponíveis no mercado de trabalho ou que tenham deixado de o estar sem que a causa seja a ocorrência de um dos riscos referidos na directiva» [21].

36. Depreende-se tanto da definição que consta do artigo 2.° da Directiva 79/7 como da referida jurisprudência que, para que uma pessoa se possa considerar abrangida pela população activa para os efeitos desta directiva, é necessário que se trate ou de um trabalhador assalariado ou independente cuja actividade seja interrompida pela ocorrência na sua pessoa ou, em determinados casos, num terceiro, de um dos riscos enumerados na alínea a) do n.° 1 do artigo 3.°, ou de uma pessoa que procure emprego e cuja procura seja interrompida pelos mesmos motivos.

É notório que o Tribunal de Justiça tem interpretado em termos amplos o conceito de

20 — Acórdão de 27 de Junho de 1989 (48/88, 106/88 e 107/88, Colect., p. 1963).

21 — *Ibidem*, n.os 9 a 11.

população activa, visto considerar que a directiva também se aplica àqueles que tenham interrompido a sua actividade profissional ou a procura de emprego pela ocorrência noutra pessoa de um dos riscos referidos. Todavia, observe-se que, na altura de decidir se a pessoa em questão fazia parte da população activa, em nenhum momento se deixou de exigir, em minha opinião acertadamente, a condição de se tratar de um trabalhador ou de uma pessoa à procura de emprego, isto é, de alguém que faz parte do mercado de trabalho ou que tenciona seriamente integrar-se nele.

37. Referiu-se anteriormente que não resulta dos documentos que fazem parte do processo que a recorrente tenha exercido uma actividade profissional que teria deixado de exercer para prestar assistência ao seu marido, nem que estivesse à procura de emprego. Nas suas observações, afirma que, embora não tivesse que renunciar a uma actividade profissional para se ocupar do seu marido inválido, o facto é que não pôde exercer nenhuma e que não deveria existir diferença entre deixar uma actividade para se ocupar de uma pessoa inválida e não poder iniciar uma actividade profissional porque a importância e a intensidade da assistência que essa pessoa necessita ocupam todo o seu tempo.

38. Não concordo com este entendimento da recorrente. Julgo que entre uma situação e outra existe a diferença fundamental que consiste em que, no primeiro caso, se tratava de uma trabalhadora que deixou o mercado de trabalho para se ocupar do seu marido, enquanto, no segundo caso, se trata de alguém que nem sequer se integrou nesse mercado, nem tentou. Assim, não são duas situações que possam equiparar-se para os efeitos da aplicação do direito comunitário. Com efeito, tal como referiu o Tribunal de Justiça no acórdão Achterberg-te Riele e o. [22], o artigo 119.° do Tratado CEE, bem como a Directiva 75/117/CEE, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos [23], e a Directiva 76/207/CEE, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho [24], em cujo texto se integra a Directiva 79/7, destinam-se a realizar a igualdade de tratamento entre homens e mulheres não de um modo geral, mas apenas na sua qualidade de trabalhadores.

39. Em meu entender, no estado actual do direito comunitário, deve concluir-se que a recorrente não faz parte da população activa para os efeitos da aplicação da Directiva 79/7, porque para prestar assistência ao seu marido inválido não deixou uma actividade profissional que estivesse exercendo, nem interrompeu a procura de emprego, sendo para isso irrelevante que a recorrente preste uma assistência que ultrapassa a assistência normal concedida no âmbito do casamento.

22 — *Ibidem*, n.° 12.

23 — Directiva do Conselho de 10 de Fevereiro de 1975 (JO L 45, p. 19; EE 05 F2 p. 52).

24 — Directiva do Conselho de 9 de Fevereiro de 1976 (JO L 39, p. 40; EE 05 F2 p. 70).

Com efeito, julgo que, tal como declarou o Tribunal de Justiça no acórdão Hofmann [25], a propósito da Directiva 76/207, a Directiva 79/7 tão pouco tem como finalidade regular as questões relativas à organização da família, nem alterar a repartição de responsabilidades no seio do casal.

40. Face à resposta que proponho dar à primeira pergunta, considero que não há que analisar as restantes. Todavia, no caso de o Tribunal não ser da mesma opinião, proponho-me examinar de seguida as segunda, terceira, quarta questões e primeira parte da quinta questão, visto que a segunda parte desta última se refere a problemas de interpretação do direito nacional, que não cabe ao Tribunal de Justiça apreciar.

42. O mesmo tribunal nacional referiu que não considera que haja discriminação, uma vez que a disposição nacional em causa não faz distinção com base no sexo; ainda que prejudique um número consideravelmente mais elevado de mulheres do que homens, é justificada por factores objectivos que dificilmente terão qualquer relação com uma discriminação, ao estar baseada na pertença ao lar da pessoa que presta o auxílio, que em vastos sectores da população é quase sempre a mulher, mas sem que isso dê lugar a um tratamento diferenciado sem base objectiva; que esta disposição se aplica a qualquer pessoa que preste assistência e a todos os doentes, qualquer que seja o respectivo sexo e estado civil, e, por último, que não são negadas à recorrente, em violação do artigo 4.° da directiva, quaisquer prestações que um homem (casado) teria recebido em iguais circunstâncias.

Quanto à segunda questão prejudicial

41. Através da segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se a recorrente é discriminada como mulher, na acepção da directiva, por uma disposição legal nos termos da qual o direito do segurado às prestações ao domicílio, em caso de doença, a cargo da entidade gestora, em espécie ou como reembolso das despesas feitas com o pessoal que o doente contratou, só existe quando não haja uma pessoa que viva no lar do doente que possa prestar-lhe a assistência e auxílio de que necessita.

43. A recorrente alega que são, em primeiro lugar, os membros femininos da família que sofrem a discriminação quando a entidade gestora se recusa a conceder as prestações em espécie ou a reembolsar o segurado das despesas feitas com o pessoal que ele mesmo contrata — possibilidade prevista no n.° 4 do artigo 37.° do SGB V —, quando esse pessoal faz parte do seu agregado familiar, uma vez que um homem é obrigado a fazer frente às necessidades da família, o que o impedirá, por razões profissionais, a prestar assistência a um familiar doente. Acresce que, ao prestar assistência ao seu marido, para além de ter renunciado a trabalhar, não adquiriu direitos próprios a pensão e encontra-se agora com

25 — Acórdão de 12 de Julho de 1984 (184/83, Recueil, p. 3047, n.° 24).

uma pensão de reforma tão baixa que terá de depender, para o resto da vida, da ajuda social e que, ao ter fornecido as prestações de assistência ao domicílio, que ao contrário deveriam estar a cargo da recorrida, houve a favor desta última um enriquecimento sem causa.

44. A recorrida refere que a disposição nacional controvertida não estabelece qualquer distinção em função do sexo, que não está demonstrado que a situação descrita pela recorrente prejudique um número mais elevado de mulheres do que homens e que essa disposição interna é uma aplicação do dever de auxílio mútuo estabelecido pelo direito da família e que se impõe por razões morais.

45. O Governo alemão afirma que, a existir discriminação, só poderia tratar-se de uma discriminação indirecta contra as mulheres, devendo provar-se que a disposição controvertida prejudica um número maior de mulheres do que homens sem ser objectivamente justificada.

Dado que, de acordo com o disposto no artigo 37.° do SGB V, o titular do direito às prestações é o segurado, este é o único que pode considerar-se prejudicado pela disposição nacional controvertida e não os membros da sua família. Trata-se de um regime que não faz distinção em função do sexo da pessoa que realiza as prestações ao domicílio, mas entre, por um lado, os segurados que vivem com outras pessoas disponíveis para lhes prestar assistência e que, por esse motivo, não podem reinvidicar o direito a que a prestação fique a cargo da entidade gestora e, por outro, aqueles que ou vivem sós ou vivem com outras pessoas que não estão em condições de os poder assistir. Em qualquer caso, os segurados tanto podem ser homens como mulheres. O Governo alemão entende que a recorrente não demonstrou que é prejudicada pela aplicação da disposição nacional em questão, nem que a maioria dos segurados aos quais são recusadas as prestações ao domicílio em caso de doença sejam homens.

46. A Comissão observa que há que considerar que, ao estabelecer diferença entre homens e mulheres, a disposição nacional não constitui uma discriminação directa. Todavia, entraria na categoria de discriminação indirecta se se provasse que prejudica um número mais elevado de mulheres do que homens, a menos que seja justificada por factores objectivos alheios a qualquer discriminação em razão do sexo.

A este respeito, a Comissão afirma que, actualmente, mais de 90% das pessoas de certa idade que vivem no seu domicílio e que dependem de outra pessoa para lhe prestar assistência estão a cargo dos seus familiares e que, neste âmbito, existem muito mais mulheres do que homens que assumem a responsabilidade principal de prestar regular-

mente assistência a essas pessoas [26]. Com base nesta informação, conclui que a aplicação da disposição nacional em questão constitui uma desigualdade de tratamento. Ora, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a desigualdade de tratamento pode justificar-se se os meios escolhidos responderem a um objectivo legítimo da política social do Estado-Membro cuja legislação esteja em causa, forem aptos para atingir o objectivo prosseguido por esta e necessários para esse efeito [27].

Reconhecendo ainda que compete ao juiz nacional apreciar se uma disposição que estabelece uma discriminação indirecta pode ser objectivamente justificada, a Comissão toma posição sobre eventuais motivos justificativos neste caso, para fornecer ao juiz algumas indicações úteis, recordando que se trata de uma prática que o Tribunal de Justiça tem seguido em alguns acórdãos [28].

47. Em sua opinião, o prejuízo que sofrem os membros da família pela aplicação da disposição alemã controvertida não pode considerar-se compensado pela vantagem que os cônjuges ou os filhos com rendimento modesto obtenham por estarem segurados, sem terem de contribuir para o seguro obrigatório de doença. A este respeito, entende que é incompatível com o n.º 1 do artigo 4.º da Directiva 79/7 compensar, no âmbito de um regime de segurança social, os inconvenientes de uma prestação com os benefícios de outra. Além disso, a Comissão considera que, se a ideia de garantir a capacidade de funcionamento de um regime de segurança social limitando as prestações e considerações de natureza orçamental podem fundamentar opções de política social de um Estado-Membro, não constituem, por si sós, um objectivo prosseguido por essa política e, assim, não podem justificar uma decisão em detrimento de um dos sexos.

48. Propõe que se responda à segunda questão que o n.º 1 do artigo 4.º da Directiva 79/7 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional que prevê que um segurado só tenha direito às prestações ao domicílio em caso de doença quando não haja pessoa que viva com ele que possa prestar-lhe a assistência e o auxílio de que necessita, uma vez que a referida disposição prejudica um número consideravelmente mais elevado de mulheres do que homens, a menos que seja justificada por factores objectivos e alheios a qualquer discriminação em razão do sexo.

49. Se o Tribunal de Justiça considerar que a recorrente faz parte da população activa, poderá examinar se, por ser mulher, está a ser discriminada na acepção do n.º 1 do artigo 4.º da Directiva 79/7, que proíbe, em matéria de segurança social, qualquer discriminação em razão do sexo, quer directa, quer indirectamente por referência, nomeadamente, ao

26 — A Comissão refere estes dados com base no Quinto relatório sobre a família — Família e política familiar na Alemanha Unificada: futuro dos recursos humanos. BT— Drs.12/7560, p. 191 e segs.

27 — Acórdãos de 24 de Fevereiro de 1994, Roks e o. (C-343/92, Colect., p. I-571, n.º 34), e de 19 de Novembro de 1992, Molenbroek (C-226/91, Colect., p. I-5943, n.º 13).

28 — A Comissão refere o acórdão de 7 de Fevereiro de 1991, Nimz (C-184/89, Colect., p. I-297, n.º 14), e os acórdãos Rinner-Kühn, n.º 14, e Roks e o., n.º 35, referidos nas notas 6 e 27, respectivamente.

estado civil ou familiar, especialmente no que respeita ao âmbito dos regimes de segurança social e às condições de acesso aos mesmos.

50. A este respeito, concordo com o juiz nacional que apresenta a questão prejudicial, ao considerar que, dado a disposição nacional controvertida não estabelecer diferenças em razão do sexo, se pode excluir, desde logo, a existência de discriminação directa, e julgo que deve chegar-se à mesma conclusão quanto à existência de uma discriminação indirecta.

51. Não há qualquer dúvida de que as prestações ao domicílio em caso de doença, a que o segurado tem direito, a cargo da entidade gestora, fazem parte do regime legal que, na República Federal da Alemanha, assegura uma protecção contra o risco de doença e/ou de invalidez, riscos enumerados na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º da Directiva 79/7, e que, por esse facto, as referidas prestações estão abrangidas pelo âmbito de aplicação material da directiva.

Com efeito, o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão Drake [29], que os Estados-Membros podem assegurar a protecção contra as consequências de um risco de invalidez de diversas formas, por exemplo, prevendo, como no caso dos autos, duas prestações diferentes, uma a pagar pessoalmente ao inválido e outra a pagar à pessoa que presta assistência, ou alcançar o mesmo resultado concedendo uma prestação a pagar ao inválido, mas de importância mais elevada; e acrescentou que, «para assegurar que a realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento, enunciado no artigo 1.º e definido no artigo 4.º da Directiva 79/7, se faça de maneira harmoniosa no conjunto da Comunidade, o artigo 3.º, n.º 1, deve ser interpretado de forma a abranger qualquer prestação que, em sentido lato, faça parte de um dos regimes legais em questão ou de uma disposição respeitante à assistência social destinada a completar tal regime ou a substituí-lo».

52. Há que ter em conta que, como sublinhou acertadamente o advogado-geral M. Darmon nas conclusões que apresentou no processo Roks e o. [30], «... a directiva [79/7] de forma alguma visa reger o funcionamento dos regimes de segurança social dos Estados-Membros... Nos termos do artigo 1.º visa garantir... 'a realização progressiva, no domínio da segurança social e de outros elementos de protecção social previsto no artigo 3.º, do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social...'» e como realçou o Tribunal no mesmo acórdão [31], «... a Directiva 79/7 deixa, contudo, intacta a competência que os artigos 117.º e 118.º do Tratado reconhecem aos Estados-Membros para, no quadro de uma colaboração estreita promovida pela Comissão, definirem a sua política social, e, portanto, a natureza e amplitude das medidas de protecção social, incluindo o sector da segurança social, bem como as modalidades concretas da sua execução».

29 — Referido na nota 4, n.º 23.

30 — Acórdão referido na nota 27, v. ponto 41 das conclusões.

31 — *Ibidem*, n.º 28.

53. Assim, os Estados-Membros são livres tanto de regular o funcionamento dos regimes de segurança social como de definir a natureza e alcance das medidas de protecção social, bem como as modalidades concretas da sua execução, sempre e desde que salvaguardem o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres.

Como se viu anteriormente, a protecção do risco de doença e/ou de invalidez no regime alemão de segurança social caracteriza-se por estabelecer, em primeiro lugar, contrariamente ao que sucedia com o sistema britânico analisado no acórdão Drake [32], que, na falta de prestações em espécie por parte da entidade gestora, o titular do direito ao reembolso das despesas com o pessoal que contratou para lhe prestar assistência é, em todos os casos, o segurado e, em segundo lugar, que o direito deste a receber a prestação em espécie como o referido reembolso desaparece quando vive com outra pessoa que lhe pode prestar a assistência e o auxílio de que necessita.

54. Julgo que, no estado actual do direito comunitário e à luz da jurisprudência referida, as disposições da Directiva 79/7 não se opõem a que um Estado-Membro organize a protecção do risco de doença e/ou de invalidez no seu sistema de segurança social de forma que, na falta de prestações em espécie a cargo da entidade gestora, o titular do direito a que esta o reembolse das despesas com o pessoal que ele mesmo contratou seja, em todos os casos, o segurado. Resta verificar se as disposições desta directiva, concretamente o seu artigo 4.°, se opõem a que, por força do direito interno, se recuse ao segurado o direito de receber quer a prestação em espécie, quer o reembolso das despesas, no caso vertente, quando vive com outra pessoa que pode prestar-lhe assistência.

55. É jurisprudência constante que o artigo 4.°, n.° 1, da Directiva 79/7 se opõe à aplicação de uma medida nacional que, apesar da sua formulação neutra, prejudica, de facto, um número muito mais elevado de mulheres do que homens, excepto quando a medida em questão se justifique por factores objectivos e estranhos a qualquer discriminação em razão do sexo [33].

56. Tanto a recorrente como a Comissão defendem que se trata de uma disposição que introduz uma discriminação indirecta porque prejudica um número mais elevado de mulheres do que homens ao considerar que as pessoas que vivem com um inválido e que estão disponíveis para lhe prestar assistência são, na sua maioria, do sexo feminino. Não vou negar que tenham razão quanto à segunda afirmação, mas não posso dar-lhe quanto à primeira.

32 — Referido na nota 4.

33 — V., entre os mais recentes, acórdãos Nolte e Megner e Sheffel, referidos na nota 13, n.os 28 e 24, respectivamente, e acórdão Posthuma-van Damme, referido na nota 19, n.° 24.

57. Com efeito, tendo em conta que a Directiva 79/7 tem por objectivo a aplicação progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, posso afirmar que a disposição nacional em questão, que faz parte de um regime legal de segurança social dos previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º, não prejudica, nos seus direitos de segurança social, aqueles que vivem com um inválido e que podem prestar-lhe a assistência e auxílio de que necessita.

Por esta razão, uma disposição desse teor não pode produzir efeitos discriminatórios, embora o número de mulheres que cuidam de um familiar doente seja, na sociedade actual, maior que o de homens.

58. Os prejudicados só poderão ser, num regime com essas características, os segurados aos quais se recusa o direito de receber prestações ao domicílio em caso de doença quando vivem com alguém que os pode assistir. Entendo que, para demonstar que a aplicação da disposição em questão prejudica um número muito mais elevado de mulheres nos seus direitos, no âmbito da segurança social, haveria que provar que os segurados doentes ou em situação de invalidez, que vivem com alguém que pode assisti-los, e não as pessoas que lhes prestam assistência, pertencem, maioritariamente, ao sexo feminino. Só nesse caso, uma disposição nacional como a que está em apreço seria discriminatória na acepção da Directiva 79/7.

59. A recorrente alega também que foi vítima de discriminação uma vez que o facto de se ter dedicado a prestar assistência ao seu marido a impediu de exercer uma actividade profissional.

Em minha opinião, a disposição nacional controvertida tão-pouco deve ser considerada contrária à Directiva 76/207 relativa à realização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho. Com efeito, a referida disposição não obriga uma pessoa a deixar um trabalho para se ocupar de um doente ou de um inválido que vive com ela, nem a impede de procurar um emprego e exercer uma actividade profissional, visto que não recusa o direito às prestações ao domicílio em caso de doença, na forma de prestação em espécie ou de reembolso das despesas efectuadas com o pessoal que o doente haja contratado, a qualquer segurado que vive com outras pessoas, mas unicamente ao que vive com pessoas que estão em condições de lhe poder prestar a assistência e o auxílio de que necessita.

60. Por conseguinte, entendo que, no estado actual do direito comunitário, uma disposição nacional que nega a um segurado o direito às prestações ao domicílio em caso de doença, a cargo da entidade gestora, na forma de prestações em espécie ou de reembolso das despesas efectuadas com o pessoal que ele próprio contratou, quando o segurado, que é o único titular desse direito, vive com outra pessoa que lhe pode prestar a assistência e auxílio de que necessita, não constitui uma discriminação em razão do sexo, na acepção da Directiva 79/7.

Quanto à terceira questão prejudicial

61. Penso que há que entender que, através da terceira questão, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se a recorrente, que não é segurada da recorrida, pode invocar a Directiva 79/7 ou este direito só assiste ao seu marido na qualidade de titular do seguro.

62. Trata-se de uma questão que foi resolvida pela jurisprudência. Com efeito, no acórdão Verholen e o. [34], em que se tratava de saber se o interessado pode invocar as disposições da Directiva 79/7 quando sofre os efeitos de uma disposição nacional discriminatória contra a sua mulher, se esta não puder apresentar-se pessoalmente em justiça, foi declarado que «... o direito de invocar as disposições da Directiva 79/7 não está limitado aos interessados abrangidos no âmbito de aplicação pessoal da directiva, na medida em que se não pode excluir que outras pessoas possam ter interesse directo em que o princípio da não discriminação seja respeitado relativamente a pessoas protegidas». E acrescenta que, se é certo que, em princípio, incumbe ao direito nacional determinar a qualidade e a legitimidade de um interessado para o exercício da acção judicial, o direito comunitário exige, contudo, que as normas nacionais não prejudiquem o direito a uma protecção jurisdicional efectiva [35], e que a aplicação da norma nacional não deve impedir, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária [36]. O acórdão respondeu afirmativamente à questão apresentada, desde que, todavia, a esposa, vítima da discriminação, esteja abrangida, por ela própria, pelo âmbito de aplicação da Directiva 79/7.

63. No acórdão Roks e o. [37], o Tribunal de Justiça respondeu ao Raad van Beroep te's-Hertogenbosch que perguntava, entre outras coisas, se, em caso de incompatibilidade de uma legislação nacional com o n.° 1 do artigo 4.° da Directiva 79/7, podem invocar esta disposição nacional perante os tribunais, para afastar a aplicação da legislação nacional, apenas aqueles que estão abrangidos pelo âmbito de aplicação pessoal da directiva definido no artigo 2.°, ou também todos aqueles a quem se aplique a legislação nacional, ainda que não estejam abrangidos pelo âmbito de aplicação pessoal da directiva.

O Tribunal de Justiça afirmou, neste acórdão, que o artigo 4.°, n.° 1, da Directiva 79/7 não pode ser invocado pelas pessoas que não estejam abrangidas pelo respectivo âmbito de aplicação pessoal, mesmo que estejam integradas num regime nacional de segurança social que está sob a alçada do âmbito de aplicação material da directiva e que «... só as pessoas abrangidas pelo âmbito de aplicação pessoal da directiva definido no respectivo artigo 2.° e as que sofram os efeitos de uma disposição nacional discriminatória relativamente a outra pessoa que esteja abrangida

34 — Referido na nota 8, n.° 23.

35 — Acórdãos de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651, n.° 17), e de 15 de Outubro de 1987, Heylens e o. (222/86, Colect., p. 4097, n.° 14).

36 — Acórdão de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio (199/82, Recueil, p. 3595, n.° 14).

37 — Referido na nota 27, n.° 41.

pelo âmbito de aplicação da directiva podem, em caso de incompatibilidade de uma legislação nacional com o artigo 4.°, n.° 1, desta directiva, invocar aquela disposição nos órgãos jurisdicionais nacionais para afastar a aplicação da legislação nacional».

64. À luz desta jurisprudência, a resposta a esta questão depende inteiramente da que o Tribunal der à primeira das questões apresentadas, uma vez que, se concluir que a recorrente não faz parte da população activa na acepção da Directiva 79/7, nem ela nem o seu marido poderão invocá-la para afastar a aplicação de uma legislação nacional supostamente discriminatória. Se, pelo contrário, entender que a recorrente faz parte da população activa, quer ela quer o seu marido poderão invocar a Directiva 79/7 para afastar a aplicação da referida legislação nacional.

Quanto à quarta questão prejudicial e à primeira parte da quinta questão prejudicial

65. Creio que, através destas questões, o juiz nacional pretende saber se a recorrida, como organismo do Estado, tem responsabilidade e, em caso afirmativo, de que natureza, se se demonstrar que a disposição nacional em questão dá origem a discriminação em razão do sexo na acepção da Directiva 79/7.

66. Com vista a examinar estas questões assim reformuladas, supõe-se que a responsabilidade a que se refere o juiz nacional é a que incumbe ao Estado por prejuízos causados aos particulares por violação do direito comunitário que lhe sejam imputáveis, e que deve considerar-se que a Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) de Bremen, recorrida, é abrangida no conceito de Estado em sentido amplo.

67. O Tribunal de Justiça já declarou, no acórdão Francovich e o. [38], que a plena eficácia das normas comunitárias seria posta em causa e a protecção dos direitos que as mesmas reconhecem estaria enfraquecida se os particulares não tivessem a possibilidade de obter reparação quando os seus direitos são lesados por uma violação do direito comunitário imputável ao Estado-Membro, e que o princípio da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares por violação do direito comunitário que lhe sejam imputáveis é inerente ao sistema do Tratado.

No mesmo acórdão acrescenta o Tribunal: «... quando um Estado-Membro ignora a obrigação que lhe incumbe por força do artigo 189.°, terceiro parágrafo, do Tratado, de tomar todas as medidas necessárias para atingir o resultado prescrito por uma directiva, a plena eficácia dessa norma de direito comunitário impõe um direito a reparação quando estão reunidas três condições. A primeira dessas condições é que o resultado prescrito pela directiva implique a atribuição

38 — Acórdão de 19 de Novembro de 1991 (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357, n.os 33 e 35).

de direitos a favor dos particulares. A segunda condição é que o conteúdo desses direitos possa ser identificado com base nas disposições da directiva. Finalmente, a terceira condição é a existência de um nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas» [39].

68. Ao contrário do que sucedia no processo Francovich e o., em que os interessados, tratando-se de disposições de uma directiva que eram suficientemente precisas e incondicionais, não podiam invocar determinados direitos contra o Estado nos órgãos jurisdicionais nacionais, na falta de medidas internas de aplicação tomadas dentro do prazo, no presente processo trata-se de uma disposição que tem efeito directo.

O Tribunal entendeu, de acordo com uma jurisprudência constante, que «... na falta de medidas de execução adequadas, o artigo 4.°, n.° 1, da Directiva 79/7 pode ser invocado pelos cidadãos perante os órgãos jurisdicionais nacionais para afastar a aplicação de qualquer norma nacional não conforme com o referido artigo e que, a partir de 23 de Dezembro de 1984, data em que expirou o prazo de transposição da directiva, as mulheres têm o direito a ser tratadas da mesma forma e a que lhes seja aplicado o mesmo regime que aos homens que se encontrem numa situação análoga, regime que permanece, na falta de execução correcta da directiva, o único sistema de referência válido» [40].

Além disso, de acordo com a jurisprudência do acórdão Marshall I [41], quando os interessados podem invocar uma directiva contra o Estado, podem fazê-lo qualquer que seja a qualidade em que este actue.

69. Tal como o Tribunal recordou recentemente no acórdão Brasserie du pêcheur e Factortame [42], «... a possibilidade que os particulares têm de invocar normas do Tratado, directamente aplicáveis, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, só constitui uma garantia mínima e não chega para assegurar por si só a aplicação plena e completa do Tratado... Destinada a fazer prevalecer a aplicação de disposições de direito comunitário sobre disposições nacionais, esta possibilidade nem sempre consegue garantir ao particular o benefício dos direitos que o direito comunitário lhe reconhece e, designadamente, evitar que sofra um prejuízo em virtude de uma violação desse direito imputável a um Estado-Membro...».

O Tribunal acrescenta no mesmo acórdão que «... a reparação visa apagar as consequências, danosas para os beneficiários de uma directiva, da sua não transposição por um Estado-Membro. O mesmo se passa em caso de lesão de um direito directamente conferido por uma norma comunitária que os particulares podem invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Aqui, o direito à

39 — *Ibidem*, n.os 39 e 40.

40 — Acórdão Roks e o., já referido na nota 27, n.° 18, e de 24 de Junho de 1987, Borrie Clarke (384/85, Colect., p. 2865, n.os 11 e 12).

41 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1986 (152/84, Colect., p. 723, n.° 49).

42 — Acórdão de 5 de Março de 1996 (C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029, n.° 20).

reparação constitui o corolário necessário do efeito directo das disposições comunitárias, cuja violação está na origem do prejuízo causado» [43].

70. À luz desta jurisprudência e supondo que o Tribunal de Justiça tenha respondido afirmativamente à primeira questão prejudicial, deve responder-se à quarta questão e à primeira parte da quinta questão que a recorrida, como organismo do Estado, pode ter incorrido em responsabilidade, exigível pelos lesados nos tribunais nacionais, se se comprovar que a disposição nacional em questão deu origem, posteriormente a 23 de Dezembro de 1984, termo do prazo de transposição para o direito nacional da Directiva 79/7, a discriminação em razão do sexo em matéria de segurança social.

71. Tal como já se referiu no ponto 40, não há que dar resposta à segunda parte da quinta questão prejudicial, visto que se refere a problemas de interpretação do direito interno, que não cabe a este Tribunal examinar.

Conclusão

Com base nas considerações que antecedem, proponho que o Tribunal de Justiça responda ao Hanseatisches Oberlandesgericht em Bremen da seguinte forma:

«1) A recorrente não faz parte da população activa para os efeitos da aplicação da Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, porque, para prestar assistência ao seu marido inválido, não deixou uma actividade profissional que estivesse a exercer, nem interrompeu a procura de um emprego, sendo para este efeito irrelevante que realize prestações que ultrapassam a assistência normalmente concedida no âmbito do casamento.»

43 — *Ibidem*, n.os 21 e 22.

Se o Tribunal não adoptar este critério, deve responder às restantes perguntas da seguinte forma:

«2) O artigo 4.°, n.° 1, da Directiva 79/7 não se opõe a uma disposição nacional que recusa a um segurado o direito às prestações ao domicílio em caso de doença a cargo da entidade gestora, na forma de prestação em espécie ou de reembolso das despesas com o pessoal que ele mesmo contratou, quando o segurado, que é o único titular desse direito, vive com outra pessoa que pode prestar-lhe a assistência e auxílio de que necessita.

3) Se a recorrente não faz parte da população activa na acepção da Directiva 79/7, nem ela nem o seu marido poderão invocar a directiva para afastar a aplicação de uma legislação nacional supostamente discriminatória. Se, pelo contrário, a recorrente faz parte da população activa, quer ela quer o seu marido poderão invocar a Directiva 79/7 para afastar a aplicação dessa mesma disposição nacional.

4) A recorrida, como organismo do Estado, pode ter incorrido em responsabilidade, exigível pelos lesados nos tribunais nacionais, se se provar que a disposição nacional em questão deu origem, posteriormente a 23 de Dezembro de 1984, termo do prazo de transposição para o direito nacional da Directiva 79/7, a discriminação em razão do sexo em matéria de segurança social.»