CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL SIEGBERT ALBER

apresentadas em 26 de Junho de 2001 [1]

I — Introdução

1. O presente processo prejudicial submetido ao Tribunal de Justiça pelo Sozialgericht Trier tem por objecto a aplicação do 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 [2] e, em particular, a aplicação dos seus artigos 67.º a 71.º à nacional de um país terceiro casada com um cidadão da União Europeia e que vive com ele no país de origem deste último. Ela solicita neste país o pagamento de prestações de desemprego depois de ter perdido o seu emprego no Luxemburgo, onde trabalhava.

II — Factos e processo

2. A recorrente no processo principal (a seguir «recorrente») é de nacionalidade polaca, está casada com um nacional alemão e vive na Alemanha desde Abril de 1998.

3. De 1 de Julho de 1998 a 22 de Dezembro de 1999, exerceu a actividade de empregada doméstica no Grão-Ducado do Luxemburgo. Em Janeiro de 2000, inscreveu-se como desempregada no Arbeitsamt Trier (instituto do emprego em Trier) e solicitou o pagamento de prestações de desemprego.

4. Uma vez que a administração luxemburguesa do emprego declarou não poder emitir um certificado E 301 [3] devido a U. Ruhr ter nacionalidade polaca, o recorrido no processo principal indeferiu o pedido da recorrente, com fundamento no facto de esta não preencher as condições de estágio para o início do direito às prestações. Assim, a interessada não exerceu, durante o período de três anos anterior ao pedido e durante pelo menos doze meses, uma actividade sujeita a seguro obrigatório. Por outro lado, por ser nacional de um

1 — Língua original: alemão.

2 — Regulamento n.º 1408/71 na versão do Regulamento (CE) n.º 118/97 do Conselho, de 2 de Dezembro 1996, que altera e actualiza o Regulamento (CEE) n.º 1408/71 (JO 1997, L 28, p. 1).

3 — Este formulário destina-se à «declaração relativa aos períodos a considerar para a concessão de prestações de desemprego», à luz dos artigos 67.º, 68.º, 71.º n.º 1, alínea a), ii), e do artigo 71.º, n.º 1, alínea b), ii); v. Decisão n.º 154, de 8 de Fevereiro de 1994, relativa aos modelos de formulários para a aplicação dos Regulamentos (CEE) n.º 1408/71 e (CEE) n.º 574/72 do Conselho (E 301, E 302 e E 303) (JO L 224, p. 123).

país terceiro, a recorrente não pode beneficiar da derrogação a favor dos trabalhadores fronteiriços nem das disposições do direito comunitário.

5. Após o indeferimento da sua reclamação, U. Ruhr impugnou esta decisão no Sozialgericht Trier alegando não poder receber no Luxemburgo, as prestações de desemprego, apesar de aí ter exercido, durante mais de um ano, uma actividade sujeita a seguro obrigatório, apenas com o fundamento de aí não residir. Em razão da sua nacionalidade, também não podia invocar, na Alemanha, as disposições pertinentes do Regulamento n.º 1408/71. Segundo a recorrente, a decisão em litígio viola também o direito do seu marido circular livremente no interior da Comunidade, na medida em que, para preservar o direito às prestações da recorrente no processo principal, o seu marido não poderia manter o seu domicílio na Alemanha, sendo forçado a transferir a sua residência para outro Estado-Membro.

6. Aderindo à argumentação da recorrente no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«A interpretação dada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no acórdão de 23 de Novembro de 1976 ao artigo 2.º, n.º 1, 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 e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade (JO L 149, p. 2; EE 05 F1 p. 98), no seu acórdão de 23 de Novembro de 1976 (Recueil, p. 1669, Colect., p. 661), continua válida mesmo que afecte indirectamente a livre circulação de um nacional de um Estado-Membro?»

7. Os Governos austríaco e do Reino Unido, bem como a Comissão, intervieram no processo. O Tribunal de Justiça decidirá sem fase oral.

III — Quadro jurídico

a) *As disposições pertinentes do Regulamento n.º 1408/71*

8. O artigo 2.º, que regula o âmbito de aplicação pessoal do regulamento, dispõe o seguinte nos seus n.os 1 e 2:

«O presente regulamento aplica-se aos trabalhadores assalariados ou não assalariados que estão ou estiveram sujeitos à legislação de um ou mais Estados-Membros e que sejam nacionais de um dos Estados-Membros, apátridas ou refugiados residen-

tes no território de um dos Estados-Membros, bem como aos membros da sua família e sobreviventes [4].

[...] o presente regulamento aplica-se aos sobreviventes dos trabalhadores assalariados ou não assalariados sujeitos à legislação de um ou mais Estados-Membros, independentemente da nacionalidade desses trabalhadores assalariados ou não assalariados, sempre que os seus sobreviventes sejam nacionais de um dos Estados-Membros, apátridas ou refugiados residentes no território de um dos Estados-Membros.»

9. O artigo 71.°, n.° 1, alínea a), ii), prevê:

«O trabalhador fronteiriço, em situação de desemprego completo, beneficiará das prestações em conformidade com as disposições da legislação do Estado-Membro em cujo território reside, como se tivesse estado sujeito a essa legislação no decurso do último emprego; tais prestações serão concedidas pela instituição do lugar de residência e ficarão a seu cargo.»

b) *Acordo europeu entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-Membros, por um lado, e a República da Polónia, por outro* [5]

10. Os artigos 37.° e 38.° deste acordo têm a seguinte redacção:

«*Artigo 37.°*

1. Sem prejuízo das condições e modalidades aplicáveis em cada Estado-Membro:

— o tratamento concedido aos trabalhadores de nacionalidade polaca, legalmente empregados no território de um Estado-Membro, não pode ser objecto de qualquer discriminação baseada na nacionalidade, no que respeita a condições de trabalho, remunerações ou despedimentos, em relação aos cidadãos daquele Estado-Membro,

— o cônjuge e os filhos legalmente residentes de um trabalhador legalmente empregado no território de um Estado-

4 — O texto desta norma foi alargado através do Regulamento (CE) n.° 307/1999 do Conselho, de 8 de Fevereiro de 1999, tendo sido inseridos os termos «e aos estudantes» na primeira parte da frase da norma (JO L 38, p. 1).

5 — Decisão 93/743/Euratom, CECA, CE do Conselho e da Comissão, de 13 de Dezembro de 1993, relativa à celebração do acordo europeu entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-Membros, por um lado, e a República da Polónia, por outro (JO L 348, p. 1).

Membro, com exclusão dos trabalhadores sazonais e os trabalhadores abrangidos por acordos bilaterais na acepção do artigo 41.°, salvo disposição em contrário dos referidos acordos, terão acesso ao mercado de trabalho desse Estado-Membro, durante o período de validade da autorização de trabalho.

2. A Polónia concederá [...]

Artigo 38.°

1. A fim de coordenar os regimes de segurança social dos trabalhadores de nacionalidade polaca legalmente empregados no território de qualquer Estado-Membro e dos membros da sua família, legalmente residentes nesse Estado-Membro, sem prejuízo das condições e modalidades aplicáveis em cada Estado-Membro:

— todos os períodos completos de seguro, emprego ou residência desses trabalhadores nos vários Estados-Membros serão cumulados para efeitos do estabelecimento das pensões e anuidades de velhice, invalidez ou sobrevivência, bem como para efeitos de assistência médica para esses trabalhadores e respectivas famílias,

— [...]

2. A Polónia concederá [...]»

IV — Argumentação das partes

a) *O Governo austríaco*

11. O Governo austríaco observa que um nacional polaco só poderá ser abrangido pelo âmbito de aplicação pessoal do regulamento, como previsto no artigo 2.°, n.° 1, do Regulamento n.° 1408/71, na sua qualidade de membro ou de membro sobrevivo da família de um trabalhador, ele próprio nacional de um Estado-Membro. Ora, em seu entender, resulta do acórdão Kermaschek [6] que as disposições do Regulamento n.° 1408/71 relativas às prestações de desemprego e particularmente o seu artigo 71.° não são aplicáveis aos nacionais de países terceiros, membros da família de um trabalhador comunitário.

12. O Governo austríaco sublinha que os princípios enunciados neste acórdão foram confirmados pelo acórdão de 30 de Abril

6 — Acórdão de 23 de Novembro de 1976 (40/76, Recueil, p. 1669, Colect., p. 661).

de 1996, Cabanis-Issarte [7] no qual o Tribunal de Justiça, revendo de um modo geral a posição defendida no processo Kermaschek, segundo a qual os membros de família só podem invocar, ao abrigo do Regulamento n.º 1408/71, direitos derivados, considerou que:

«o cônjuge de um trabalhador comunitário não pode invocar a sua qualidade de membro de família do referido trabalhador para beneficiar das disposições dos artigos 67.º a 71.º do Regulamento n.º 1408/71» [8].

13. Mesmo sob o ângulo defendido pelo órgão jurisdicional de reenvio, de um possível entrave à livre circulação, não existe, na opinião do Governo austríaco, nenhum motivo para inverter a jurisprudência Cabanis-Issarte. Com efeito, resulta do despacho de reenvio que o cônjuge da recorrente no processo principal vive na Alemanha e não fez uso do seu direito à livre circulação. Não podia tratar-se, portanto, de violação da livre circulação.

14. No caso em apreço, o facto de não aplicar o artigo 71.º do Regulamento n.º 1408/71 à recorrente no processo principal não viola o direito do seu marido à livre circulação mas equivale ao reconhecimento da existência dessa liberdade a favor da nacional de um país terceiro.

15. Consequentemente, o Governo austríaco propõe que à questão prejudicial seja dada a seguinte resposta:

Os membros da família de um trabalhador assalariado referido no Regulamento (CEE) n.º 1408/71 não podem invocar o artigo 39.º do Tratado CE ou este regulamento para exigir prestações de segurança social ligadas à sua própria carreira, como as prestações de desemprego, quando não preencham eles próprios os critérios relativos à qualidade de trabalhador assalariado na acepção deste regulamento.

b) *O Governo do Reino Unido*

16. O Governo do Reino Unido observa, em primeiro lugar, que a situação de facto na origem do processo não se refere ao exercício por um dos cônjuges, de um direito atribuído pela ordem jurídica comunitária. Em especial, a recorrente não podia, enquanto nacional de um país terceiro, invocar o direito à livre circulação nos termos do artigo 39.º CE. O artigo 38.º do Acordo europeu celebrado entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-Membros por um lado, e a Polónia por outro [9], prevê a cumulação dos períodos completos de emprego ou seguro cumpridos pelos nacionais polacos empregados ou residindo legalmente em mais de um

7 — C-308/93, Colect., p. I-2097, n.º 23.
8 — *Ibidem*.
9 — JO L 348, p. 2.

Estado-Membro, mas isso apenas para efeitos da concessão de pensões e anuidades de velhice, invalidez, sobrevivência e assistência médica, e não a título de seguro de desemprego; o direito de trabalhar ou residir num Estado-Membro permanece da competência de cada Estado-Membro.

17. A título subsidiário, o Reino Unido observa que o órgão jurisdicional de reenvio convida o Tribunal de Justiça a acolher uma interpretação do artigo 2.° do Regulamento n.° 1408/71 que levaria a equiparar os direitos dos membros da família de um trabalhador, independentemente da sua nacionalidade, aos de um trabalhador de nacionalidade comunitária.

18. Esta interpretação não é compatível com o texto do artigo 2.° do regulamento, que visa duas categorias claramente distintas de pessoas (os trabalhadores, por um lado, e os membros e membros sobrevivos da sua família, por outro), e não é necessária para facilitar a livre circulação dos trabalhadores na acepção do Tratado.

19. O Governo do Reino Unido alega ainda que decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que as duas categorias de pessoas descritas no artigo 2.°, n.° 1, do Regulamento n.° 1408/71 são titulares de direitos distintos: só as pessoas da primeira categoria (trabalhadores nacionais de um Estado-Membro) são titulares de direitos «primários», por direito próprio na acepção do artigo 39.° CE, enquanto que o direito derivado atribuiu determinados direitos aos membros de família dos trabalhadores, mas trata-se de direitos «derivados», existentes principalmente com o objectivo de facilitar a circulação do próprio trabalhador na Comunidade [10].

20. O Governo do Reino Unido salienta que, no seu acórdão Cabanis-Issarte, o Tribunal de Justiça modificou a jurisprudência Kremaschek: manteve a distinção entre os direitos dos trabalhadores nos termos do Regulamento e os direitos dos membros da sua família, mas não fez essa distinção com base na questão de saber se a prestação controvertida depende de «direitos derivados» em razão do direito nacional mas sim com base na questão de saber se as *disposições* em questão do *Regulamento n.° 1408/71* faziam parte das aplicáveis somente aos trabalhadores ou às duas categorias abrangidas pelo artigo 2.°, n.° 1.

21. No entender do Governo do Reino Unido não existe nenhum motivo para inverter esta jurisprudência. Observa que a única razão apresentada pelo Sozialgericht para abandonar a jurisprudência actual é que isso seria necessário com vista a facilitar a livre circulação de um nacional comunitário, cônjuge de uma pessoa como a recorrente. Todavia, não é esse o caso. No que diz respeito a Sr. Ruhr, não existe nenhum motivo para supor que o facto de o artigo 71.° não ser aplicável à sua mulher poderia influenciar a sua decisão relativa à sua própria actividade como trabalhador, assalariado ou não, na Alemanha.

10 — Acórdão Kermaschek (já referido na nota 6, n.os 7 e 9) e as conclusões do advogado-geral G. Reischl, de 11 de Novembro de 1976, no mesmo processo (Recueil, pp. 1682 a 1683, Colect., p. 661).

22. Por fim, o Governo do Reino Unido considera que, caso o Tribunal de Justiça venha a alterar uma interpretação do direito que dominou durante mais de um quarto de século, deve limitar no tempo os efeitos do seu acórdão, como fez no acórdão Cabanis-Issarte.

23. Concluindo, o Reino Unido propõe que o Tribunal de Justiça responda à questão prejudicial nos seguintes termos:

O cônjuge de um nacional comunitário não pode prevalecer-se do seu estatuto de membro da família do trabalhador para invocar a aplicação dos artigos 67.° a 71.° do Regulamento n.° 1408/71.

c) *A Comissão*

24. A Comissão observa que o litígio no processo principal corresponde essencialmente ao que esteve na origem do processo Kermaschek e que, desde 1976, nada de essencial foi modificado nas disposições pertinentes do Regulamento n.° 1408/71. No seu entender, uma decisão do Tribunal de Justiça que se afaste do acórdão no processo 40/76 apenas é concebível se os argumentos apresentados a favor de tal inversão forem muito convincentes.

25. Segundo a Comissão, foram apresentados dois argumentos pelo órgão jurisdicional de reenvio: no seu acórdão Kermaschek, o Tribunal de Justiça não teve suficientemente em conta as eventuais repercussões da sua decisão relativamente ao cônjuge, nacional de um Estado-Membro, nem o direito deste à livre circulação no interior da Comunidade; por outro lado, a evolução do direito comunitário nas duas últimas décadas pode sugerir uma alteração da jurisprudência relativa aos nacionais de países terceiros.

26. A este respeito, a Comissão considera, em primeiro lugar, que o cônjuge da recorrente não é um trabalhador migrante na acepção do Regulamento n.° 1408/71 e que não tem manifestamente intenção de exercer num futuro próximo o seu direito à livre circulação.

27. No caso em apreço trata-se de saber se os nacionais de países terceiros podem ser titulares de um direito próprio à livre circulação, o que, consequentemente, levaria à aplicação *mutatis mutantis* dos artigos 67.° a 71.° do Regulamento n.° 1408/71. Na opinião da Comissão não existe actualmente tal direito geral. Nos casos em que os direitos de nacionais comunitários não são afectados, o facto de um nacional de um país terceiro ser casado com um cidadão comunitário é, em princípio, irrelevante e estes casos não devem ser apreciados diversamente daqueles em que o cidadão de um país terceiro é solteiro. A este propósito, a Comissão observa ter apresentado ao Conselho uma proposta destinada a fazer beneficiar os

nacionais de países terceiros que residem legalmente num Estado-Membro das disposições sociais relativas à garantia da livre circulação dos trabalhadores assalariados e não assalariados na Comunidade [11]. Tratar-se, contudo, de uma decisão livre do legislador, na medida em que o Tratado CE não fixa objectivos imperativos neste sentido, mas apenas possibilita a sua fixação.

28. A Comissão tem ainda em conta os artigos 37.°, n.° 1, primeiro travessão, 38.°, n.° 1, 39.°, n.° 1 e 42.° do Acordo europeu entre as Comunidades Europeias e os Estados-Membros, por um lado, e a República da Polónia, por outro.

29. O artigo 37.°, n.° 1, primeiro travessão, proíbe, «sem prejuízo das condições e modalidades aplicáveis em cada Estado-Membro [...]», qualquer discriminação baseada na nacionalidade, «no que respeita a condições de trabalho, remunerações ou despedimentos».

30. Uma vez que o seguro obrigatório ou facultativo contra o risco de desemprego faz parte das condições de trabalho de qualquer trabalhador, é óbvio, segundo a Comissão, que se U. Ruhr tivesse residido no Luxemburgo e reclamado aí os seus direitos, o artigo 37.° impediria que lhe fossem recusadas as suas prestações de seguro de desemprego. Contudo, a questão que se coloca no caso presente é a de saber, se o facto de ela residir na Alemanha, onde nunca trabalhou, leva a uma apreciação diferente, atendendo a que esta última invoca os seus direitos, não em face ao seguro de desemprego luxemburguês mas sim ao alemão.

31. Segundo a Comissão, a redacção do artigo 37.°, n.° 1, do Acordo europeu não se opõe imperativamente a uma interpretação deste preceito no sentido de criar — sob certas condições — igualmente obrigações para o Estado-Membro de residência, na medida em que aí se determina que «o tratamento concedido aos trabalhadores de nacionalidade polaca [...] não pode ser objecto de [qualquer discriminação] baseada na [...]». Este artigo não define, portanto, qual dos Estado-Membros deverá conceder este «tratamento nacional»: não se afirma, em caso algum, que o benefício desta disposição deve ser concedido exclusivamente pelo Estado-Membro de emprego, embora tal suceda em regra geral. A única questão determinante, no entender da Comissão, é a de saber se se trata do benefício de direitos relativos às condições de trabalho, de remuneração ou de despedimento e não, de modo algum, de direitos ligados à residência (por exemplo, o direito à assistência social).

32. O facto de um nacional alemão na mesma situação poder invocar, em razão da sua relação de trabalho no Luxemburgo, direitos nos termos do artigo 71.°, n.° 1, alínea a), ii), ou eventualmente alínea b), ii) perante o seguro de desemprego alemão, deveria levar, com base no princípio de igualdade de tratamento enunciado no artigo 37.°, n.° 1, do Acordo europeu, a

11 — JO 1998, C 6, p. 15.

que a mesma possibilidade fosse prevista para um nacional polaco.

33. Contudo, não se podia manter esta posição, em razão da economia do capítulo relativo à livre circulação dos trabalhadores, bem como dos termos do artigo 38.°, n.° 1, primeiro travessão, do Acordo europeu, que prevê a regra da cumulação dos períodos completos de seguro, emprego e residência, mas não refere o seguro de desemprego. Este seguro não pode, assim, ser abrangido pelo artigo 37.° do Acordo europeu.

34. O artigo 37.° — apesar da sua formulação mais lata — abrange apenas os direitos em relação ao Estado-Membro de emprego, enquanto que o artigo 38.° regula matérias que carecem de «coordenação» entre Estados-Membros, na medida em que não se referem a um só Estado-Membro, enquanto Estado-Membro de emprego, mas sim vários Estados-Membros. Uma «coordenação» entre os Estados-Membros não é necessária só nos casos expressamente previstos no artigo 38.°, relativos à cumulação de direitos adquiridos nos diversos Estados-Membros, mas impõe-se sobretudo quando se trata, como prevê o artigo 71.°, n.°1, alínea a), ii), ou alínea b), ii), do Regulamento n.° 1408/71, de substituir os direitos invocados face a um Estado-Membro pela constituição de direitos relativamente a outro Estado-Membro. O facto de os trabalhadores polacos não terem o direito de circular livremente na Comunidade Europeia, não lhes sendo, consequentemente, aplicáveis as disposições do Regulamento n.° 1408/71 nem sendo estas, salvo decisão expressa, extensíveis de modo a assegurar a sua aplicação através do artigo 37.° do Acordo europeu, corresponde plenamente a esta interpretação dos artigos 37.° e 38.° do Acordo europeu. Uma vez que o seguro de desemprego não é referido no artigo 38.°, os nacionais polacos não têm actualmente quaisquer direitos resultantes do artigo 71.°, n.° 1, alínea a), ii), ou alínea b), ii) do Regulamento n.° 1408/71.

35. A Comissão acentua que só no direito nacional luxemburguês poderá ser encontrada uma solução para o pedido, perfeitamente justificado, da recorrente no processo principal, eventualmente após recurso ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em Estrasburgo.

36. Concluindo, a Comissão propõe ao Tribunal de Justiça que à questão prejudicial seja dada a seguinte resposta:

Em caso de desemprego, os nacionais polacos, incluindo os cônjuges de nacionais de um Estado-Membro, não têm, no estado actual do direito comunitário, direito a quaisquer prestações da parte do Estado-Membro de residência ao abrigo do artigo 71.° do Regulamento (CEE) n.° 1408/71.

V — Apreciação

37. O juiz de reenvio pretende saber se a recorrente no processo principal pode invocar validamente os artigos 67.° a 71.° do Regulamento n.° 1408/71.

38. O artigo 2.°, n.° 1, do regulamento delimita o âmbito de aplicação pessoal do mesmo nos termos seguintes:

«O presente regulamento aplica-se aos trabalhadores assalariados ou não assalariados que estão ou estiveram sujeitos à legislação de um ou mais Estados-Membros *e que sejam nacionais de um dos Estados-Membros,* apátridas ou refugiados residentes no território de um dos Estados-Membros, bem como aos membros da sua família e sobreviventes» [12].

39. Com base no estado actual da jurisprudência do Tribunal de Justiça há que partir do princípio de que os trabalhadores e os seus familiares constituem dois grupos de pessoas, em princípio, a distinguir. No acórdão Kermaschek, que visava o artigo 2.°, n.° 1, do Regulamento, o Tribunal de Justiça afirmou:

«Que já a justaposição sugerida pelo emprego da expressão 'bem como' indica que esta disposição visa duas categorias de pessoas claramente distintas: os trabalhadores por um lado, e os membros da sua família e seus sobrevivos, por outro; que, a título de trabalhador, só são admitidos os nacionais de um Estado-Membro, os apátridas e os refugiados que estão ou estiveram sujeitos ao regime de segurança social de um ou mais Estados; que, enquanto que as pessoas que pertencem à primeira categoria podem reivindicar o direito a prestações previsto no regulamento a título próprio, as pessoas que pertencem à segunda categoria só podem reclamar direitos derivados adquiridos na qualidade de membro de família ou de sobrevivo de um trabalhador, ou seja, de uma pessoa pertencente à primeira categoria;

Que esta interpretação é confirmada pelo texto do n.° 2 do artigo 2.° [13], que dispõe, que os trabalhadores não nacionais de um Estado-Membro são, contudo, equiparados a estes nacionais no que respeita aos direitos dos seus sobrevivos desde que estes sejam nacionais de um dos Estados-Membros, apátridas ou refugiados residentes no território de um dos Estados-Membros; que esta interpretação é ainda confirmada pelo facto do artigo 1.° do Regulamento fazer igualmente uma distinção clara entre os trabalhadores, por um lado, e os membros da sua família por outro, na medida em que define, ele próprio, nas alíneas a), b) e c), as

12 — Sublinhado nosso.

13 — V., quanto à redacção, *supra,* n.° 8.

expressões 'trabalhador', 'trabalhador fronteiriço', e 'trabalhador sazonal', mas, pelo contrário, remete nas alíneas f) e g), quanto à definição da expressão 'membro da família' e do termo 'sobrevivente', para as legislações nacionais indicadas» [14].

40. Embora o primeiro grupo de pessoas tenha sido ampliado pelo Regulamento n.º 307/1999, que altera o Regulamento 1408/71 [15], deve certamente manter-se a distinção de princípio entre este grupo, por um lado, e o dos familiares, segundo grupo de pessoas referido nesta disposição, por outro. Esta análise é igualmente corroborada pelo acórdão Cabanis-Issarte [16], no qual o Tribunal de Justiça expôs:

«[o] artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1408/71, ao delimitar o âmbito de aplicação pessoal do mesmo, visa duas categorias claramente distintas de pessoas: os trabalhadores, por um lado, e os membros da sua família e os seus supérstites, por outro. Os primeiros devem, para ser abrangidos pelo regulamento, ser nacionais de um Estado-Membro, apátridas ou refugiados residentes no território de um Estado-Membro; em contrapartida, não é exigida qualquer condição de nacionalidade em relação aos membros da família ou aos supérstites de trabalhadores, nacionais comunitários, para que o regulamento lhes seja aplicável» [17].

41. Em razão da sua nacionalidade polaca, não há dúvida que a recorrente não pertence ao primeiro grupo de pessoas definidas no artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1408/71. Enquanto cônjuge de um cidadão da União, pode, no entanto, na qualidade de membro da família, pertencer ao segundo grupo de pessoas previsto no artigo 2.º, n.º 1, do regulamento. É certo que o despacho de reenvio não permite detectar se, e a que título (trabalhador assalariado ou não assalariado, etc.), o cônjuge alemão da recorrente é abrangido pelo âmbito de aplicação pessoal do artigo 2.º, n.º 1, do regulamento. Contudo, o facto de a argumentação do órgão jurisdicional de reenvio referir um entrave indirecto à livre circulação do cônjuge leva-nos a presumir, para a sequência da análise, que este último preenche pessoalmente as condições que o vinculam ao âmbito de aplicação pessoal do artigo 2.º, n.º 1, do regulamento, pelo que a recorrente, na qualidade de membro da família, pertence ao segundo grupo de pessoas mencionado no artigo 2.º, n.º 1, do regulamento.

42. Coloca-se agora a questão de saber se a recorrente, pelo facto de poder pertencer, enquanto membro da família na acepção do artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1408/71, ao âmbito de aplicação pessoal deste regulamento, pode invocar os

14 — Acórdão Kermaschek, já referido na nota 6, n.ºs 7 e 8.

15 — O Regulamento n.º 307/1999 integrou os estudantes no âmbito de aplicação pessoal do Regulamento n.º 1408/71.

16 — Já referido na nota 7.

17 — *Ibidem*, n.º 21.

seus artigos 67.° a 71.°, ou seja, se pode beneficiar das disposições especiais previstas em relação aos trabalhadores fronteiriços no artigo 71.°, n.° 1, alínea a), ii), que designam a administração do trabalho do Estado de residência como instituição competente para a concessão de prestações de desemprego.

43. À luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça até agora proferida [18], a resposta a esta questão é — igualmente na opinião unânime das partes — relativamente clara e mais precisamente negativa.

44. Relativamente às disposições do Regulamento n.° 1408/71 relevantes no presente processo, o acórdão Kermaschek dizia respeito a uma situação de facto comparável.

«A Sr.ª Kermaschek, de nacionalidade jugoslava, pretendia beneficiar das disposições do Regulamento n.° 1408/71 relativas à totalização dos períodos de seguro ou de emprego para a aquisição de um direito às prestações de desemprego. Não podia invocar para o efeito a sua qualidade de trabalhadora na Alemanha, porque era nacional de um país terceiro. Também não podia invocar a sua qualidade de cônjuge de um nacional alemão, uma vez que as disposições comunitárias em causa eram exclusivamente aplicáveis aos trabalhadores» [19].

45. No acórdão Kermaschek, o Tribunal de Justiça fez uma distinção entre os direitos próprios e os direitos derivados que podiam ser invocados, respectivamente, pelo primeiro ou pelo segundo grupo de pessoas previstos no artigo 2.°, n.° 1, do Regulamento n.° 1408/71 [20]. Relativamente à questão de poder invocar os artigos 67.° e seguintes do Regulamento n.° 1408/71, o Tribunal de Justiça concluiu o seguinte:

«Os artigos 67.° a 70.° do Regulamento n.° 1408/71 têm por objecto principal apenas a coordenação dos direitos às prestações de desemprego pagas nos termos das legislações nacionais dos Estados-Membros aos trabalhadores assalariados nacionais de um Estado-Membro; os membros da família desses trabalhadores só têm direito às prestações previstas por essas legislações para os membros da família dos trabalhadores desempregados, sendo a nacionalidade destes membros da família, a este propósito indiferente» [21].

46. Transpondo estas afirmações para o caso vertente conclui-se que o artigo 71.° do regulamento não pode atribuir à recorrente qualquer direito a prestações de

18 — Acórdãos Kermaschek (já referido na nota 6), Cabanis-Issarte (já referido na nota 7), e de 10 de Outubro de 1996, Ingrid Hoever e Iris Zachow (C-245/94 e C-312/94, Colect., p. I-4895).

19 — Acórdão Cabanis-Issarte, já referido na nota 7, n.° 24.

20 — Acórdão Kermaschek, já referido na nota 6, n.° 39.

21 — *Ibidem*, n.° 9.

desemprego a cargo da instituição alemã, porque estas disposições «têm por objecto principal a coordenação dos direitos às prestações de desemprego pagas, por força das legislações nacionais dos Estados-Membros, aos trabalhadores assalariados nacionais de um Estado-Membro e não aos membros da sua família» [22].

47. Na jurisprudência posterior ao acórdão Kermaschek o Tribunal de Justiça manteve num primeiro momento, a distinção entre direitos próprios e direitos derivados com vista à determinação do âmbito de aplicação das disposições do regulamento aos dois grupos de pessoas que devem ser distinguidos nos termos do artigo 2.°, n.° 1, do Regulamento [23].

48. Contudo, no acórdão Cabanis-Issarte, o Tribunal de Justiça pôs fundamentalmente em causa esta distinção, na medida em que ela «pode ter como consequência prejudicar a exigência fundamental da ordem jurídica que é constituída pela uniformidade da aplicação das suas regras, fazendo depender a sua aplicabilidade aos particulares da qualificação de direito próprio ou de direito derivado dada pela legislação nacional aplicável às prestações em causa, atendendo às particularidades do regime interno de segurança social» [24].

49. O Tribunal de Justiça foi assim levado a limitar o alcance da sua jurisprudência resultante do acórdão Kermaschek referente à distinção entre direitos próprios e direitos derivados apenas às circunstâncias descritas no processo Kremaschek [25].

50. Mesmo partindo do princípio de que, de um ponto de vista dogmático, o Tribunal de Justiça relativizou fortemente, no acórdão Cabanis-Issarte, a distinção entre direitos próprios e direitos derivados, o que é igualmente confirmado pelo acórdão Hoever e Zachov, segundo o qual, tratando-se de prestações familiares, «a distinção entre direitos próprios e direitos derivados não se aplica, em princípio, às prestações familiares» [26], o Tribunal de Justiça manteve sempre expressamente, em circunstâncias de facto comparáveis às do processo Kermaschek, a conclusão deste acórdão, o que se deduz tanto do acórdão Cabanis-Issarte [27] como do acórdão Hoever e Zachov [28].

51. Atendendo a que o caso presente tem por objecto uma situação comparável à do processo Kermaschek, há que partir do princípio, com base no estado actual da jurisprudência, que a recorrente não pode invocar, na sua qualidade de membro da família, os artigos 67.° a 71.° do Regulamento n.° 1408/71 para solicitar o benefí-

22 — Acórdão Cabanis-Issarte, já referido na nota 7, n.° 23.

23 — Acórdãos de 6 de Junho de 1985, Frascogna (157/84, Recueil, p. 1739); de 20 de Junho de 1985, Deak (94/84, Recueil, p. 1873); de 17 de Dezembro de 1987, Zaoui (147/87, Colect., p. 5511); de 8 de Julho de 1992, Taghavi (C-243/91, Colect., p. I-4401), e de 27 de Maio de 1993, Schmid (C-310/91, Colect., p. I-3011).

24 — Já referido na nota 7, n.° 31.

25 — *Ibidem*, n.° 34.

26 — Já referido na nota 18, n.° 33.

27 — Já referido na nota 7, n.°s 23 e 24.

28 — Já referido na nota 18, n.° 32.

cio de prestações de desemprego no seu Estado de residência, sem aí ter completado os períodos exigidos na ordem jurídica desse Estado.

52. A única questão que agora se coloca consiste, pois, em saber se existem motivos que põem seriamente em causa a jurisprudência actual, de modo a exigir uma alteração da mesma.

53. Em primeiro lugar, há que abordar a referência do órgão jurisdicional de reenvio à dimensão temporal [29] da jurisprudência baseada no acórdão Kermaschek. Vários motivos podem levar a esta conclusão. A jurisprudência estabelecida há quase 25 anos foi na realidade — como anteriormente referido — posta seriamente em questão [30].

54. De um ponto de vista meramente teórico pode afirmar-se, que o carácter dinâmico do direito comunitário pode fornecer razões para reexaminar um conceito elaborado há 25 anos pela jurisprudência, sobretudo se as liberdades fundamentais da Comunidade, das quais fazem parte a livre circulação de pessoas, puderem ser melhor tuteladas por outros meios, como parece defender o juiz de reenvio.

55. Por fim, também no plano legislativo, verificaram-se, entretanto, uma série de modificações, desde alterações do direito primário comunitário à extensão concreta do artigo 2.°, n.° 1, do Regulamento n.° 1408/71.

56. Estas considerações não são, contudo, por si só, susceptíveis de privar de pertinência o acórdão Kermaschek como não sendo mais relevante, uma vez que o Tribunal de Justiça confirmou expressamente a sua validade em 1996, e isto por duas vezes [31].

57. O argumento da violação indirecta da livre circulação do cônjuge nacional da comunidade, conforme apresentado pelo juiz de reenvio, parece mais convincente. Contudo, nada foi dito relativamente à questão de se saber em que medida o cônjuge alemão da recorrente alguma vez exerceu o seu direito à livre circulação de que beneficia ao abrigo do Tratado. Por isso, continua por resolver a questão de saber se o mesmo deve ser considerado trabalhador migrante e se é abrangido pelo âmbito de aplicação pessoal do Regulamento n.° 1408/71. A possibilidade teórica de que ele possa vir um dia a exercer esse direito, potencialmente válida para todos os nacionais comunitários, não é suficiente para fundamentar uma consequência jurídica tão importante como a livre circulação de facto de um cônjuge nacional de um país terceiro. As circunstâncias concretas do caso vertente não parecem assim, de modo nenhum, favoráveis a uma inversão da jurisprudência actual do Tribunal de Justiça.

29 — Pode-se ler no fim do pedido de decisão prejudicial: «Uma vez que, nestas circunstâncias, tem cabimento a questão de se saber se o Tribunal de Justiça mantém os princípios enunciados no acórdão de 1976, referido no n.° 2, impunha-se um — novo — pedido de decisão prejudicial.»

30 — V. acórdãos Cabanis-Issarte (já referido na nota 7) e Hoever e Zachov (já referido na nota 18).

31 — Acórdãos Cabanis-Issarte (já referido na nota 7) e Hoever e Zachov (já referido na nota 18).

58. Coloca-se, porém, a questão legítima de saber se a recorrente não pode eventualmente beneficiar das prestações de desemprego solicitadas noutra base jurídica. Tanto o Governo do Reino Unido como a Comissão fizeram referência, a este propósito, ao Acordo europeu celebrado entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-Membros, por um lado, e a República da Polónia, por outro. O artigo 37.° deste Acordo estabelece o princípio da igualdade de tratamento dos trabalhadores polacos, enquanto o artigo 38.° prevê a coordenação dos regimes de segurança social para alguns sectores.

59. Salienta-se que as prestações de desemprego não são mencionadas no artigo 38.°, mas somente as pensões e anuidades de velhice, invalidez, sobrevivência, bem como para efeitos de assistência médica. A Comissão assinalou que a coordenação do seguro de desemprego pode ser eventualmente alvo de uma futura decisão do Conselho de Associação, relativa à aprovação de medidas em matéria de coordenação dos sistemas de segurança social. Daqui se deduz, porém, que de *lege lata*, tal coordenação ainda não existe.

60. Quanto ao princípio da igualdade de tratamento inscrito no artigo 37.° do Acordo, há que seguir a análise da Comissão segundo a qual esta disposição se destina ao Estado de emprego. Consequentemente, esta disposição não permite fundamentar um direito a prestações de desemprego em relação à Alemanha, enquanto país de residência. Esta análise remete, contudo, para o Estado de emprego e, portanto, para o verdadeiro problema deste processo, isto é, o facto de a recorrente ter trabalhado no Luxemburgo, onde esteve obrigatoriamente inscrita na segurança social e muito provavelmente contribuiu para o seguro de desemprego, mas onde lhe foi recusada qualquer prestação quando se concretizou o risco segurado, com fundamento na sua residência no estrangeiro. Trata-se de uma situação injusta, como, frequentemente acontece no caso típico dos trabalhadores fronteiriços.

61. Em nosso entender, trata-se de um problema de igualdade de tratamento do trabalhador por parte do seu Estado de emprego. A referência à residência no estrangeiro dos trabalhadores fronteiriços pode eventualmente constituir uma discriminação indirecta, possivelmente injustificada, se o trabalhador fronteiriço permanecer à disposição da administração do trabalho do seu Estado de emprego, o que *a priori* é presumível, na medida em que já exerceu aí a sua actividade profissional.

62. Face a uma problemática semelhante, surgida na ordem jurídica alemã, o Bundesverfassungsgericht reagiu tendo decidido que os estrangeiros fronteiriços originários de países terceiros beneficiam, em caso de desemprego, das prestações previstas pela República Federal da Alemanha, desde que tenham perdido o seu emprego na Alemanha e tenham estado obrigatoriamente sujeitos ao seguro de desemprego [32], decisão que o órgão jurisdicional de reenvio assinalou expressamente.

32 — Despacho do Bundesverfassungsgericht de 30 de Dezembro de 1999, 1 BvR 809/95, publicado no RIW 2000, p. 299.

63. O órgão jurisdicional de reenvio dificilmente poderá acolher uma solução semelhante no caso vertente, pois a mesma implica um conflito com a ordem jurídica luxemburguesa.

64. No estado actual, o direito comunitário não pode, contudo, estabelecer um elo de ligação entre a ordem jurídica luxemburguesa e a alemã (tão desejável a mesma possa parecer num caso como o presente).

65. Assim, ao órgão jurisdicional de reenvio, deve responder-se que, no estado actual do direito comunitário, a interpretação do artigo 2.°, n.° 1, do Regulamento n.° 1408/71, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior Comunidade, dada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 23 de Novembro de 1976, no processo 40/76 (Kermaschek), continua a ser válida, especialmente tendo em conta os seus artigos 67.° a 71.°

VI — Conclusão

66. À luz das considerações precedentes propomos que o Tribunal de Justiça responda à questão prejudicial nos termos seguintes:

«No estado actual do direito comunitário, a interpretação do artigo 2.°, n.° 1, do Regulamento (CEE) n.° 1408/71 do Conselho, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros das suas famílias que se deslocam no interior da Comunidade dada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 23 de Novembro de 1976, Kermaschek, processo 40/76, continua a ser válida, especialmente tendo em conta os seus artigos 67.° a 71.°»