CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 15 de Maio de 2008 [1]

I — Introdução

1. Por vezes, o ser humano elucubra categorias que existem apenas no mundo das ideias. Mas, se as taxonomias ganham raízes e aparentam ter vida própria, corre-se o risco de iniciar discussões que a nada conduzem. Este resultado é especialmente dramático quando essas categorias têm um alcance eminentemente prático, como acontece no direito.

2. No presente processo, o Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Federal Administrativo, Áustria) é confrontado com uma dúvida que, em si mesma, não tem uma resposta correcta. Deste modo, o Tribunal de Justiça deve procurar a solução *mais correcta,* ainda que não seja *a única viável*. Está em causa uma prestação social cuja qualificação, à luz do Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho, de 14 de Junho de 1971 [2], admite duas alternativas, ambas convincentes. Todavia, o dilema assenta, não na tipificação específica, mas no fim que prossegue o direito comunitário, profundamente vinculado à instituição de uma cidadania da União, cujo conteúdo foi desenvolvido na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

3. Segundo intuía o príncipe Hamlet, o primeiro existencialista da época moderna, a diferença entre o ser e o não ser é pura fantasia [3]. Há que ter, assim, o máximo rigor na elaboração da resposta justa e conforme com o direito.

1 — Língua original: espanhol.

2 — Regulamento 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 (JO L 149, p. 2; EE 05 F1 p. 98).

3 — A ideia de que não existe uma verdade absoluta, mas apenas uma verdade relativa, tem origem nos sofistas, que defendiam ser impossível captar a realidade através dos sentidos, uma vez que cada sentido interpreta o mundo de forma diferente. Este desencanto com a verdade provoca o conhecido soliloquio do príncipe Hamlet, onde afirma que a diferença entre o ser e o não ser é fruto da imaginação individual (Rosenberg M. — *The Masks of Hamlet,* Associated University Presses, Londres, 1992, pp. 65 a 82).

II — Factos do processo principal

4. Jörn Petersen, cidadão europeu de nacionalidade alemã, trabalhava como assalariado na Áustria, país onde residia. Em Abril de 2000, requereu à Pensionsversicherungsanstalt (Caixa de Seguro de Pensões) austríaca a concessão de uma pensão de reforma por incapacidade para o trabalho e, tendo esta sido indeferida, interpôs recurso contencioso. Na pendência do processo, o Arbeitsmarktservice (Departamento do Mercado de Trabalho) concedeu-lhe um subsídio de desemprego provisório, nos termos do § 23 da Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (Lei do seguro de desemprego, a seguir «AIVG»). Com esta prestação, a legislação austríaca garante aos cidadãos desempregados que pedem uma reforma por incapacidade um rendimento mínimo durante a tramitação do processo.

5. Uma vez atribuído esse subsídio provisório, J. Petersen notificou às autoridades austríacas a intenção de mudar a sua residência para a República Federal da Alemanha, tendo a expectativa de que a prestação não fosse suspensa ou alterada. Contudo, em 28 de Outubro de 2003, a Administração retirou-lhe a ajuda, alegando para tal a alteração do domicílio. J. Petersen interpôs recurso desta decisão, dando início ao processo que levou à submissão destas questões prejudiciais.

III — Quadro jurídico

A — *Regulamentação comunitária*

6. No processo remetido pelo órgão jurisdicional austríaco, é apreciada a situação de um trabalhador que, ao transferir a sua residência para outro Estado-Membro, concretamente para a Alemanha, deixa de receber uma prestação social que auferia na Áustria, país onde exercera a sua actividade profissional. Consequentemente, o reenvio tem por objecto a livre circulação de pessoas, mais especificamente, a livre circulação dos trabalhadores assalariados. Convém começar por indicar as disposições pertinentes do Tratado CE:

«*Artigo 17.º*

1. É instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União é complementar da cidadania nacional e não a substitui.

2. Os cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos no presente Tratado.»

«*Artigo 18.º*

1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas no presente Tratado e nas disposições adoptadas em sua aplicação.

[…]»

«*Artigo 39.º*

1. A livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na Comunidade.

2. A livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho.

3. A livre circulação dos trabalhadores compreende, sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, o direito de:

a) responder a ofertas de emprego efectivamente feitas;

b) deslocar-se livremente, para o efeito, no território dos Estados-Membros;

c) residir num dos Estados-Membros a fim de nele exercer uma actividade laboral, em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais;

d) permanecer no território de um Estado-Membro depois de nele ter exercido uma actividade laboral, nas condições que serão objecto de regulamentos de execução a estabelecer pela Comissão.

[…]»

«*Artigo 42.º*

O Conselho, deliberando nos termos do artigo 251.º, tomará, no domínio da segurança social, as medidas necessárias ao estabelecimento da livre circulação dos trabalhadores, instituindo, designadamente, um sistema que assegure aos trabalhadores migrantes e às pessoas que deles dependam:

a) a totalização de todos os períodos tomados em consideração pelas diversas legislações nacionais, tanto para fins de aquisição e manutenção do direito às prestações, como para o cálculo destas;

b) o pagamento das prestações aos residentes nos territórios dos Estados-Membros.

[…]»

7. As normas de direito derivado a que se refere o artigo 42.º encontram-se principalmente no Regulamento n.º 1408/71 [4], revestindo especial relevância para o caso em apreço os artigos 4.º, 10.º e 69.º:

«*Artigo 4.º*

1. O presente regulamento aplica-se a todas as legislações relativas aos ramos de segurança social que respeitem a:

[…]

b) Prestações de invalidez, incluindo as que são destinadas a manter ou a melhorar a capacidade de ganho;

[…]

4 — Substituído pelo Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social (JO L 166, p. 1).

e) Prestações por acidente de trabalho e por doença profissional;

[…]

g) Prestações de desemprego;

[…]»

«*Artigo 10.º*

Salvo disposição contrária do presente regulamento, as prestações pecuniárias de invalidez, velhice ou sobrevivência, as rendas por acidente de trabalho ou doença profissional e os subsídios por morte adquiridos ao abrigo da legislação de um ou de mais Estados-Membros não podem sofrer qualquer redução, modificação, suspensão, supressão ou confisco, pelo facto de o beneficiário residir no território de um Estado-Membro que não seja aquele em que se encontra a instituição devedora.

[…]»

«*Artigo 69.º*

1. Um trabalhador assalariado ou não assalariado em situação de desemprego completo que preencher as condições exigidas pela legislação de um Estado-Membro para ter direito às prestações e que se desloque a outro ou outros Estados-Membros, para aí procurar emprego, mantém o direito a essas prestações, nas condições e nos limites a seguir indicados:

a) Antes da partida, o trabalhador deve ter estado inscrito como candidato a um emprego e ter permanecido à disposição dos serviços de emprego do Estado competente durante pelo menos, quatro semanas, após o início do desemprego. Todavia, os serviços ou instituições competentes podem autorizar a sua partida antes do termo daquele prazo;

b) O trabalhador deve inscrever-se como candidato a um emprego nos serviços de emprego de cada um dos Estados-Membros para onde se deslocar e submeter-se ao controlo aí organizado. Considera-se que esta condição fica preenchida em relação ao período anterior à inscrição se o interessado se inscrever no prazo de sete dias a contar da data em que deixou de estar à

disposição dos serviços de emprego do Estado donde partiu. Em casos excepcionais, este prazo pode ser prolongado pelos serviços ou instituições competentes;

c) O direito às prestações mantém-se no máximo durante um período de três meses, a contar da data em que o interessado deixou de estar à disposição dos serviços de emprego do Estado donde partiu, sem que a duração total de concessão das prestações possa exceder a duração das prestações a que tem direito por força da legislação do referido Estado. Se se tratar de um trabalhador sazonal essa duração será, além disso, limitada ao período de tempo que faltar para o termo da estação para que foi contratado.

[…]»

B — *Legislação nacional*

8. A prestação social em causa neste processo está regulada na AIVG, em particular nos seus §§ 7, 16 e 23.

«*§ 7*

1) Tem direito a subsídio de desemprego:

1. a pessoa disponível para o trabalho,

2. que preenche as condições de aquisição do direito e

3. que ainda não esgotou o período de cobertura.

2) Está disponível para o trabalho a pessoa que pode e está disposta a aceitar um emprego (n.º 3) e tem capacidade para o trabalho (§ 8), está disposta a trabalhar (§ 9) e se encontra desempregada (§ 12).

[…]

4) No caso de desempregados aos quais foram concedidas medidas de reabilitação profissional, que atingiram o objectivo destas medidas [§ 300, n.os 1 e 3, da Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (Lei geral da segurança social, a seguir «ASVG»)] e que adquiriram o direito nas condições dessa medida, não é exigível a condição da capacidade para o trabalho.

[…]»

«*§ 16*

1) Suspende-se o direito ao subsídio de desemprego durante:

[…]

g) a residência no estrangeiro, sem prejuízo do n.º 3 ou de regulamentações aplicáveis por força de convenções internacionais;

[…]

3) A pedido do desempregado, a suspensão do subsídio de desemprego deve ser adiada, nos termos do n.º 1, alínea g), em caso de circunstâncias ponderosas, após consulta do Regionalbeirat, até três meses no decurso de um direito a uma prestação (§ 18). Constituem circunstâncias ponderosas as circunstâncias que visam o interesse de pôr termo à situação de desemprego, em especial quando o desempregado provar que se desloca para o estrangeiro a fim de procurar um posto de trabalho, de se apresentar a um empregador ou de seguir uma formação, ou circunstâncias urgentes ligadas a motivos familiares.

[…]»

«*§ 23*

1) Pode ser concedido subsídio de desemprego provisório ou auxílio de emergência, até à decisão sobre o pedido de prestações, a desempregados que tenham requerido a atribuição de:

1. uma prestação por redução de capacidade para o trabalho ou de invalidez ou

uma prestação provisória do seguro legal de reforma ou de acidente, ou

2. uma prestação de velhice ao abrigo do seguro de reforma previsto na Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, na Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz [Lei da segurança social do sector industrial], na Bauern-Sozialversicherungsgesetz [Lei da segurança social dos agricultores] ou de um subsídio especial nos termos da Nachtschwerarbeitsgesetz [Lei sobre o trabalho nocturno].

2) Para a concessão provisória de subsídio de desemprego ou de auxílio de emergência, é necessário que:

1. independentemente da capacidade para o trabalho, da vontade de trabalhar e da disponibilidade para o trabalho, nos termos do § 7, n.º 3, primeiro parágrafo, estejam reunidas as restantes condições para pedir estas prestações;

2. tendo em consideração as circunstâncias do caso, seja previsível a atribuição da pensão da segurança social;

3. no caso do n.º 1, segundo parágrafo, exista, além disso, uma confirmação da entidade seguradora de reforma de que não é previsível que se determine a obrigação de prestação ao abrigo do regime respectivo dentro de dois meses após a data de vencimento da reforma.

[…]

4) O adiantamento é concedido no montante do subsídio de desemprego (ou do auxílio de emergência) até ao limite da trigésima parte do montante médio das prestações, incluindo o abono de família, segundo o n.º 1, primeiro e segundo parágrafos. Se os serviços regionais do Arbeitsmarktservice forem informados por escrito pelo organismo da segurança social de que a prestação esperada é inferior, há que reduzir nessa medida a prestação antecipada. No caso do n.º 1, segundo parágrafo, o adiantamento deve ser concedido com efeitos retroactivos à data do vencimento da pensão, desde que o requerente apresente o requerimento dentro de 14 dias após a apresentação da confirmação referida no n.º 2, terceiro parágrafo.

5) No caso de um serviço ter concedido um adiantamento, um subsídio de desemprego ou um auxílio de emergência nos termos do n.º 1, o direito do desempregado a uma prestação nos termos do n.º 1, primeiro ou segundo parágrafos, é transmitido pelo mesmo período ao Governo federal, em benefício da administração da política do mercado de trabalho, pelo montante da prestação concedida pelo serviço regional, à excepção das contribuições para o seguro de saúde, desde que o serviço regional faça valer a transmissão do direito junto do organismo da segurança social (cessão legal). A transmissão do direito só produz efeitos até ao montante dos valores a compensar e o respectivo crédito deve ser satisfeito prioritariamente.

6) As contribuições para o seguro de saúde que tenham sido pagas com fundos do seguro do desemprego (§ 42, n.º 3) pelo período designado no n.º 5 são reembolsadas pelos organismos do seguro legal de saúde através da associação dos organismos da segurança social austríacos (Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger), na percentagem dos montantes que tenham sido reembolsados pelos organismos do seguro de reforma nos termos do n.º 5, fixada segundo o § 73, n.º 2, da ASVG.

7) No caso de uma reforma não ser atribuída nos termos do n.º 1, o pagamento antecipado vale como subsídio de desemprego ou auxílio de emergência, pela duração e pelo montante prestados, ou seja, não é efectuado nenhum pagamento suplementar da diferença e o período de cobertura é reduzido nos termos do § 18.»

IV — Questões prejudiciais e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

9. Em face do exposto, em 25 de Abril de 2007, o Verwaltungsgerichtshof submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Uma prestação em dinheiro paga pelo seguro de desemprego, a pedido de desempregados que tenham requerido a admissão ao benefício de uma pensão por redução da capacidade para o trabalho ou por invalidez do seguro legal de reforma ou de acidente, e que lhes é concedida até à decisão sobre o seu requerimento a título de pagamento por conta destas pensões, com a condição de compensação posterior com estas, devendo para isso estar reunidos os pressupostos do desemprego e as condições da expectativa legítima às pensões requeridas, mas não as condições adicionais de capacidade para o trabalho, a vontade e a

disponibilidade para o trabalho que são exigidas para a concessão do subsídio de desemprego, e que, além disso, apenas é concedida quando, tendo em consideração as circunstâncias presentes, se possa legitimamente esperar a atribuição das pensões legais do seguro de reforma ou de acidente, constitui uma prestação de desemprego, na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea g), do Regulamento n.º 1408/71 [...], ou constitui antes uma prestação de invalidez, na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do mesmo regulamento?

2) Em caso de resposta à primeira questão no sentido de que a prestação referida constitui uma prestação de desemprego, na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea g), do Regulamento n.º 1408/71:

O artigo 39.º CE opõe-se a uma disposição do direito nacional que determina que o direito a essa prestação se suspende — excepto no caso de tolerância até três meses em circunstâncias atendíveis a pedido do desempregado — quando o desempregado reside no estrangeiro (noutro Estado-Membro)?»

10. O despacho de reenvio foi registado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 9 de Maio de 2007.

11. Apresentaram observações escritas J. Petersen, os governos alemão, austríaco, espanhol e italiano, bem como a Comissão Europeia.

12. Estiveram presentes na audiência, realizada em 3 de Abril de 2008, para apresentar alegações orais, o representante de J. Petersen e os agentes do Governo austríaco e da Comissão Europeia.

V — Análise das questões prejudiciais

A — *Esclarecimentos prévios: a cidadania da União e os critérios de coerência na jurisprudência do Tribunal de Justiça*

1. Normas de cidadania e sua tradução jurisprudencial

13. As questões suscitadas têm por objecto a livre circulação dos trabalhadores. No entanto, como é habitual neste tipo de situações, a contenda diz respeito, em última análise, a cidadãos europeus que exercem a livre circulação. Deste modo, introduzido o conceito de cidadania, o litígio deixa de estar enquadrado exclusivamente pelas coordenadas do artigo 39.º CE, uma vez que existem outras disposições do Tratado, em particular os artigos 17.º CE e 18.º CE, cujo conteúdo não se encontra ainda plenamente definido na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

14. As partes que participaram neste processo prejudicial confirmaram a relevância da cidadania prevista no Tratado CE. J. Petersen assim como a Comissão e os Governos alemão e espanhol referiram-se ao artigo 18.º CE em defesa das suas posições, mas os artigos 17.º CE e 18.º CE são normas de carácter geral, aplicáveis sempre e quando não existam normas especiais. É o que acontece no caso em apreço, em que um trabalhador exerce a livre circulação e invoca o artigo 39.º CE para defender os seus direitos face a um Estado-Membro.

15. Ultimamente, a jurisprudência progrediu de forma significativa nesta matéria. Desde o acórdão Martínez Sala [5], a cidadania europeia ganhou um impulso inusitado, encabeçando as matérias de vanguarda no repertório do Tribunal de Justiça, que depois da introdução em 1992 da parte II do Tratado CE soube interpretar a vontade do constituinte, conferindo ao cidadão que se desloca um estatuto mais amplo do que aquele que é atribuído ao operador económico [6]. Lentamente, mas de forma constante, alargou-se a protecção comunitária a matérias tradicionalmente fora do âmbito dos Tratados, como os estudantes [7], os candidatos a auxílios [8] ou

5 — Acórdão de 12 de Maio de 1998 (C-85/96, Colect., p. I-2691).

6 — É interessante a análise histórica da negociação que culminou com a consagração da cidadania europeia no Tratado da União Europeia, *in:* O'Leary, S. — *The Envolving Concept of Community Citizenship. From the Movement of Persons to Union Citizenship,* Kluwer Law International, Haia, 1996, pp. 23 a 30.

7 — Acórdãos de 15 de Março de 2005, Bidar (C-209/03, Colect., p. I-2119), e de 23 de Outubro de 2007, Morgan e Bucher (C-11/06 e C-12/06, Colect., p. I-9161).

8 — Acórdãos de 20 de Setembro de 2001, Grzelczyk (C-184/99, Colect., p. I-6193), e de 26 de Outubro de 2006, Tas-Hagen e Tas (C-192/05, Colect., p. I-10451).

os nacionais de Estados terceiros com laços familiares com um cidadão da União [9]. Mais graficamente, o Tribunal de Justiça transformou o paradigma do *homo œconomicus* no do *homo civitatis* [10].

16. Tive oportunidade de me pronunciar sobre os motivos que justificam esse desenvolvimento empreendido com coragem, mas também acertadamente, para fortalecer a situação individual do cidadão, deixando num plano secundário o debate das barreiras à entrada e da discriminação [11]. Em suma, como afirma o advogado-geral F. G. Jacobs no processo Konstantinidis, «[…] um nacional comunitário que vai para outro Estado-Membro como trabalhador assalariado ou não assalariado […] não tem só o direito de exercer a sua actividade ou profissão e de gozar das mesmas condições de vida e de trabalho que os nacionais do Estado de acolhimento; além disso, tem o direito de presumir que, aonde quer que vá ganhar a vida na Comunidade Europeia, será tratado de acordo com um código comum de valores fundamentais […]. Por outras palavras, tem o direito de afirmar *civis europeus sum* e de invocar esta condição para se opor a qualquer violação dos seus direitos fundamentais» [12].

17. Apesar de as referidas conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs se centrarem na invocação dos direitos fundamentais da União, a sua dialéctica foi, na minha opinião, aceite pelo Tribunal de Justiça [13]. Processos como Carpenter [14], Baumbast [15], Bidar [16], Tas-Hagen [17] ou Morgan [18] revelam uma marca em defesa do indivíduo, uma preocupação pela situação jurídica pessoal de quem invoca um direito ao abrigo dos Tratados que, no passado, apenas surgia com timidez. Deste modo, a livre circulação de pessoas assume uma identidade própria, imbuída de uma matéria-prima mais constitucional do que

9 — Acórdãos de 11 de Julho de 2002, Carpenter (C-60/00, Colect., p. I-6279), e de 17 de Setembro de 2002, Baumbast e R (C-413/99, Colect., p. I-7091).

10 — Os editores da revista *Common Market Law Review* estudam, no seu número 1, vol. 45, 2008, pp. 2 e 3, a evolução dos acórdãos nesta matéria, verificando que as diferenças entre os indivíduos economicamente activos e não activos ou entre conjunturas puramente internas e comunitárias, bem como a lógica da discriminação do artigo 12.º CE, perderam força. Emergiu gradualmente o conceito de cidadania, consagrado nos artigos 17.º CE e 18.º CE, como um novo motor de integração.

11 — Conclusões nos processos que deram origem aos acórdãos de 17 de Junho de 1997, Shingara e Radiom (C-65/95 e C-111/95, Colect., p. I-3343, n.º 34), e de 16 de Setembro de 2004, Baldinger (C-386/02, Colect., p. I-8411, n.º 25). Também os n.os 56 a 74 das minhas conclusões no processo Collins (acórdão de 23 de Março de 2004, C-138/02, Colect., p. I-2703), bem como os n.os 37 a 68 das conclusões no processo Morgan e Bucher (acórdão já referido na nota 7).

12 — Conclusões de 9 de Dezembro de 1992 (acórdão de 30 de Março de 1993, C-168/91, Colect., pp. I-1191, I-1198, n.º 46).

13 — O Tribunal de Justiça não seguiu a proposta específica formulada pelo advogado-geral, mas sim a filosofia que a suporta, visto que tentou avançar na linha das ideias defendidas por F. G. Jacobs, nas conclusões do advogado-geral M. Poiares Maduro de 12 de Setembro de 2007, no processo Centro Europa 7 (acórdão de 31 de Janeiro de 2008, C-380/05, Colect., p. I-349, n.os 16 a 22).

14 — Acórdão já referido na nota 9.

15 — Acórdão já referido na nota 9.

16 — Acórdão já referido na nota 7.

17 — Acórdão já referido na nota 8.

18 — Acórdão já referido na nota 7.

legal, convertendo-se numa liberdade afim da dinâmica dos direitos fundamentais [19].

18. Com esta perspectiva jurisprudencial, não surpreende que, cada vez com maior frequência, as decisões do Tribunal de Justiça sobre circulação de trabalhadores se baseiem nos artigos 17.º CE e 18.º CE. Alguns advogados-gerais, utilizando uma técnica mais ortodoxa, defendem a vigência exclusiva do artigo 39.º CE quando se trata de resolver problemas que afectam os trabalhadores. Todavia, o Tribunal de Justiça abriu a possibilidade de aplicar simultaneamente as disposições da cidadania e da circulação dos trabalhadores. Considero que essa posição é coerente com a jurisprudência estabelecida neste sector do direito, mas o resultado obtido nem sempre é claro ou convincente. Esta carência é visível ao passar em revista algumas das recentes decisões do Tribunal de Justiça.

19. No processo Comissão/Alemanha [20] estava em causa uma subvenção para habitação própria concedida aos sujeitos passivos cujos rendimentos fossem tributados na totalidade na Alemanha, desde que o imóvel se situasse em território alemão. O Tribunal de Justiça declarou o incumprimento do direito comunitário, mas salientou que se tratava de uma dupla infracção: por um lado, quando os sujeitos passivos exerciam uma actividade económica, violavam-se os artigos 39.º CE e 43.º CE; por outro lado, o artigo 17.º CE era posto em causa se o particular não exercesse qualquer actividade lucrativa [21]. O advogado-geral Y. Bot, nas suas conclusões nesse processo, constata apenas a violação dos referidos artigos 39.º CE e 43.º CE. Na sua opinião, não é imprescindível avaliar as implicações que, em semelhante situação, têm as regras da cidadania [22]. O Tribunal de Justiça não partilhou dessa opinião.

20. O acórdão Gaumain-Cerri [23], ao examinar um requisito de residência para a concessão de uma ajuda social a quem presta assistência a pessoas dependentes, confirmou a aplicabilidade do Regulamento n.º 1408/71 e, por conseguinte, do direito derivado em matéria de segurança social, apesar de, perante as dúvidas sobre a qualificação dos interessados, cujos serviços prestados a pessoas dependentes não se enquadravam exactamente no conceito comunitário de «trabalhador», o Tribunal de Justiça ter tido de estender as normas em causa no processo. Antes de entrar na qualificação, que haveria de influenciar a decisão, o Tribunal de Justiça declarou a ilegalidade do requisito de residência, sem que «seja necessário pronunciar-se [...] sobre a qualidade de trabalhador ou não, na acepção do artigo 39.º CE ou do

19 — Spaventa, E. — «Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects», *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 40, descreveu esta aproximação aos assuntos da cidadania salientando que «the national authorities must take into due consideration the personal situation of the claimant so that even when the rule in the abstract is compatible with Community law, its application to that particular claimant might be contrary to the requirements of proportionality or fundamental rights protection. [...] This qualitative change is of constitutional relevance both in relation to the Community's own system, and in relation to the domestic constitutional systems».

20 — Acórdão de 17 de Janeiro de 2008 (C-152/05, Colect., p. I-39).

21 — Acórdão Comissão/Alemanha, já referido na nota anterior, n.os 29 e 30.

22 — Conclusões de 28 de Junho de 2007, no processo Comissão/Alemanha, que deu origem ao acórdão de 17 de Janeiro de 2008, já referido na nota 20.

23 — Acórdão de 8 de Julho de 2004, Gaumain-Cerri e Bath (C-502/01 e C-31/02, Colect., p. I-6483).

Regulamento n.º 1408/71, dos terceiros em questão. Com efeito, é ponto assente que, nos processos principais, esses terceiros têm a cidadania da União conferida pelo artigo 17.º CE» [24].

21. É, portanto, indiferente que os prestadores de serviços a pessoas dependentes fossem «trabalhadores», uma vez que a protecção do direito comunitário decorria do artigo 39.º CE (e das normas de direito derivado que o desenvolvem) ou do artigo 17.º CE. Como aconteceu no processo Comissão/Alemanha, o Tribunal de Justiça não aceitou a tese do seu advogado-geral que, depois de uma pormenorizada descrição da situação laboral dos que prestam assistência a pessoas dependentes, os considerou «trabalhadores», na acepção do direito comunitário [25].

22. Os acórdãos referidos diziam respeito a indivíduos que invocavam normas comunitárias perante os seus Estados de origem, justificando assim a aplicação do artigo 17.º CE, cujo teor se limita a declarar que os cidadãos da União «gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres» previstos no Tratado CE. A mesma amplitude se retira do artigo 18.º CE, que proclama o direito de circular e permanecer livremente no território de todos os Estados-Membros. Esta disposição, dirigida essencialmente aos nacionais que invocam direitos perante Estados-Membros diferentes do da sua nacionalidade, também se enredou gradualmente nos artigos 39.º CE, 43.º CE e 49.º CE.

23. O acórdão Baumbast permitiu que um alemão, que tinha beneficiado das liberdades de circulação no Reino Unido, mantivesse nesse Estado a sua residência ao abrigo do artigo 18.º CE [26]. No processo Trojani, o Tribunal de Justiça considerou que um francês que residia esporadicamente na Bélgica sem ter a qualidade de sujeito económico (questão que deixou nas mãos do órgão jurisdicional nacional) podia sempre contar com a protecção do já referido artigo 18.º CE [27]. O acórdão Schwarz aprofundou esta orientação, delegando no juiz nacional a aplicação do artigo 49.º CE ou do artigo 18.º CE, apesar de ter confirmado em ambos os casos a existência de uma infracção [28]. Em resumo, apesar de uma certa assepsia conceptual no momento de distinguir o âmbito dos artigos relativos à cidadania e à livre circulação, esta fronteira

24 — Acórdão Gaumain-Cerri, já referido na nota anterior, n.os 32 e 33.

25 — Conclusões do advogado-geral A. Tizzano de 2 de Dezembro de 2003, no processo Gaumain-Cerri (acórdão já referido na nota 23).

26 — Acórdão já referido na nota 9.

27 — Acórdão de 7 de Setembro de 2004, Trojani (C-456/02, Colect., p. I-7573).

28 — Acórdão de 11 de Setembro de 2007, Schwarz e Gootjes-Schwarz (C-76/05, Colect., p. I-6849).

não introduz grandes diferenças práticas. O Tribunal de Justiça avança firmemente na prossecução de um nível homogéneo de protecção na livre circulação de pessoas, utilizando as normas da cidadania como uma valiosa ferramenta.

24. Neste contexto, importa recapitular algumas ideias para elaborar uma base dogmática que ajude a resolver esta questão e forneça orientações claras para o futuro. O processo prejudicial concilia a especificidade de uma situação concreta com as exigências de uma jurisprudência adoptada para uma comunidade de quinhentos milhões de habitantes que reclamam respostas individuais e universais. Com este propósito, apresento ao Tribunal de Justiça uma metodologia para as normas de cidadania com vista a resolver o conflito de J. Petersen e a orientar muitos dos que se venham a suscitar na União nos próximos anos.

2. Circulação de cidadãos livres numa União de direito

25. O Tribunal de Justiça impulsionou uma importante alteração na concepção de cidadania que os Estados-Membros introduziram nos Tratados constitutivos em 1992. Existem duas ideias motrizes subjacentes a esta evolução que fornecem critérios para uma jurisprudência coerente e pragmática: por um lado, o surgimento dos direitos fundamentais e, por outro, a formação de uma identidade democrática na comunidade política europeia.

26. No início, o conceito de cidadania europeia, tal como surge na parte II do Tratado CE, proporcionou uma protecção mais simbólica do que real às disposições que garantem a livre circulação. O surgimento de garantias de participação nos processos democráticos locais ou a protecção diplomática e consular concediam um estatuto com vocação para se esgotar nos artigos 17.º CE a 22.º CE [29]. No entanto, o Tribunal de Justiça percebeu que as liberdades de circulação padeciam de graves limitações. Estas deficiências traduziam-se, frequentemente, em claras injustiças para o destinatário dos direitos conferidos pelo ordenamento comunitário. Processos tão conhecidos como Martínez Sala, Baumbast ou Carpenter colocaram o Tribunal de Justiça perante um difícil dilema: se aplicasse rigidamente as normas da livre circulação, chegaria a um

29 — Closa, C. — «The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union», *Common Market Law Review*, n.º 29, 1992, pp. 1140 a 1146.

resultado insustentável para os que pediam justiça; se, pelo contrário, estendesse a protecção para além dessas liberdades, corria o risco de conduzir o âmbito dos Tratados para terrenos incertos. Para evitar estas duas possibilidades, o Tribunal de Justiça recorreu ao conceito de cidadania dos artigos 17.º CE e 18.º CE com o objectivo de conferir às liberdades um conteúdo mais sofisticado [30].

27. Considero que esta nova dialéctica se deve entender do seguinte modo: o conceito de cidadania, que implica um *estatuto jurídico do indivíduo,* exige dos Estados-Membros *uma atenção específica à situação jurídica individual*. Para isso, os direitos fundamentais desempenham um papel essencial. Como parte integrante do estatuto de cidadão, os direitos fundamentais reforçam a posição jurídica da pessoa, introduzindo uma dimensão decisiva para a justiça material do caso. Ostentando os seus direitos fundamentais como prerrogativas de liberdade, o cidadão europeu confere mais legitimidade às suas reivindicações. Nalguns casos, quando não está em jogo um direito fundamental, mas seja cometida uma clara injustiça, até se recorre a um controlo intenso da proporcionalidade [31]. Esta acepção obriga a reinterpretar as liberdades de circulação quando os seus titulares gozam do estatuto reconhecido nos artigos 17.º CE e 18.º CE.

28. Assim, a *livre circulação de pessoas* converte-se numa *circulação de cidadãos livres*. Uma mudança de perspectiva que não é supérflua na medida em que a atenção deixa de estar centrada na circulação para se transferir para o indivíduo.

29. Se os direitos fundamentais introduzem uma dimensão individual, o elemento democrático confere um maior cuidado às

30 — Besselink, L. — «Dynamics of European and national citizenship: inclusive or exclusive?», *European Constitutional Law Review,* n.º 3, vol. I, 2007, pp. 1 e 2; Castro Oliveira, A. — «Workers and other persons: step-by-step from movement to citizenship — Case Law 1995-2001», *Common Market Law Review,* n.º 39, 2002; Dougan, M., e Spaventa, E. — «Educating Rudy and the (nin-) English patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC», *European Law Review,* n.º 28, 2003, pp. 700 a 704; Martin, D. — «A Big Step Forward for Union Citizens, but a Step Backwards for Legal Coherence», *European Journal of Migration and Law,* vol. 4, 2002, pp. 136 a 144; O'Leary, S. — «Putting flesh on the bones of European Union citizenship», *European Law Review,* n.º 24, 1999, pp. 75 a 79; Shaw, J. e Fries, S. — «Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice», *European Public Law,* n.º 4, 1998, p. 533.

31 — Spanventa, E., *op. cit.*, pp. 37 e 38, analisa a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a cidadania em situações puramente internas e admite que «either one argues that the Court has gone too far in say Baumbast, Bidar, and also Carpenter, or there is a challenging argument to be made as to why crossing a border should make such a difference to claimants' rights». Com efeito, a lógica da discriminação pode conduzir, paradoxalmente, a resultados injustos. Foi precisamente o que o Tribunal de Justiça tentou evitar na sua jurisprudência mais recente.

condições relativas à inclusão numa comunidade política. Enquanto as liberdades de circulação se circunscreveram à supressão de barreiras e à proibição da discriminação, estava implícito que o indivíduo que se deslocava pertencia a uma comunidade de origem: o Estado da sua nacionalidade. Esta realidade justificaria, por si só, que a responsabilidade sobre os nacionais incumbisse aos seus respectivos Estados, levando desse modo a que as políticas de solidariedade visem apenas os que dispõem de meios e participem na formação da *polis* [32].

30. O Tribunal de Justiça ultrapassou esta visão estatal, incorporando no acervo comunitário uma sensibilidade mais ajustada à natureza da cidadania europeia [33]. Na jurisprudência, verifica-se uma menor preponderância das responsabilidades e das obrigações dos Estados *de origem,* a favor das responsabilidades e obrigações dos Estados de *acolhimento* [34]. Desta forma, um Estado-Membro não pode desproteger um cidadão europeu pelo facto de não residir formalmente no seu território, se desenvolver a sua vida pessoal e profissional dentro das suas fronteiras [35]. De igual modo, apesar de se traduzir num encargo para os cofres públicos, os Estados

32 — Uma dimensão que se projecta com um perfil próprio na política social, como um peculiar motor de integração de pessoas. Hantrais, L. — *Social policy in the European Union,* St. Martin's Press, Nova Iorque, 1995, pp. 34 a 42, e Majone, G. — «The EC Between Social Policy and Social Regulation», *Journal of Common Market Studies,* 31, n.º 2, 1993. Merece uma referência especial o conhecido Relatório Pintasilgo, elaborado em 1996 por um Comité de Sábios, sob o título *Para uma Europa dos direitos cívicos e sociais,* que incide também na relevância das políticas sociais como veículos da integração.

33 — O caso mais representativo desta ruptura com os elementos estatais de ligação democrática encontra-se no acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Setembro de 2006, Espanha/ /Reino Unido (C-145/04, Colect., p. I-7917), no qual se discutia a licitude de uma legislação eleitoral britânica que permitia que cidadãos de países terceiros com vínculos estreitos com o Reino Unido participassem nas eleições para o Parlamento Europeu. O Tribunal de Justiça confirmou a legalidade desta medida em termos amplos, considerando que a ligação do cidadão ao seu Estado de origem não exclui outras manifestações de participação democrática noutras comunidades políticas. No n.º 78 do referido acórdão, o Tribunal de Justiça afirmou claramente que «a determinação dos titulares do direito de voto e de elegibilidade nas eleições para o Parlamento Europeu faz parte da competência de cada Estado-Membro no respeito do direito comunitário e que os artigos 189.º CE, 190.º CE, 17.º CE e 19.º CE não se opõem a que os Estados-Membros concedam esse direito de voto e de elegibilidade a determinadas pessoas que têm vínculos estreitos com esses Estados, que não sejam os seus próprios nacionais ou cidadãos da União residentes no seu território». Sobre o estado da questão no âmbito nacional, em que o processo democrático abrange ou não quem não dispõe de representação: Presno Linera M. A. — *El derecho de voto,* Tecnos, Madrid, 2003, pp. 155 a 172.

34 — Importa referir que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos adoptou a mesma posição ao longo de uma jurisprudência centenária, sobretudo desde a aprovação da 14.ª emenda, cujo conteúdo, como é sabido, provém do acórdão *Dred Scott c. Sandford* (60 U.S. [19 How.] 393 [1856]) e da posterior guerra civil que ensanguentou, entre 1861 e 1865, a jovem Federação de Estados. A referida emenda proclama que «all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States». É significativo que, ainda agora, quase um século e meio depois da aprovação da norma, o Supremo Tribunal continue a combater as normas estatais que impõem requisitos de residência a quem pretende gozar de um direito. No recente acórdão *Saenz c. Roe*, 526 U.S. 489 (1999), o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade de uma lei da Califórnia que impedia o acesso a uma prestação social a quem não residisse no referido Estado há mais de doze meses. Com dois votos contra, o Supremo Tribunal considerou que se tratava de uma medida incompatível com a liberdade de circulação de qualquer cidadão da União. No mesmo sentido, ainda que o tenha escrito antes do referido acórdão, a voz autorizada de Warren, E. — «Fourteenth Ammendment: Retrospect and Prospect», *in:* Schwartz, B. (ed.) — *The Fourteenth Amendment,* New York University Press, Nova Iorque, 1970, pp. 216 e segs.

35 — Acórdão Grzelczyk, já referido na nota 8.

devem prestar os mesmos serviços a todos os cidadãos europeus, independentemente da sua nacionalidade e da sua residência, se demonstrarem que exercem actividades equiparáveis às dos que têm uma ligação com a comunidade política do referido Estado [36]. Um entendimento que é reforçado quando o cidadão europeu mostra que não representa um encargo financeiro para o Estado de acolhimento, independentemente da sua fonte de rendimentos ou da técnica utilizada para obter a cidadania [37].

31. É, assim, o conceito de *pertença* num sentido material, alheio a qualquer exigência administrativa, que justifica a inclusão do cidadão europeu na comunidade política [38]. Quando se rompem os laços de identidade com um único Estado para os partilhar com outros, cria-se um nexo num espaço mais alargado. Consequentemente, surge o conceito de *pertença europeia,* cujo fortalecimento é impulsionado pelos Tratados. Isso mesmo expressou de forma inexcedível o juiz Benjamín Cardozo no acórdão *Baldwin c. G.A.F. Seelig,* ao referir-se à Constituição dos Estados Unidos da América, salientando que «se enquadra na teoria de que os povos dos diferentes Estados se devem afundar ou nadar juntos e, a longo prazo, a prosperidade e a salvação estão na união, não na divisão» [39].

36 — Acórdão Bidar, já referido na nota 7.

37 — Acórdão de 19 de Outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, Colect., p. I-9925).

38 — O que, ao invés, exclui a pretensão de quem tenta instrumentalizar as normas de cidadania sem demonstrar nenhuma ligação com uma comunidade política, como acontecia no processo Collins, já referido na nota 11.

39 — *Baldwin c. G.A.F. Seelig, Inc.*, 294 U.S. 522, 523 (1935).

32. Por conseguinte, o aparecimento dos direitos fundamentais, por um lado, e o vínculo com o Estado que integra efectivamente o cidadão, por outro, imbuem a jurisprudência de um cariz constitucional. Compreende-se assim a posição do cidadão livre no enquadramento democrático da União, aspecto que consagra a realidade de uma União de direito onde as regras, em especial as dos Tratados, garantem a liberdade individual e a igualdade democrática [40].

3. Liberdades e cidadania: critérios para a convivência

33. Em face do exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que continue a reforçar a cidadania, mas que afine as técnicas jurídicas de protecção, dado que, em determinados casos, a aplicação dos Tratados é a solução incorrecta. Neste sentido, considero imprescindível determinar o alcance preciso dos artigos 17.º CE e 18.º CE para definir o estatuto do cidadão europeu, especialmente quando os factos se relacionam com a livre circulação de pessoas, sejam trabalhadores ou empresários.

40 — Adopto a expressão *União de direito* da obra de Rideau, J. — «L'incertaine montée vers l'Union de droit», *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens,* LGDJ, Paris, 2000, p. 1.

34. O Tribunal de Justiça já delimitou de forma detalhada o âmbito da liberdade de circulação dos trabalhadores (artigo 39.º CE), da liberdade de estabelecimento (artigo 43.º CE) e da livre prestação de serviços (artigo 49.º CE). Apesar do avanço jurisprudencial, existem dúvidas sobre a invocabilidade destas disposições do Tratado, ou porque o interessado não é um trabalhador, na acepção do próprio Tratado, ou porque não exerce uma actividade económica. Nestas condições, entrariam em jogo os artigos 17.º CE e 18.º CE, como cláusulas de salvaguarda do sistema que protegem o cidadão que se desloca quando não encontra abrigo noutras normas ou quando o abrigo é apenas limitado, tanto por falta de harmonização na matéria como pelas especificidades dos processos que surgem neste contexto.

35. Ao mesmo tempo, vislumbra-se uma certa redundância na jurisprudência, que tende a analisar as situações distinguindo o quadro da cidadania do quadro das liberdades, para depois os tratar da mesma maneira. É o que se verifica nos acórdãos Schwarz e Comissão/Alemanha, já referidos, dos quais se infere uma separação, mas também uma união de conteúdos e de resultados. Se essa identidade é mais substantiva do que formal, não me parece útil manter âmbitos de aplicação separados.

36. Proponho, assim, que o Tribunal de Justiça julgue este caso à luz das liberdades de circulação dos trabalhadores assalariados e não assalariados (artigos 39.º CE, 43.º CE e 49.º CE), tendo em conta as especificidades em causa. Se existir uma conexão com os direitos fundamentais ou com os factores democráticos de pertença à comunidade política, as liberdades deveriam ser interpretadas *à luz dos artigos 17.º CE e 18.º CE,* para oferecer a máxima protecção ao cidadão europeu.

37. Em contrapartida, se as liberdades dos artigos 39.º CE, 43.º CE e 49.º CE, não forem aplicáveis ao caso em apreço, convido o Tribunal de Justiça a encontrar nos artigos 17.º CE e 18.º CE dois níveis de protecção: quando concorram as condições de liberdade e de democracia acima referidas, confere-se ao indivíduo o grau mais elevado de tutela; quando não se verifiquem essas condições, deve ampliar-se a discricionariedade do legislador comunitário e das autoridades nacionais.

38. Com esta abordagem, dotar-se-ia o espírito que inunda a jurisprudência de uma técnica mais apurada. Simultaneamente, os artigos 17.º CE e 18.º CE ganhariam o seu pleno significado, mesmo quando roçam os contornos das tradicionais liberdades de circulação. Por último, o Tribunal de Justiça fortaleceria a posição do cidadão europeu, tanto nos seus direitos como na integração.

39. Feitas estas observações, há que examinar as questões prejudiciais submetidas pelo Verwaltungsgerichtshof.

VI — Primeira questão prejudicial: a prestação de desemprego provisória para os requerentes de uma prestação de invalidez e a sua qualificação

A — *Apresentação*

40. J. Petersen beneficiou de uma prestação social que reúne os elementos próprios de um subsídio de desemprego e de uma prestação de invalidez. Embora não haja dúvida de que se trata de uma prestação incluída no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1408/71 [41], importa decidir por uma das duas categorias, uma vez que o referido diploma prevê regimes diferentes para as medidas nacionais de suspensão ou de alteração por força da mudança de residência do titular. Enquanto que, por esse motivo, se proíbe a suspensão ou a alteração das prestações de invalidez [42], reconhece-se uma maior margem de actuação dos Estados-Membros quando a prestação em causa é um subsídio de desemprego [43].

41. Utilizando a argumentação desenvolvida nestas conclusões, insisto em que a escolha de uma ou de outra qualificação conduz ao mesmo resultado. Se se optar pela prestação de invalidez, a proibição do regulamento oferecerá uma resposta contundente ao Verwaltungsgerichtshof. Se, pelo contrário, se escolher o subsídio de desemprego, J. Petersen reúne uma das condições expostas nos n.os 25 a 38 destas conclusões, permitindo-lhe beneficiar do nível máximo de protecção comunitário ao abrigo dos artigos 18.º CE e 39.º CE.

42. Apesar desta identidade de resultados, há que prosseguir o debate da qualificação, uma vez que as questões prejudiciais versam, em primeiro lugar, sobre este aspecto.

41 — Reúne todas as condições do referido regulamento e da jurisprudência porque uma prestação pode ser considerada de segurança social «na medida em que a prestação em causa seja concedida, sem se proceder a qualquer apreciação individual e discricionária das necessidades pessoais, aos beneficiários com base numa situação legalmente definida e em que se relacione com um dos riscos enumerados expressamente no artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1408/71» (acórdãos de 27 de Março de 1985, Hoeckx, C-249/83, Recueil, p. 973, n.os 12 a 14, e de 16 de Julho de 1992, Hughes, C-78/91, Colect., p. I-4839, n.º 15).

42 — Artigo 10.º do Regulamento n.º 1408/71.

43 — Artigo 69.º do Regulamento n.º 1408/71.

B — *Alegações dos governos, da Comissão e de J. Petersen*

43. Os governos alemão, austríaco e italiano, bem como a Comissão, defendem nas suas observações que a prestação em causa é um subsídio de desemprego, que cai no âmbito de aplicação do artigo 4.º, n.º 1, alínea g), do Regulamento n.º 1408/71. Todos invocam o acórdão De Cuyper [44], que adoptou a finalidade e a base de cálculo da prestação como critérios para chegar à qualificação correcta [45].

44. Assim, os governos alemão e austríaco afirmam que o adiantamento controvertido pretende cobrir uma situação de desemprego, na medida em que esse estatuto deve concorrer para a concessão da ajuda. Salientam também que o risco subjacente à prestação de invalidez assenta em factos desconhecidos até ao momento da decisão administrativa que concede a ajuda. Por último, alegam que a prestação é determinada nos termos das normas do subsídio de desemprego, com excepção de um coeficiente corrector para evitar desajustamentos quando se consiga obter a prestação de invalidez.

45. No essencial, a Comissão partilha desses argumentos, ainda que saliente que, quando é paga a prestação de invalidez, a Administração competente para a gerir tem de reembolsar ao organismo responsável pelas prestações de desemprego as quantias pagas durante a vigência do adiantamento; quando a prestação não é concedida, as quantias pagas são consideradas por conta da prestação de desemprego a que tinha inicialmente direito o requerente do adiantamento (uma vez que lhe era exigido que estivesse desempregado).

46. Por último, os governos alemão, austríaco e italiano, juntamente com a Comissão, não dão grande importância ao facto de, para receber o adiantamento, o interessado não ser obrigado a procurar um emprego, na medida em que se desvirtuaria uma prestação que visa apoiar uma pessoa que a requer com base numa incapacidade, mas que ignora o resultado do seu pedido e, além disso, está desempregada. Para atenuar estas circunstâncias, foi criado na Áustria um *tertium genus*, com todas as características da prestação de desemprego, mas com uma excepção lógica, dado que dificilmente se pode obrigar a procurar trabalho quem pretende uma prestação de invalidez.

44 — Acórdão de 18 de Julho de 2006 (C-406/04, Colect., p. I-6947).

45 — Acórdão De Cuyper, já referido na nota anterior, n.º 25: «[…] para serem qualificadas como prestações de segurança social, deve-se considerar que as prestações, independentemente das características específicas das diferentes legislações nacionais, são da mesma natureza quando o seu objecto e a sua finalidade, bem como a sua base de cálculo e as suas condições de concessão, sejam idênticos. Em contrapartida, as características puramente formais não devem ser consideradas elementos constitutivos para efeito da classificação da prestação».

47. Por seu turno, J. Petersen e o Governo espanhol discordam dos governos referidos e da Comissão, por considerarem que a prestação em causa é uma prestação de invalidez, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 1408/71.

48. O Reino de Espanha, baseando-se numa interpretação literal do acórdão De Cuyper, sustenta que, não tendo J. Petersen capacidade para trabalhar, o auxílio destina-se a cobrir o risco da sua eventual invalidez. O objectivo da prestação de desemprego é «permitir aos trabalhadores em causa proverem às suas necessidades na sequência da perda involuntária do seu emprego, quando ainda dispõem de capacidade para trabalhar» [46]. Este último requisito, que exigiria de quem solicita uma prestação de desemprego estar apto para o mercado de trabalho, excluiria J. Petersen e converteria o seu adiantamento numa prestação de invalidez.

49. A defesa de J. Petersen não se apoia no acórdão De Cuyper e centra a sua atenção na qualificação da ajuda de prestação de segurança social, invocando os acórdãos Jauch [47] e Offermanns [48].

C — *Apreciação*

50. As alegações esgrimidas reflectem o dilema que o Tribunal de Justiça enfrenta, havendo argumentos a favor e contra cada uma das opções. Em princípio, trata-se de uma prestação *sui generis*, difícil de enquadrar na tipologia comunitária, que pretende suprir as dificuldades de quem acredita ter direito a determinadas prestações sociais.

51. Mas existem razões ponderosas para qualificar a prestação de subsídio de desemprego e não de prestação de invalidez.

52. É verdade que o adiantamento controvertido não exige que quem o requer tenha capacidade para trabalhar [49] ou esteja à disposição da Administração Laboral [50]. Se for atribuída a prestação de invalidez, a decisão adquire uma espécie de retroactividade relativamente ao adiantamento, convertendo-a de raiz numa das prestações previstas no artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 1408/71, e o organismo responsável pela

46 — Acórdão De Cuyper, já referido na nota 44, n.º 27.

47 — Acórdão de 8 de Março de 2001 (C-215/99, Colect., p. I-1901).

48 — Acórdão de 15 de Março de 2001 (C-85/99, Colect., p. I-2261).

49 — § 23, n.º 2, primeiro parágrafo, da AIVG.

50 — Uma consequência lógica da derrogação anterior.

invalidez compensa o serviço encarregado das prestações de desemprego pelo adiantamento [51]. Por último, o acórdão De Cuyper definiu a prestação de desemprego em termos estritos, salientando a capacidade do interessado para trabalhar [52].

53. Com estes fundamentos, poder-se-ia pensar que o adiantamento litigioso é uma prestação de invalidez, mas existem razões importantes para rebater essa precipitada tomada de posição.

54. A primeira razão baseia-se no carácter *sui generis* do adiantamento, concebido como uma prestação específica para socorrer uma situação especial. Tal como a Comissão o descreveu na audiência, o adiantamento em causa existe numa espécie de «limbo» jurídico. Tem contornos de uma e de outra categoria, mas também *carece* de alguns elementos representativos das duas tipologias, sendo impossível enquadrá-lo num tipo que reúna em cem por cento as características das prestações de invalidez ou de desemprego no direito comunitário.

55. Com esta ideia como pano de fundo, há que relativizar o facto de J. Petersen, como qualquer outro titular do adiantamento, não poder trabalhar nem estar à disposição da Administração Laboral durante o período de desemprego. Da mesma forma que o adiantamento se afasta da prestação de desemprego quanto a estes aspectos (que constituem requisitos essenciais, à luz do § 7, n.º 1, primeiro parágrafo, da AIVG), sofre também da falta de uma condição essencial da prestação por incapacidade, o conteúdo económico, que é calculado nos termos das normas das prestações de desemprego [53].

56. A segunda razão alerta para o facto de a prestação de invalidez ter efeitos retroactivos para compensar financeiramente o montante da prestação de desemprego. O referido adiantamento transforma-se quando o pedido de ajuda por incapacidade é decidido favoravelmente, mas, quando é indeferido, consolida-se como uma prestação de desemprego em sentido estrito, não havendo lugar a qualquer compensação entre os serviços competentes [54].

57. Há igualmente que relativizar a importância do acórdão De Cuyper, para o compreender na sua justa medida. No refe-

51 — § 23, n.º 5, da AIVG.
52 — Acórdão de Cuyper, já referido na nota 44, n.º 27.
53 — § 23, n.º 4, da AIVG.
54 — § 23, n.os 5 e 6, da AIVG.

rido processo, um cidadão belga recebia um subsídio de desemprego com a particularidade de estar dispensado de se inscrever como candidato a emprego e, consequentemente, da obrigação de demonstrar a sua disponibilidade no mercado de trabalho [55]. Esta isenção, que constituía uma excepção às condições definidas legalmente para a concessão das prestações de desemprego, não impediu o Tribunal de Justiça de qualificar a ajuda de subsídio de desemprego. O acórdão, no seu n.º 27, descreveu estas prestações como aquelas em que o beneficiário ainda dispõe de capacidade para trabalhar, mas considerou que uma prestação semelhante, apesar de não cumprir uma das condições, era uma prestação de desemprego, o que se poderia aplicar no caso em apreço, na medida em que o adiantamento austríaco, apesar de lhe faltar uma condição essencial para ser definido como prestação de desemprego, preenche uma ampla gama de traços que o tornam semelhante a esse tipo de prestações.

58. Em primeiro lugar, o adiantamento é pago porque existe um trabalhador desempregado que, além disso, requereu uma prestação de invalidez, o que sugere que se trata de alguém especialmente vulnerável [56]. Nestas circunstâncias, concede-se uma prestação de desemprego a cargo dos fundos do seguro de desemprego e nos termos das regras destas prestações. Em segundo lugar, o adiantamento cessa automaticamente se o beneficiário aceitar um emprego durante o procedimento de atribuição da prestação de invalidez. Tal como o desempregado que perde o direito a uma prestação de desemprego quando aceita um emprego, o titular do adiantamento é vítima de uma consequência semelhante. Em terceiro lugar, o sistema de cálculo do adiantamento é efectuado de acordo com as normas das prestações de desemprego, embora com um critério corrector para evitar pagamentos substanciais no caso de, no futuro, lhe ser concedida a prestação de invalidez. Em quarto lugar, a invalidez do beneficiário do adiantamento não é mais do que uma hipótese, dado que a única certeza é o desemprego, pelo que parece adequado que se trate o adiantamento como tal.

59. Mas o elemento fulcral para fazer pender o fiel da balança a favor da qualificação do adiantamento de prestação de desemprego é a sua finalidade [57]. Decorre da letra e do espírito da regulamentação austríaca que esta prestação visa suprir os rendimentos do trabalho durante um determinado período

55 — Acórdão De Cuyper, já referido na nota 44, n.º 30.

56 — O § 23, n.º 2, terceiro parágrafo, da AIVG exige, para a concessão do adiantamento a quem requer uma prestação de invalidez, «uma confirmação da entidade seguradora de reforma que não é previsível que se determine a obrigação de prestação ao abrigo do regime respectivo dentro de dois meses após a data de vencimento da reforma», o que demonstra que o adiantamento é atribuído para suprir o desfasamento temporal provocado por um prolongado procedimento administrativo.

57 — Acórdão De Cuyper, já referido na nota 44, n.º 25.

que, embora ainda não seja certo, pode terminar num regresso ou numa expulsão do mercado de trabalho. Desta forma, procura-se manter o requerente economicamente activo no referido mercado mas também, como referiu o Governo alemão, psicologicamente motivado.

60. Deste modo, o adiantamento cobre um duplo risco: o de o pedido de uma prestação de invalidez ser indeferido e o de o requerente decidir voltar ao mercado de trabalho, abandonando a sua pretensão inicial.

61. Em face do exposto, conclui-se que o adiantamento previsto no § 23 da AIVG é uma prestação de desemprego, na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea g), do Regulamento n.º 1408/71, embora essa qualificação não seja determinante para responder à segunda questão prejudicial, que é, sem dúvida, a chave para a resolução do caso em apreço.

VII — Segunda questão prejudicial: o requisito de residência aplicado ao adiantamento

A — *Preâmbulo*

62. A segunda questão do Verwaltungsgerichtshof, consequência lógica da primeira, refere-se à residência exigida a J. Petersen para beneficiar do adiantamento.

63. Ao qualificar a ajuda de prestação de desemprego, o artigo 69.º do Regulamento n.º 1408/71 estabelece três condições para que um particular possa residir noutro Estado-Membro enquanto recebe uma prestação de desemprego: estar inscrito, antes da partida, num serviço de emprego; inscrever-se, depois, como candidato a um emprego no Estado de acolhimento; e começar a trabalhar num período determinado.

64. É evidente que J. Petersen não cumpre nenhuma destas condições.

65. Contrariamente à Comissão e a J. Petersen, todos os governos que apresentaram observações no presente caso se basearam no referido incumprimento para justificar a suspensão do adiantamento recebido por J. Petersen. Mas esta alegação envolve uma armadilha de que é urgente escapar.

B — *Alegações dos governos, da Comissão e de J. Petersen*

66. Os governos alemão, austríaco, espanhol e italiano invocam, todos, dois fundamentos. Alegam, por um lado, que J. Petersen não preenche nenhuma das condições previstas no Regulamento n.º 1408/71 para poder exportar a sua prestação social e, por outro, que o acórdão De Cuyper, já referido, é aplicável.

67. Para estes governos, exigir um requisito de residência a um trabalhador como J. Petersen não é desproporcionado porque os artigos 69.º a 71.º do Regulamento n.º 1408/71 prevêem várias situações em que é possível exportar as prestações e o recorrente não se encontra em nenhuma delas. Existe, portanto, um certo consenso em que o Regulamento n.º 1408/71 contém uma enumeração exaustiva, à margem da qual a prestação é suspensa quando o titular se desloca para outro Estado-Membro.

68. Além disso, o acórdão De Cuyper avaliza a tese dos governos, ao declarar a compatibilidade de um requisito de residência com o artigo 18.º CE. Considerou que, num caso como o que estava a analisar, as inspecções da Administração Laboral só seriam eficazes se o beneficiário das prestações, que devia estar à disposição do centro de emprego, residisse no Estado prestador.

69. No entanto, a Comissão, baseando-se também no acórdão De Cuyper, considera que uma cláusula de residência viola o artigo 39.º CE. Na sua opinião, existe uma diferença essencial entre os factos desse processo e os do agora em apreço: enquanto que o Sr. De Cuyper devia permanecer à disposição do centro de emprego, o adiantamento a J. Petersen implica a isenção total desta obrigação. Se a luta contra a fraude passa para segundo plano, uma medida como a que está em causa torna-se desproporcionada. Por conseguinte, apesar de o Regulamento n.º 1408/71 não prever uma situação como a dos autos, isso não significa que ela fique à margem da protecção que os Tratados conferem. Ao invés, o ordenamento da Comunidade tutela-a e proíbe um requisito de residência como o suscitado no caso em apreço.

70. J. Petersen analisa a ilegalidade do requisito de residência em duas vertentes: a violação do direito fundamental de propriedade e do princípio de igualdade. A redução exorbitante de um activo patrimonial, juntamente com o tratamento discriminatório de que o recorrente é alvo face aos austríacos que não se deslocam para outro Estado-Membro, demonstra a incompatibilidade da decisão nacional com o direito comunitário.

C — *Apreciação*

71. Nem o Verwaltungsgerichtshof nem as partes discutiram a qualidade de «trabalhador» de J. Petersen. A Comissão limitou-se a afirmar que, se ele for um trabalhador assalariado, aplica-se o artigo 39.º CE; no caso contrário, aplica-se o artigo 18.º CE.

72. Inclino-me a reconhecer ao recorrente o estatuto de trabalhador, dado que o direito controvertido decorre de uma relação laboral. Apesar de o acórdão De Cuyper ser ambíguo neste aspecto, considero que a jurisprudência do Tribunal de Justiça confirmou a aplicação do artigo 39.º CE quando os direitos em jogo resultam directamente de uma relação laboral [58]. No caso em apreço, o vínculo da prestação com a qualidade de trabalhador de J. Petersen é notório, uma vez que se trata de um adiantamento que depende de duas circunstâncias simultâneas: o desemprego e a invalidez, ambas associadas a uma relação laboral anterior.

73. Todavia, apesar da especial relevância do artigo 39.º CE para a resposta à questão prejudicial, importa também ter em conta o artigo 18.º CE. Como afirmei, J. Petersen é um exemplo de *circulação de cidadãos livres*, o que, nos termos expostos nos n.ºs 25 a 38 destas conclusões, confere uma especial força normativa à situação individual e colectiva do recorrente.

1. Posição jurídica individual de J. Petersen

74. J. Petersen é um desempregado que, oportunamente, por força da sua condição de assalariado, cumpriu o período de descontos que lhe confere o direito a uma prestação de invalidez. Estando desempregado, requereu um adiantamento concebido para proteger

58 — Acórdão Martínez Sala, já referido na nota 5, n.º 32; acórdãos de 27 de Novembro de 1997, Meints (C-57/96, Colect., p. I-6689, n.ºs 16 e 17), e de 6 de Novembro de 2003, Ninni-Orasche (C-413/01, Colect.,p. I-13187, n.º 34).

os desempregados que, ao mesmo tempo, requerem uma prestação de invalidez. O referido adiantamento era concedido sempre que se verificassem os requisitos da prestação de desemprego, mas dispensando o beneficiário da obrigação de procurar trabalho. As normas nacionais de segurança social *flexibilizam-se* para o efeito, mas os governos que intervieram neste processo prejudicial reclamam do Tribunal de Justiça uma interpretação *estrita* das normas comunitárias de segurança social, uma vez que J. Petersen não preenche os requisitos dos artigos 69.º a 71.º para autorizar a exportação das prestações, de forma que há que revogar o adiantamento quando o recorrente transfere a sua residência para outro Estado-Membro.

75. Esta trama confronta J. Petersen com um trágico dilema, na medida em que, aconteça o que acontecer, perde sempre. Se cumprir os requisitos, não recebe o adiantamento. Se os cumprir todos, excepto aquele de que está dispensado, também não o recebe por mudar de residência. E, se não o recebe, corre o risco de, posteriormente, não lhe ser concedida a prestação de invalidez e de ser afastado do mercado de trabalho. Só lhe resta pedir uma prestação de desemprego normal, apesar de, dadas as dificuldades que atravessa (reclamando uma prestação de invalidez), não estar talvez nas melhores condições para conseguir um emprego num ambiente medianamente competitivo.

76. É irrelevante que a situação específica de J. Petersen não esteja prevista nas hipóteses enumeradas no Regulamento n.º 1408/71, uma vez que esse diploma não visa excluir todas as outras hipóteses, mas aplicar o artigo 39.º CE. Qualquer disposição de direito derivado é interpretada e aplicada à luz do direito originário, o que implica que um requisito de residência como o dos autos não tenha uma justificação objectiva e razoável, a que se junta o facto de ninguém neste processo, nem sequer o Governo austríaco, ter conseguido explicar por que é que a Administração não autorizou a alteração de residência de J. Petersen [59].

77. Apesar de a cidadania europeia exigir uma atenção prioritária à situação jurídica do indivíduo, é evidente que, embora não existam direitos fundamentais em jogo, a decisão austríaca dificilmente ultrapassaria um controlo comunitário de proporcionalidade [60]. Consequentemente, nos termos dos artigos 39.º CE e 18.º CE, uma medida como a que está em causa, que impõe um tratamento diferenciado em função do lugar da residência do beneficiário de uma prestação social, é incompatível com o direito comunitário.

59 — Os n.os 12 a 14 das observações escritas do Governo austríaco limitam-se a reiterar o conteúdo do artigo 39.º CE, bem como o dos artigos 10.º e 67.º do Regulamento n.º 1408/71. Não fornecem elementos substantivos que justifiquem a impossibilidade de J. Petersen exportar o subsídio provisório ao mudar a sua residência para outro Estado-Membro.

60 — N.º 27 destas conclusões.

2. Condições para pertencer à comunidade política

78. J. Petersen é um cidadão alemão que exerceu grande parte da sua actividade profissional na Áustria. Após vários anos a residir legalmente nesse país, regressa ao seu país natal depois de ter requerido às autoridades austríacas uma prestação de invalidez e um adiantamento por conta. Não há dúvida que o recorrente está directamente ligado ao Estado austríaco, nem que seja só pelo facto de ter pago as suas contribuições sociais à Administração Laboral austríaca até cumprir o período legal de seguro. A ligação de J. Petersen com a Áustria fala por si mesma, sobretudo ao analisar-se o tipo de prestação que lhe é recusado.

79. Se o Tribunal de Justiça se inclinar por qualificar o adiantamento de prestação de invalidez, confrontar-se-á com o facto de o Regulamento n.º 1408/71 impedir a suspensão ou a alteração deste tipo de prestações sociais por causa da residência [61]. Esta proibição tem a sua lógica, uma vez que pretende potenciar a livre circulação de quem terminou a sua carreira profissional e decide residir noutros Estados-Membros, seja por razões relacionadas com o clima, familiares ou sentimentais.

80. Mas, caso prefira considerar que J. Petersen aufere uma prestação de desemprego, não deve esquecer-se de que o adiantamento é a antecâmara de uma prestação de invalidez que, se não for atribuída, transforma a prestação num subsídio de desemprego, desde que o interessado preencha os requisitos dos artigos 69.º a 71.º do Regulamento n.º 1408/71 quando muda de residência. No entanto, um desses requisitos supõe que, «tendo em consideração as circunstâncias do caso, haja a legítima expectativa de atribuição da prestação [de invalidez]» [62]. Consequentemente, J. Petersen pode residir na Alemanha, isento do controlo da Administração Laboral, por um período determinado: a duração do procedimento de atribuição da prestação de invalidez.

81. Ao longo deste tempo, a Administração austríaca, que, com antecedência, incitou J. Petersen a requerer um adiantamento reconhecendo assim implicitamente «a legítima expectativa de atribuição da prestação» que requereu, pode assumir o encargo económico da prestação que aqui se discute. Se lhe for recusada a prestação de invalidez, o recorrente volta à sua situação inicial. Mas, entretanto, a mudança de residência de J. Petersen, efectuada no decurso de um procedimento que provavelmente lhe atribui uma prestação que lhe permite residir em qualquer Estado-Membro, não condiciona de forma alguma a capacidade de actuação

61 — Artigo 10.º do Regulamento n.º 1408/71.

62 — Não me parece determinante o facto de, num primeiro momento, ter sido recusada a prestação a J. Petersen. Como esclareceu o representante do Governo austríaco na audiência, 60% dos pedidos de prestação de invalidez são indeferidos, o que demonstra uma política administrativa restritiva na apreciação das condições que permitem adquirir o direito a requerer a prestação. Considero, assim, que o indeferimento inicial do pedido de J. Petersen não significa *prima facie* que não fosse previsível a eventual concessão da prestação.

ou a integridade financeira das autoridades austríacas.

82. A ligação que J. Petersen demonstrou possuir demonstra a desproporção da medida adoptada pela Administração Laboral da Áustria. Ao ponderar a inclusão de J. Petersen na comunidade a que esteve ligado de forma activa, há que interpretar o artigo 39.º CE à luz do artigo 18.º CE. Assim, aplicando um padrão elevado de protecção ao cidadão europeu, concluo na convicção de que os dois artigos foram violados.

VIII — Conclusão

83. À luz das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões submetidas pelo Verwaltungsgerichtshof declarando que:

«Uma prestação em dinheiro paga pelo seguro de desemprego que é concedida aos desempregados que tenham requerido uma prestação de invalidez constitui uma prestação de desemprego, na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea g), do Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho, de 14 de Junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade.

Os artigos 18.º CE e 39.º CE opõem-se a uma disposição nacional que prevê a suspensão do direito a essa prestação quando o desempregado reside noutro Estado-Membro.»