CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL G. FEDERICO MANCINI

apresentadas em 5 de Maio de 1988 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Por despacho de 21 de Janeiro de 1987, o Bundessozialgericht vem perguntar a este Tribunal se, para efeitos do cálculo da pensão de um trabalhador fronteiriço, os períodos em que beneficiou de prestações de desemprego completo devem ser tomados em consideração pelo organismo de previdência do Estado de residência ou pelo organismo correspondente do país em que o titular da pensão exerceu a sua actividade profissional.

Os factos. Josef Rebamnn, cidadão alemão, residiu sempre na Alemanha. No período que decorreu entre 1 de Agosto de 1959 e 30 de Junho de 1972 trabalhou em França como trabalhador fronteiriço pagando as respectivas cotizações para o regime de segurança social desse Estado. Em Junho de 1972, J. Rebmann ficou desempregado. Inscreveu-se portanto nos serviços de emprego de Saarbrücken, tendo recebido, entre 13 de Julho seguinte e 31 de Julho de 1974, as prestações de desemprego, de acordo com as normas do direito alemão.

Em 1980, J. Rebmann reformou-se com uma pensão paga pela caixa francesa. Além disso, por decisão de 10 de Dezembro de 1980, a Bundesversicherungsanstalt für Angestellte de Berlim (adiante «BFA») atribuiu-lhe uma pensão por invalidez com base nos anos de trabalho (1974-1980) prestado na Alemanha. Todavia, ao calcular o montante desta prestação, o organismo não teve em consideração o período durante o qual o beneficiário esteve desempregado. Com efeito, nos termos do artigo 36.°, n.° 1, pontos 3 e 3-A, da Angestelltenversicherungsgesetz («AVG»), os períodos de desemprego apenas são contabilizáveis para efeitos da pensão se interromperem o exercício de uma actividade laboral sujeita a seguro de acordo com a lei alemã. Podem, de facto, ser equiparados a períodos de cotização alemães se assim tiver sido estabelecido em acordos ou convenções internacionais de que a República Federal da Alemanha seja signatária. Todavia, no caso em apreço, isto não está previsto nem na convenção franco-alemã existente na matéria, nem em disposições do direito comunitário.

A reclamação, o recurso contencioso e a apelação interpostos da decisão pelo reformado não produziram qualquer resultado. No recurso de revista, J. Rebmann sustenta que a referida norma da AVG viola o disposto no artigo 71.°, n.° 1, alínea a), ii), do Regulamento n.° 1408/71, de 14 de Junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade (na versão publicada no JO L 230 de 22.8.1983, p. 8; EE 05 F3, p. 53). De facto, de acordo com o que nele se dispõe, em caso de desemprego, o trabalhador fronteiriço deve solicitar as prestações a que tem direito exclusivamente à autoridade competente do Estado de residência.

* Tradução do italiano.

É incontestável — admitiu o recorrente — que a norma não contempla directamente o caso em apreço, mas é também certo — acrescenta — que só a aplicação da *lex domicilii* evita que o trabalhador fronteiriço seja discriminado relativamente aos outros trabalhadores migrantes, por não poder satisfazer nem no Estado de residência, nem no do emprego, as condições a que a lei nacional subordina o reconhecimento dos períodos de desemprego. De facto, no que se refere ao direito francês, J. Rebmann não podia provar não ter recebido qualquer prestação de desemprego sendo que, nos termos da lei alemã, a sua actividade laboral sujeita a seguro não tinha sido interrompida.

Nestas circunstâncias, o Bundessozialgericht achou oportuno perguntar ao Tribunal qual é, de acordo com o direito comunitário, o organismo de previdência competente para a tomada em consideração, no cálculo da pensão, dos períodos de desemprego em que um trabalhador fronteiriço tenha beneficiado, nos termos do artigo 71.°, n.° 1, alínea a), ii), do Regulamento n.° 1408/71, das prestações correspondentes. Em especial, o juiz de renvio pretende saber:

a) se à luz da referida norma comunitária os períodos de desemprego devem ser tidos em conta no Estado de residência, como se o trabalhador tivesse estado sujeito à legislação deste último Estado durante o seu último emprego;

b) se, pelo contrário, esses períodos devem ser tidos em conta, em conformidade com as disposições da legislação em matéria de pensões do Estado do emprego como se, durante o desemprego ele tivesse estado sujeito à legislação deste Estado;

c) se a escolha do organismo a quem solicitar a tomada em consideração dos períodos de desemprego compete ao trabalhador interessado.

Neste processo a BfA, os governos de Roma e de Haia e a Comissão das Comunidades Europeias apresentaram observações e, salvo os Países Baixos, intervieram na audiência.

2. A BfA e o Governo italiano sublinham antes de mais que a não existência de uma norma comunitária *ad hoc* não permite ignorar os interesses dos trabalhadores fronteiriços e que a solução do problema deve ser procurada com base nos princípios enunciados no Regulamento n.° 1408/71. Assim, sustentam que, ao impor o pagamento das prestações de desemprego à autoridade do Estado de residência, o artigo 71.° introduziu uma excepção à regra segundo a qual é ao país em que o trabalhador migrante exerce a sua actividade que compete tomar todas as medidas de carácter social e relativas à previdência social.

Revestindo portanto a natureza de excepção, a norma não é aplicável por analogia ou por interpretação extensiva, como afirma o Governo neerlandês, às outras prestações da previdência social e isto mesmo para os efeitos, ainda que limitados, do cálculo do tempo em que o titular do direito à pensão esteve desempregado. Se assim não fosse, sublinha a BfA chegar-se-ia a um resultado paradoxal: pelo simples facto de ter pago prestações de desemprego, o Estado de residência deveria atribuir ao trabalhador fronteiriço que nunca trabalhou no seu território um direito autónomo a uma pensão. O problema levantado pelo juiz *a quo* fica em definitivo resolvido recorrendo ao critério geral do Estado de emprego.

A Comissão tem uma opinião contrária. O referido critério — assim o reconhece — é, decerto, mais conforme ao sistema do regulamento. Levanta, todavia, graves problemas de coordenação entre as legislações relativas à previdência social dos Estados-membros e, em especial, relativamente àquelas que, como a francesa, excluem a possibilidade de contabilizar para efeitos de pensão os períodos de desemprego relativamente aos quais não tenham sido pagas as prestações. No caso de o trabalhador fronteiriço nunca ter trabalhado no Estado de residência, mas aí ter vivido durante o período de desemprego recebendo as respectivas prestações, deveria, antes, aplicar-se o princípio da totalização dos períodos relevantes. Por analogia com o previsto no artigo 48.°, os organismos do Estado de emprego seriam agora obrigados a contabilizar os referidos períodos.

3. A questão colocada pelo Bundessozialgericht põe em evidência a existência de uma grave lacuna no Regulamento n.° 1408/71. É evidente que os interesses de uma importante categoria de trabalhadores comunitários, como é a dos trabalhadores fronteiriços, impõe que seja colmatada.

Uma premissa de ordem geral. Para efeitos da «determinação da legislação aplicável» o Conselho estabeleceu que os trabalhadores assalariados que não residam no Estado de emprego (entre os quais figuram obviamente os trabalhadores fronteiriços) estão sujeitos à lei deste Estado [artigo 13.°, n.° 2, alínea a)]. Por outro lado, o princípio assim estabelecido comporta excepções. Em especial, inspiram-se no critério da *lex domicili*: a) o artigo 25.°, n.os 2 e 3, no que se refere às prestações por doença e maternidade a que tem direito o trabalhador fronteiriço no desemprego; b) o artigo 39.°, n.° 5, em matéria de invalidez; c) o referido artigo 71.°, n.° 1, alínea a), ii). Com efeito estabelece que «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».

Ora, *a ratio* deste preceito é evidente: encontrando-se sem trabalho — entendeu o legislador comunitário — o trabalhador fronteiriço pode ser melhor e mais facilmente assistido pela autoridade do país de residência onde, evidentemente, mantém vínculos familiares e sociais mais estáveis. Este aspecto está muito bem tratado na jurisprudência do Tribunal. «As disposições do artigo 71.° — afirma-se no acórdão de 12 de Junho de 1986, processo 1/85 (Miethe, Colect., p. 1837) — têm por objecto assegurar ao trabalhador migrante o benefício de prestações de desemprego nas condições mais favoráveis à procura de um novo emprego. Estas prestações compreendem não só subsídios em dinheiro, mas igualmente o auxílio à reconversão profissional, prestado por aqueles serviços aos trabalhadores que se colocaram à sua disposição» (ver n.os 16 do acórdão citado).

Dito isto, vejamos qual das soluções propostas pelo juiz *a quo* está mais conforme ao espírito que informou o Conselho ao aprovar as normas relativas ao estatuto do trabalhador fronteiriço.

A última hipótese do Bundessozialgericht pode ser de imediato afastada: a atribuição de uma possibilidade de escolha aos trabalhadores fronteiriços seria contrária à letra do artigo 71.° — que, como já referimos, autoriza estes trabalhadores a dirigirem-se apenas à autoridade do Estado de residência — e ignoraria «o âmbito do Regulamento n.° 1408/71 que tem em vista... coordenar

as legislações nacionais sobre segurança social no âmbito da livre circulação dos trabalhadores nacionais dos Estados-membros» (acórdão Miethe, já citado, n.° 11).

Pelo contrário, a segunda solução apresenta pelo menos duas vantagens: a de estar de acordo com a regra estabelecida no artigo 13.° e com os objectivos prosseguidos pelo artigo 51.° do Tratado bem como a de determinar que os períodos de desemprego se somem sem solução de continuidade aos períodos de contribuição cumpridos pelo trabalhador fronteiriço relativamente ao regime de pensão do Estado de emprego. Assim, quando o trabalhador encontrar um emprego no referido Estado, as autoridades deste último, competentes para liquidar os seus direitos à pensão, também terão em consideração os anos em que não pode trabalhar.

Todavia, como a Comissão demonstrou, esta solução dá lugar a sérias dificuldades de coordenação entre as normas relativas ao cálculo da pensão do Estado de emprego e as normas do Estado de residência ao qual compete aprovar o regime de pagamento do subsídio de desemprego. Mas há mais. Ela perde toda a utilidade prática quando o trabalhador fronteiriço encontra um emprego no seu lugar de origem graças aos esforços dos serviços de emprego a que se dirigiu, por força do artigo 71.° De facto, neste caso, pelas razões que expus quando examinei a hipótese contrária, parece mais lógico atribuir às autoridades do Estado de residência o encargo de tomarem em consideração, no momento da liquidação da pensão, os períodos de desemprego. Acrescento que o paradoxo a que a BfA faz alusão é pouco plausível; com efeito, o trabalhador fronteiriço que nunca trabalhou no Estado de residência não pode, por isso mesmo, adquirir aí qualquer direito à pensão de reforma.

Em definitivo, a perspectiva sustentada pela BfA e pelo Governo italiano não parece mais favorável aos interesses dos trabalhadores fronteiriços do que a proposta pelos Países Baixos. Decerto, como qualquer norma de natureza excepcional, o artigo 71.° deve ser apreendido apenas no âmbito da hipótese para que foi previsto. Estou, todavia, convencido de que esta disposição não se limita a introduzir uma excepção ao critério geral da *lex loci laboris*, mas constitui, em conjugação com o artigo 25.°, n.° 2, uma regulamentação especificamente destinada aos trabalhadores fronteiriços e diferente da estabelecida para os outros trabalhadores. Viu-se, com efeito, que o critério da *lex domicili* corresponde, neste caso específico, a um objectivo fundamental: permitir àquele que todos os dias atravessa a fronteira para trabalhar «do outro lado», encontrar, após uma situação de desemprego, um emprego no país em que reside.

Assim, de acordo com o Regulamento n.° 1408/71, o desemprego do trabalhador fronteiriço — enquanto situação susceptível de ser juridicamente tutelada — está sujeito a um regime especial, baseado no critério da *lex domicili* e paralelo ao da *lex loci laboris*, que regula todos, mas também exclusivamente, os direitos e deveres do trabalhador fronteiriço desde o dia em que fica sem trabalho até ao momento em que encontra emprego. Pelo contrário, ao tempo que precede e que se segue a esse período aplica-se, evidentemente, o regime geral, quer dizer, aquele pelo qual é ao Estado onde trabalhou que compete assumir o encargo das prestações de segurança social do trabalhador não residente. Por outro lado, este critério de interpretação conduziu justamente o Tribunal a afirmar que, por força do referido artigo 13.°, n.° 2, alínea a), o «trabalhador que deixa de exercer uma actividade no território de um Estado-membro e que não vai trabalhar para o território de um outro, continua sujeito à legislação do Es-

tado... do seu último emprego, seja qual for o período de tempo decorrido desde a interrupção da actividade em questão e o fim da relação de trabalho». Aplica-se-lhe portanto «apenas... a legislação desse Estado membro» (acórdão de 12 de Junho de 1986, processo 302/84, Ten Holder, Colect., p. 1827, n.os 1 e 2 do dispositivo).

As dificuldades de coordenação a que a Comissão fez referência devem ser superadas recorrendo ao critério do Estado de emprego. Na verdade, subtrair o trabalhador fronteiriço à *lex loci laboris* constituiria obstáculo à acumulação ininterrupta dos seus direitos à pensão e seria incompatível com os objectivos do Tratado. A este respeito recordo que o artigo 51.° pretende «assegurar aos trabalhadores migrantes e às pessoas que dele dependam... a totalidade dos períodos tomados em consideração pelas diversas legislações nacionais, tanto para fins de aquisição e manutenção do direito às prestações, como *para o cálculo destas*» (o sublinhado é meu).

4. À luz das considerações precedentes sugiro que o Tribunal responda como segue à questão colocada pelo Bundessozialgericht, por despacho de 21 de Janeiro de 1987, no processo perante si pendente entre Josef Rebmann e o Bundesversicherungsanstalt für Angestellte:

«De acordo com o artigo 13.°, n.° 2, alínea a), do Regulamento n.° 1408/71 e na falta de norma comunitária específica, os períodos de desemprego completo cumpridos por um trabalhador fronteiriço no Estado de residência devem ser tomados em consideração, para efeitos do cálculo da pensão, pela legislação do Estado do seu último emprego.»