

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
SIEGBERT ALBER

apresentadas em 28 de Setembro de 2000¹

I — Introdução

1. O presente processo prejudicial, apresentado pelo Oberster Gerichtshof, Wien (Áustria), é relativo à questão da compatibilidade com o direito comunitário de uma regulamentação nacional nos termos da qual um filho menor que pode ter direito a uma pensão de alimentos e que não obtém o seu pagamento por parte do progenitor obrigado ao dever de sustentar só pode pedir o pagamento pelo Estado de um adiantamento sobre a referida pensão se for cidadão austríaco ou apátrida.

II — Os factos e a tramitação processual

2. Os requerentes no processo principal, que são menores, bem como os seus pais têm nacionalidade alemã. A família reside na Áustria desde 1987. O divórcio dos pais foi proferido em 1 de Fevereiro de 1995 e a mãe obteve a guarda exclusiva dos filhos menores. Em 17 de Julho de 1996, o pai comprometeu-se, no âmbito de uma transacção judicial, a pagar, a cada filho menor, uma pensão de alimentos mensal de

3 500 ATS. Os filhos menores, tal como os seus pais, residem na Áustria.

3. Os pais exercem uma actividade não assalariada na Áustria. A mãe explora uma livraria especializada em livros para crianças e o pai é representante independente do comércio de materiais para a construção civil.

4. Em 1 de Setembro de 1998, os filhos menores solicitaram a concessão de adiantamentos sobre a pensão de alimentos no montante de 3 500 ATS para cada um, porque o seu pai já não pagava a pensão de alimentos desde Fevereiro de 1998. A este respeito, alegaram que tinham tentado obter contra o pai a execução coerciva do título executivo que declara o crédito alimentar, mas que a sua tentativa foi em vão, porque o devedor da pensão de alimentos não recebia salário.

5. O pedido foi indeferido pelo órgão jurisdicional de primeira instância devido à nacionalidade alemã dos menores. O tribunal de recurso confirmou essa decisão, autorizando, no entanto, o recurso de

¹ — Língua original: alemão.

revista ordinário. A secção competente do Oberster Gerichtshof (a seguir «órgão jurisdicional de reenvio») julgou necessário submeter ao Tribunal de Justiça um pedido prejudicial.

6. O Governo austríaco e a Comissão apresentaram observações escritas no Tribunal de Justiça. O Governo sueco interveio na audiência. Voltarei à argumentação dos participantes no processo.

III — O pedido prejudicial

7. O órgão jurisdicional nacional refere-se aos fundamentos do legislador austríaco, segundo os quais a Unterhaltsvorschussgesetz é um meio de o Estado zelar pela sua «juventude». O projecto de lei constitui um «passo decisivo para prover as necessidades dos filhos menores». Nos trabalhos preparatórios, lamenta-se a sorte das mães «que, porque se separaram dos maridos ou estes as deixaram, ou são mães de filhos naturais, cujos pais se desinteressaram, se encontram sozinhas com os seus filhos menores» e, «além do pesado encargo da educação dos seus filhos», é-lhes ainda «imposta a difícil tarefa de obter que o pai contribua para o sustento dos filhos». É por esta razão que o Estado deve substituir os devedores que não cumprem as suas obrigações alimentares, pagar os adiantamentos relativos às pensões e exigir o reembolso às pessoas obrigadas ao dever de sustentar.

8. Tal como é concebida pelo legislador, a concessão de adiantamentos sobre a pensão de alimentos constitui uma prestação social, que assenta num direito material de sustentar previsto pelas disposições do direito civil e que fica a cargo da pessoa obrigada ao dever de sustentar, e isto quer exista já um título executivo ou, por determinadas razões, este não tenha ainda sido obtido.

9. No entanto, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, os adiantamentos pagos ao progenitor no domicílio do qual é educado o filho menor que é beneficiário desse direito visam também, como resulta da exposição dos fundamentos do legislador, compensar encargos familiares — na ausência de pagamentos — que seriam suportados apenas pelo progenitor que se ocupa do filho menor. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, é esta, aliás, uma das razões, e não a de menor importância, pelas quais os adiantamentos são financiados através dos recursos do Familienausgleichfonds (fundo de compensação dos encargos familiares). A atenuação das preocupações materiais obtida graças aos adiantamentos tem manifestamente também por objectivo, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, permitir ao progenitor que se ocupa do filho menor, ao aliviá-lo de uma parte da pressão ligada à obrigação de procurar os meios financeiros necessários ao sustento do filho menor, estar em melhores condições de se consagrar a educação do seu filho menor.

10. Relativamente às condições e ao objectivo dos adiantamentos sobre a pensão de alimentos, o Tribunal de Justiça poderia, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, chegar à conclusão que esses adiantamen-

tos devem ser qualificados de prestações de segurança social abrangidos pelo âmbito de aplicação material do Regulamento (CEE) n.º 1408/71² dado o seu carácter de prestações familiares. Todavia, essa conclusão, acrescenta o órgão jurisdicional de reenvio, poderia ser contrária à jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual uma prestação social que garanta um mínimo de meios de subsistência constitui efectivamente uma vantagem social na acepção do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento (CEE) n.º 1612/68³. Contudo, não se pode excluir, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, uma solução de direito comunitário que consista em qualificar os adiantamentos sobre a pensão de alimentos previstos pelo direito austríaco tanto de prestações familiares na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea h), do Regulamento n.º 1408/71, como de vantagens sociais na acepção do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68.

11. Todavia, os pais dos ora recorrentes não são trabalhadores assalariados, mas independentes. Assim, salienta o órgão jurisdicional de reenvio, apenas pode ser considerado que sejam alargadas as vantagens sociais, que o Regulamento n.º 1612/68 reserva aos trabalhadores assalariados e aos membros da sua família, aos ora recorrentes enquanto filhos de trabalhadores não assalariados. O artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração a artigo 43.º CE) é, em contrapartida, uma expressão especial do artigo 6.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a arti-

go 12.º CE), que prima, enquanto lei especial, sobre o princípio geral da não discriminação. São incompatíveis com o artigo 52.º do Tratado, prossegue o órgão jurisdicional de reenvio, não apenas as discriminações previstas pela lei e ligadas à nacionalidade, que tenham um efeito directo no exercício de uma actividade na qualidade de trabalhador não assalariado, mas também as disposições que podem dissuadir o estabelecimento no Estado-Membro em causa, tais como as desigualdades de tratamento no domínio normativo das prestações sociais.

12. Por último, salienta o órgão jurisdicional de reenvio, mesmo que não tenha que ser submetido ao domínio da aplicação das liberdades consagradas no Tratado CE, em particular o da liberdade de estabelecimento, o direito de beneficiar dos adiantamentos sobre a pensão de alimentos nos termos da legislação austríaca não pode, de modo algum, relevar do vasto domínio de protecção do artigo 6.º, primeiro parágrafo, do Tratado CE, que deve também ser aplicado às matérias que «apresentem [simplesmente] factores de conexão com qualquer das situações consideradas pelo direito comunitário».

13. O órgão jurisdicional de reenvio submeteu a título prejudicial ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«1) Os adiantamentos de prestações de alimentos a filhos menores de trabalhadores independentes, nos termos da Bundesgesetz über die Gewährung von

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

3 — Regulamento (CEE) n.º 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade (JO L 257, p. 2; EE 05 F1 p. 77).

Vorschüssen auf den Unterhalt von Kindern (legislação federal austríaca em matéria de concessão de adiantamentos para o sustento de crianças — Unterhaltsvorschußgesetz 1985 — UGV BGB1 451 na sua versão em vigor), constituem prestações familiares para efeitos do n.º 1 do artigo 4.º, alínea h), 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, na versão alterada e actualizada pelos Regulamentos (CEE) n.º 2001/83 do Conselho, de 2 de Junho de 1983, alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 3427/89 do Conselho, de 30 de Outubro de 1989, sendo por isso aplicável também o artigo 3.º sobre a igualdade de tratamento?

- 2) No caso de resposta negativa à primeira questão:

Os filhos menores, que, como os seus pais, trabalhadores independentes na República da Áustria, têm nacionalidade alemã mas residência habitual na Áustria e solicitaram adiantamentos sobre prestações de alimentos nos termos da Bundesgesetz über die Gewährung von Vorschüssen auf den Unterhalt von Kindern austríaca (Unterhaltsvorschußgesetz 1985 — UVG BGB1. 451, na versão em vigor), são vítimas

de discriminação, contra o disposto nos artigos 52.º ou 6.º, primeiro parágrafo, do Tratado CE, tendo em conta que não lhes é reconhecido o direito aos adiantamentos que solicitaram por terem a nacionalidade alemã, com base no § 2, n.º 1, da UVG?»

IV — Quadro jurídico

A — Disposições de direito comunitário

Regulamento n.º 1408/71, na versão alterada e actualizada pelo Regulamento (CE) n.º 118/97 do Conselho, de 2 de Dezembro de 1996⁴ (a seguir «Regulamento n.º 1408/71»)

14. As disposições pertinentes do referido regulamento têm a seguinte redacção:

«Artigo 1.º (10) (15)

Definições

4 — JO 1997, L 28, p. 1.

Para efeitos de aplicação do presente regulamento: *Artigo 2.º*

Âmbito de aplicação pessoal

a) a e)...

f) i) a expressão 'membro da família' designa qualquer pessoa definida ou reconhecida como tal ou designada como membro do agregado familiar pela legislação nos termos da qual as prestações são concedidas ou, nos casos previstos no n.º 1, alínea a), do artigo 22.º e no artigo 31.º, pela legislação do Estado-Membro em cujo território reside...

1. 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.

2. a 3....

g) a t)...

Artigo 3.º

u) i) a expressão 'prestações familiares' designa quaisquer prestações em espécie ou pecuniárias destinadas a compensar os encargos familiares no âmbito de uma das legislações previstas no n.º 1, alínea h), do artigo 4.º, excluindo os subsídios especiais de nascimento mencionados no anexo II...

Igualdade de tratamento

1. As pessoas que residem no território de um dos Estados-Membros e às quais se aplicam as disposições do presente regulamento estão sujeitas às obrigações e beneficiam da legislação de qualquer Estado-Membro nas mesmas condições que os nacionais deste Estado, sem prejuízo das disposições especiais constantes do presente regulamento.

v)...

...

Artigo 5.º (10)

Declarações dos Estados-Membros relativas ao âmbito de aplicação do presente regulamento

Artigo 4.º (10)

Âmbito de aplicação material

Os Estados-Membros mencionarão as legislações e regimes a que se referem os n.ºs 1 e 2 do artigo 4.º... as prestações mínimas referidas no artigo 50.º, bem como as prestações referidas nos artigos 77.º e 78.º, em declarações notificadas e publicadas nos termos do artigo 97.º»

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

a) a g)...

B — *Disposições nacionais*

h) prestações familiares

Unterhaltsvorschußgesetz 1985 — UVG BGBl. 451, na versão em vigor — lei federal austríaca relativa à concessão de adiantamentos para o sustento dos filhos (a seguir «UVG»)

2. e 3....

15. Os §§ 2, n.º 1, primeiro período, e 3 UVG, que figuram sob o título «Condições», dispõem:

4. O presente regulamento não se aplica à assistência social e médica, aos regimes de prestações em favor das vítimas de guerra ou das suas consequências, nem aos regimes especiais dos funcionários públicos ou do pessoal equiparado.

«§ 2. (1) Têm direito a adiantamentos os filhos menores com residência habitual no

território nacional e que sejam de nacionalidade austríaca ou apátridas.

são concedidos mesmo que a execução se mostre sem perspectivas de êxito ou o direito à pensão de alimentos não tenha sido fixado.

...»

«§ 3. São concedidos adiantamentos

1. quando existe, relativamente ao direito legal a uma pensão de alimentos, um título exequível no país e

2. quando uma execução que incide sobre obrigações de alimentos em curso [...] ou, no caso de o devedor da pensão de alimentos não dispor manifestamente de rendimentos ou de uma outra remuneração regular, quando uma execução [...] não cobriu completamente, durante os últimos seis meses antes da apresentação do pedido de concessão de adiantamentos, pelo menos um dos montantes da pensão alimentar tornada exigível; nesta situação, os montantes em dívida da pensão de alimentos que forem pagos são imputados à dívida de alimentos em curso.»

16. O § 4 da UVG dispõe que, em determinadas circunstâncias, os adiantamentos

17. Os §§ 30 e 31 da UVG prevêem que os direitos a alimentos de um filho menor que foram objecto de adiantamentos são transferidos para os poderes públicos. Quando o devedor da obrigação de sustento não efectua qualquer pagamento, os créditos são objecto de cobrança coerciva.

V — A primeira questão

As observações dos participantes no processo

18. O *Governo austríaco* considera que se deve, no âmbito da primeira questão, determinar se a prestação em causa é uma prestação familiar na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea h), do Regulamento n.º 1408/71. Expõe a este respeito que a referida prestação é prevista por uma regulamentação que releva do direito ao sustento, para a qual a questão da necessidade de assistência social não é determinante. Os adiantamentos sobre a pensão de alimentos na acepção da UVG assentam num direito material que tem o filho menor em relação ao progenitor obrigado ao dever de prover ao seu sustento. A UVG prevê o

pagamento de adiantamentos sobre a pensão de alimentos devida nos termos desse direito ao sustento previsto pela lei, independentemente da questão de saber se existe já um título executivo contra o devedor da obrigação de prover ao sustento ou se, por uma razão ou outra, ele não existe (ainda). A regulamentação tem por objectivo garantir ao filho menor a concessão da totalidade da pensão de alimentos, mesmo no caso de não cumprimento da pessoa obrigada ao dever de prover ao sustento. Embora, para esse fim, as prestações sejam dadas pelo poder público, não se trata de modo algum de prestações sociais. Quando o Bund concede as prestações, sub-roga-se legalmente no direito à pensão de alimentos, o qual releva do direito de família. O sustento do filho menor é assim prefinanciado, intervindo o Estado na execução do direito. Assim, o Governo austríaco conclui que os adiantamentos sobre a pensão de alimentos previstos pela *Unterhaltsvorschußgesetz* não constituem prestações familiares na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea h), do Regulamento n.º 1408/71, cujo artigo 3.º não é, portanto, aplicável.

19. A Comissão suscita em primeiro lugar a questão do âmbito de aplicação material do Regulamento n.º 1408/71. Sublinha que as prestações em causa não foram notificadas em conformidade com o artigo 5.º do referido regulamento e que, deste modo, não são abrangidas pelo âmbito de aplicação deste regulamento. Todavia, esta circunstância não impede, em sua opinião, que sejam consideradas prestações de segurança social, na condição de apresentarem os critérios necessários para esse fim. A qualificação da prestação, salienta a Comissão, depende, em conformidade

com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, dos elementos constitutivos de cada prestação, nomeadamente das suas finalidades e das suas condições de concessão. Deve ser concedida aos beneficiários independentemente de qualquer apreciação individual e discricionária das necessidades pessoais, com base numa situação legalmente definida, e referir-se a um dos riscos expressamente enumerados no artigo 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1408/71. Nessa medida, a Comissão considera que o ramo específico de prestações sociais que se pode perspectivar no presente processo é o das prestações familiares, porque é permitido considerar que não se trata de uma prestação com carácter de assistência social.

20. Todavia, a UVG assenta, segundo a Comissão, num direito alimentar que releva do direito civil. A prestação tem, a este respeito, uma finalidade diferente da de compensar encargos de família, finalidade que é característica das prestações familiares. Acrescenta que o adiantamento sobre a pensão de alimentos não diminui nem compensa o encargo do sustento do filho menor. Assim, a prestação controvertida não deve ser qualificada de prestação familiar na acepção do Regulamento n.º 1408/71, de modo que o artigo 3.º do referido regulamento também não é aplicável.

21. Sem entrar nos detalhes da questão, o Governo sueco considerou na audiência que os adiantamentos em causa sobre a pensão de alimentos não deviam ser considerados prestações familiares na acepção do Regulamento n.º 1408/71.

Apreciação

a) O âmbito de aplicação material do Regulamento n.º 1408/71

22. A primeira questão do pedido prejudicial é relativa efectivamente ao âmbito de aplicação material do regulamento. No artigo 4.º do Regulamento n.º 1408/71, que define o âmbito de aplicação material, é precisado que este aplica-se a todas as legislações relativas aos ramos de segurança social que digam respeito aos tipos de prestações enumerados no referido artigo, entre os quais são mencionadas as prestações familiares na alínea h).

Assim, há que examinar se as prestações previstas pela österreichische Unterhaltsvorschußgesetz são prestações familiares na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea h), do Regulamento n.º 1408/71.

23. Nos termos do artigo 5.º do regulamento, os Estados-Membros mencionarão, entre outras, as legislações e regimes a que se refere o artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, nas declarações notificadas e publicadas em conformidade com o disposto no artigo 97.º, uma vez que dizem respeito a um dos tipos de prestações que aí são referidos. É incontestável que as autoridades austríacas não qualificaram como tal a prestação prevista pela UVG. Todavia, não se deve

tirar daí a conclusão de que a lei, por esse motivo, não é de modo algum abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1408/71.

24. No seu acórdão de 29 de Novembro de 1977, proferido no processo Beerens, o Tribunal de Justiça já declarava:

«O facto de uma lei ou regulamentação nacional não ser mencionada nas declarações referidas no artigo 5.º do regulamento não constitui, por si só, prova de que essa lei ou regulamentação não releva do âmbito de aplicação do regulamento»⁵.

Com efeito, «a ausência da menção de uma legislação nacional na declaração feita por um Estado-Membro não pode impedir a qualificação dessa legislação como abrangida pelo âmbito de aplicação do regulamento», como o Tribunal de Justiça confirmou no acórdão de 27 de Fevereiro de 1981, proferido no processo Vigier⁶. O facto de declarar as disposições nacionais em conformidade com o artigo 5.º do Regulamento n.º 1408/71 apenas tem efeito vinculativo no sentido positivo⁷.

5 — 35/77, Recueil, p. 2249, n.º 9, Colect., p. 835.

6 — 70/80, Recueil, p. 229, n.º 15.

7 — V. acórdãos Beerens (já referido na nota 5, n.º 9), e de 11 de Junho de 1991, Athanasopoulos e o. (C-251/89, Colect., p. I-2797, n.º 28).

25. Assim, há que examinar se a concessão de adiantamentos sobre a pensão de alimentos ao abrigo da UVG preenche os critérios que a revelam como uma prestação de segurança social na acepção do Regulamento n.º 1408/71. Por força do artigo 1.º, alínea u) i), a expressão «prestações familiares» designa «quaisquer prestações em espécie ou pecuniárias destinadas a compensar os encargos familiares».

26. Conforme jurisprudência constante, a distinção entre as prestações abrangidas pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1408/71 e as que dele são excluídas assenta essencialmente nos elementos constitutivos de cada prestação, nomeadamente as finalidades e as condições de concessão, e não no facto de uma prestação ser ou não qualificada por uma legislação nacional de prestação de segurança social⁸. Uma prestação pode, assim, ser considerada uma prestação de segurança social abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1408/71 na medida em que 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 1408/71⁹.

27. Esta análise é reforçada pelo facto de o auxílio social, cuja concessão é subordinada à condição de uma apreciação das necessidades, ser, por força do artigo 4.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1408/71, excluído do âmbito de aplicação do regulamento.

28. Os adiantamentos sobre a pensão de alimentos previstos pela UVG são incontestavelmente concedidos com base numa situação legalmente definida, na ausência de decisão discricionária ou de apreciação das necessidades pessoais. O direito aos adiantamentos é constituído desde que a condição a que o artigo 3.º da UVG o subordina esteja preenchida. Todavia, a questão que se coloca é a de saber se, atendendo à sua finalidade e à sua condição de concessão, os adiantamentos sobre a pensão de alimentos podem ser considerados uma prestação ligada ao risco «prestações familiares»¹⁰.

29. Interpretada literalmente, a expressão «encargos familiares» compreende o sustento dos filhos menores. Prover ao sustento dos filhos menores é, do ponto de vista económico, uma das primeiras missões ligadas à guarda exercida pelos pais.

30. No plano abstracto, a guarda pode analisar-se como a assistência pessoal que é dada a um filho menor e que se traduz por

8 — Acórdãos de 27 de Março de 1985, Hoeckx (249/83, Recueil, p. 973, n.º 11), e Scrivner (122/84, Recueil, p. 1027, n.º 18); de 16 de Julho de 1992, Hughes (C-78/91, Colect., p. I-4839, n.º 14); de 10 de Outubro de 1996, Hover e Zachow (C-245/94 e C-312/94, Colect., p. I-4895, n.º 17), e de 5 de Março de 1998, Molenaar (C-160/96, Colect., p. I-843, n.º 19).

9 — V. acórdãos Hughes (já referido na nota 8, n.º 15), Hoever e Zachow (já referido na nota 8, n.º 18), Molenaar (já referido na nota 8, n.º 20), e de 11 de Junho de 1998, Kuusijärvi (C-275/96, Colect., p. I-3419, n.º 57).

10 — V. artigo 4.º, n.º 1, alínea h).

atenções múltiplas e pela satisfação das necessidades materiais, que pode também tomar a forma de despesas financeiras.

31. Num modelo familiar clássico, em que os pais e os filhos menores vivem sob o mesmo tecto, não é sempre evidente saber quais aspectos são assegurados por cada um dos pais e em que medida. O mesmo não se passa em situações em que, tais como as que estão na origem da regulamentação em causa, os pais do filho menor vivem separados e a guarda foi confiada a um dos dois. Nesse caso, o progenitor a quem foi confiada a guarda é em grande medida o único a tomar pessoalmente conta do filho menor, ao passo que o outro progenitor é obrigado ao dever de prover ao sustento contribuindo essencialmente para o pagamento de uma pensão alimentar.

32. Assim, há que considerar que o sustento financeiro dos filhos menores constitui um verdadeiro encargo familiar. Pela natureza das coisas, o sustento financeiro dos filhos menores é também um pagamento ligado a imperativos de tempo. Este aspecto traduz-se nas ordens jurídicas nacionais pelas condições especiais da execução judicial das dívidas de alimentos não pagas, que se afastam frequentemente das regras gerais relativas à cobrança dos créditos¹¹. Isto prende-se talvez com o facto de as pensões de alimentos poderem ser sistematicamente consideradas a substituição de uma prestação em espécie. Esta qualificação é na verdade irrelevante. É de

considerar, todavia, que um título que comprova um crédito de alimentos não é por si só suficiente para assegurar efectivamente o sustento. Um adiantamento sobre uma pensão de alimentos efectuada pelo Estado em caso de não pagamento das dívidas de sustento pelo progenitor que a isso está obrigado pode, assim, compensar encargos familiares.

33. O apoio estatal que as prestações de adiantamentos sobre a pensão de alimentos dão directamente ao filho menor que pode pretender o sustento, e indirectamente ao progenitor que tem a guarda exerce-se a vários níveis. Em primeiro lugar, há o aspecto processual, que consiste na execução de um título de crédito alimentar, e mesmo, se for caso disso, na obtenção desse título. Esse aspecto processual não deve ser subestimado, a cobrança de créditos não pagos a um devedor de alimentos incumpridor ou insolvente pode, com efeito, representar uma operação onerosa em tempo e em energia. Resulta das peças processuais comunicadas pelo órgão jurisdicional de reenvio que é expressamente da vontade do legislador ajudar as mães na cobrança das pensões de alimentos destinadas aos seus filhos menores, de que geralmente têm a guarda. Pode mesmo acontecer que essa prestação de assistência estatal de carácter material deva ser eventualmente considerada uma prestação em espécie.

34. Por outro lado, as prestações de adiantamentos sobre a pensão de alimentos comportam igualmente um aspecto económico que não é negligenciável. O paga-

11 — V., por exemplo, os limites de uma acção que tem por objectivo obter retroactivamente créditos de alimentos.

mento de adiantamentos permite dispor atempadamente de meios financeiros, quer dizer, quando sejam necessários. Além disso, o Estado suporta o risco da insolvência. O Tribunal de Justiça tem conhecimento de que mais de metade das quantias pagas pela República da Áustria a título de adiantamentos não podem ser cobradas aos devedores da obrigação de prover ao sustento¹². Assim, seria redutor classificar as regras relativas aos adiantamentos sobre uma pensão de alimentos como de pura medida de auxílio de natureza processual ou considerar principalmente o elemento provisório do prefinanciamento de créditos alimentares não pagos.

35. Ao descrever o conteúdo e o objectivo das prestações familiares, o Tribunal de Justiça retira das disposições pertinentes que estas são destinadas «a auxiliar socialmente os trabalhadores que têm o encargo familiar, ao fazer participar a colectividade nesses encargos»¹³.

36. Enquanto a concessão de quantias destinadas a prover ao sustento de um filho menor releva — como se expôs *supra* — dos verdadeiros encargos familiares, a cobrança de pensões de alimentos não pagas não é necessariamente um encargo familiar típico, mas antes um encargo típico da situação familiar especial de pais que vivem separados. Através da actuação das disposições relativas ao adiantamento sobre uma pensão de alimentos, o Estado, e portanto a colectividade, participa nos

encargos, por um lado, ao cobrar por via processual a pensão de alimentos e, por outro, garantindo a sua concessão. Para estes dois aspectos, são disponibilizados fundos públicos, embora efectivamente possa concluir-se que a colectividade participa nos encargos nascidos da situação familiar específica. Pode-se acrescentar que os filhos menores que vivem nesta situação familiar especial exigem a assistência especial da colectividade, que foi o que o legislador fez ao decidir adoptar a UVG.

37. A Comissão contrapõe a este argumento que os adiantamentos têm por objectivo assegurar os meios de subsistência dos menores, sem no entanto diminuir ou compensar o encargo ligado ao sustento do filho menor, que continua inalterado e ao mesmo nível. É possível que essa afirmação seja exacta se se tiver em conta uma análise abstracta do dever de prover ao sustento. Do ponto de vista concreto, em contrapartida, a sua exactidão pode ser seriamente colocada em dúvida.

38. O encargo que deve assumir o progenitor que tem a guarda do filho e em relação ao lar no qual vive é sensivelmente aumentado no caso de não pagamento da pensão de alimentos devida pelo progenitor obrigado ao dever de prover ao sustento. Os adiantamentos vêm diminuir e compensar essa parte no momento em que há falta. Além disso, o Estado suporta o risco de insolvência, embora se possa mesmo falar de uma participação clara do Estado nos encargos familiares nos casos em que os créditos alimentares sejam incobráveis.

12 — V. a petição da demandante no processo Humer (C-255/99). Donde resulta que cerca de dois terços de todas as quantias pagas a título de adiantamentos não são cobradas ao devedor de alimentos.

13 — Acórdão de 4 de Julho de 1985, Kromhout (104/84, Recueil, p. 2205, n.º 14).

39. As regras relativas aos adiantamentos sobre uma pensão de alimentos têm, assim, por efeito útil compensar os encargos familiares, tais como foram definidos *supra*. Esta análise é apoiada pelo facto de os adiantamentos sobre uma pensão de alimentos serem financiados através dos recursos do Familienausgleichfonds. É certo que as partes no processo fizeram referência ao acórdão Hughes e citaram do mesmo a seguinte passagem: «o modo de financiamento de uma prestação é irrelevante para a sua qualificação como prestação de segurança social...»¹⁴. Todavia, este argumento foi apresentado pelo Tribunal de Justiça contra a objecção que tinha sido suscitada nesse processo e que era relativa ao facto de a prestação que aí estava em causa¹⁵ não ser uma prestação de segurança social, porque a sua concessão não estava sujeita a qualquer condição de cotização.

40. O financiamento de uma prestação pelo Familienausgleichfonds pode verdadeiramente constituir um indício que permite qualificar o adiantamento sobre uma pensão de alimentos de prestação familiar. O acórdão Hughes não se opõe.

41. Examinemos agora determinados aspectos estruturais da prestação para ver se eles apoiam ou põem em causa a apreciação do adiantamento sobre uma pensão de alimentos como prestação familiar.

42. Em primeiro lugar, saliente-se que os adiantamentos sobre uma pensão de alimentos não são concedidos ao trabalhador ou ao progenitor que exerça uma actividade profissional, mas ao filho menor beneficiário da manutenção. Todavia, não se pode esquecer que os adiantamentos sobre uma pensão de alimentos são destinados ao lar em que vive o filho menor e que essas quantias podem perfeitamente ser consideradas uma prestação paga ao progenitor a quem a guarda foi confiada. Além disso, no acórdão Hoever e Zachow, o Tribunal de Justiça decidiu que a distinção entre direitos próprios e derivados não se aplicava, em princípio, às prestações familiares¹⁶. O facto de o filho menor ser titular da prestação não se opõe, assim, a que esta seja qualificada de prestação familiar.

43. Por outro lado, é alegado que o direito que é objecto do adiantamento é juridicamente de natureza civil. Este aspecto é igualmente determinante para a prestação estatal. Conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça, é invocado que uma obrigação que releva do direito civil e na qual uma outra pessoa é sub-rogada deve ser considerada não abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1408/71. Em apoio deste raciocínio é feita referência ao acórdão Mouthaan¹⁷, no qual o Tribunal de Justiça decidiu que os pagamentos efectuados pela instituição profissional competente para assegurar os créditos salariais não pagos devido à falência do empregador não constituem prestações de desemprego. A sub-rogação nas obrigações do empregador, segundo o Tribunal de Justiça, não tem a natureza das prestações de desemprego, contempladas no arti-

14 — Acórdão já referido na nota 8, n.º 21.

15 — «Family credit».

16 — Acórdão já referido na nota 8, n.º 33.

17 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1976 (39/76, Colect., p. 767).

go 4.º, n.º 1, alínea g), do Regulamento n.º 1408/71¹⁸.

44. Todavia, esta decisão não faz um juízo prévio da qualificação da prestação no presente processo. O processo Mouthaan era relativo a direitos nascidos directamente de um contrato de trabalho, sendo entendido que a sub-rogação do organismo profissional nas obrigações do empregador devia ter sido qualificada de prestação de desemprego para que o Regulamento n.º 1408/71 pudesse ser aplicado. Ora, não era o desemprego do demandante que constituía o elemento desencadeador das prestações em causa, mas a falência do empregador. A situação no caso em apreço é fundamentalmente diferente.

45. O direito originário ao sustento que o filho menor tem em relação aos seus pais é — mesmo que tenha de ser ligado ao direito civil — um direito que *relewa do direito de família*. Limitar-se a qualificar esse direito na categoria do direito civil constituiria uma restrição efectivamente demasiado formalista que não teria devidamente em conta o significado que reveste do ponto de vista do direito de família — e, portanto, do carácter que apresenta o adiantamento enquanto pagamento destinado a compensar encargos familiares e que, embora dentro da família, não deixa de actuar de modo clássico. Por conseguinte, mesmo que o direito ao sustento deva ser ligado ao direito civil, o filho menor que dele beneficia não deixa de dispor, com base nas disposições da UVG, de um direito próprio contra o Estado em

caso de não pagamento do crédito alimentar titulado. Em consequência da concessão do adiantamento sobre uma pensão de alimentos, o direito originário do filho menor contra o devedor é transferido por via da subrogação legal para o Estado que pode invocar esse crédito contra o devedor de alimentos. Qualificar de prestação familiar o suprimento pelo Estado de um direito que relewa do direito de família está de acordo com a lógica do sistema.

46. A título complementar, há ainda que mencionar os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça nos processos Hoever e Zachow¹⁹ e Kuusijärvi²⁰. O Tribunal de Justiça qualificou o subsídio de educação alemão, por um lado, e o subsídio de educação sueco, por outro, de prestações que devem ser *equiparadas* às prestações familiares na acepção do Regulamento n.º 1408/71. Trata-se, segundo o Tribunal de Justiça, de uma prestação destinada a compensar os encargos familiares²¹. O subsídio de educação, além disso, declarou o Tribunal de Justiça, visa permitir a um dos progenitores consagrar-se à educação de um filho de tenra idade. O subsídio tem por objectivo retribuir a educação de um filho menor, compensar outras despesas de guarda e educação e, eventualmente, atenuar as desvantagens financeiras resultantes da renúncia a rendimentos referentes a uma actividade profissional a tempo inteiro²².

47. Não se pode excluir que a prestação de adiantamento sobre uma pensão de alimen-

18 — Acórdão Mouthaan (já referido na nota 17, n.º 20).

19 — Já referido na nota 8.

20 — Já referido na nota 9.

21 — Acórdão Hoever e Zachow (já referido na nota 8, n.º 23)

22 — *Ibidem*, n.º 25.

tos visa também garantir ao progenitor que tem a guarda do filho um determinado espaço de liberdade para a educação do filho menor. Igualmente desse ponto de vista, parece apropriado qualificar os adiantamentos sobre a pensão de alimentos de prestações familiares.

48. Assim, sou de opinião que há que considerar os adiantamentos sobre uma pensão de alimentos como prestações familiares na acepção do artigo 4.º, n.º 1, alínea h), do Regulamento n.º 1408/71.

b) O âmbito de aplicação pessoal do Regulamento n.º 1408/71

49. O âmbito de aplicação pessoal do Regulamento n.º 1408/71 é fixado no artigo 2.º do referido regulamento. No seu n.º 1, este artigo dispõe que o 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.

50. A expressão «membro da família» é caracterizada no artigo 1.º, alínea f), i),

como designando qualquer pessoa definida ou reconhecida como tal ou designada como membro do agregado familiar pela legislação nos termos da qual as prestações são concedidas.

51. No acórdão Kermaschek²³, o Tribunal de Justiça estabeleceu uma distinção entre duas categorias de pessoas referidas no artigo 2.º do Regulamento n.º 1408/71. Por um lado, os trabalhadores e, por outro, os membros da sua família e seus sobreviventes. «Enquanto as pessoas pertencentes à primeira categoria podem reivindicar os direitos à prestação previstos pelo regulamento como direitos próprios, as pertencentes à segunda categoria apenas podem invocar direitos derivados, adquiridos na qualidade de membro da família ou sobrevivente de um trabalhador, quer dizer, de uma pessoa pertencente à primeira categoria»²⁴.

52. Se se considerar esta distinção, o filho menor que reivindicar o direito de beneficiar de adiantamentos sobre uma pensão de alimentos por força de um direito próprio dificilmente é abrangido pelo âmbito de aplicação pessoal do Regulamento n.º 1408/71.

53. A distinção feita pelo acórdão Kermaschek²⁵ e retomada numa primeira fase por

23 — Acórdão de 23 de Novembro de 1976 (40/76, Recueil, p. 1669; Colect., p. 667).

24 — Acórdão Kermaschek (já referido na nota 23, n.º 7).

25 — Já referido na nota 23.

uma jurisprudência constante²⁶ foi, no entanto, no acórdão Cabanis-Issarte²⁷, expressamente limitada²⁸ às situações tais como a que estava na origem do processo Kermaschek²⁹. A distinção entre direitos próprios e direitos derivados pode «ter como consequência prejudicar a exigência fundamental da ordem jurídica que é constituída pela uniformidade de 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»³⁰.

54. Além disso, o Tribunal de Justiça — como já foi mencionado *supra*³¹ — decidiu no seu acórdão Hoefer e Zachow, no que diz respeito ao caso específico das prestações familiares, que a distinção entre direitos próprios e direitos derivados não era, em princípio, aplicável³².

55. Para que os filhos menores beneficiários do sustento sejam abrangidos pelo âmbito de aplicação pessoal do Regula-

mento n.º 1408/71, resta apenas determinar se eles podem fazer derivar os seus direitos de um dos seus pais.

56. No presente processo, a mãe dos filhos menores, com os quais vive debaixo do mesmo tecto, exerce uma actividade independente. Como trabalhadora não assalariada, pertencente a um ramo da segurança social na acepção do artigo 4.º, é abrangida pelo âmbito de aplicação pessoal do Regulamento n.º 1408/71, passando-se o mesmo, consequentemente, com os seus filhos menores.

57. Talvez se deva também colocar em consideração que o pai, que é devedor da obrigação de prover ao sustento e que exerce uma actividade profissional, origina a situação jurídica dos filhos menores. Todavia, não há certamente no presente processo que determinar se o pai dos filhos menores tem segurança social e, em caso afirmativo, contra que risco. É ao órgão jurisdicional de reenvio que compete fazer essas verificações.

58. Em conclusão das reflexões precedentes, há que considerar que os factos submetidos à apreciação do Tribunal de Justiça, tanto no plano material como no pessoal, são abrangidos pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1408/71. Os filhos menores beneficiários do sustento podem, assim, invocar um direito à igualdade de tratamento com fundamento no artigo 3.º do Regulamento n.º 1408/71.

26 — V. 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).

27 — Acórdão de 30 de Abril de 1996 (C-308/93, Colect., p. I-2097).

28 — V. acórdão Cabanis-Issarte (já referido na nota 27, n.º 34).

29 — Este processo era respeitante às prestações de desemprego para um membro da família nacional de um Estado terceiro.

30 — Acórdão Cabanis-Issarte (já referido na nota 27, n.º 31).

31 — V. n.º 42.

32 — Acórdão já referido na nota 8, n.º 33.

VI — A segunda questão

Observações apresentadas pelos participantes no processo

59. O *Governo austríaco* precisa em primeiro lugar que a relação entre o artigo 6.º e o artigo 52.º do Tratado é também interpretada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça no sentido de que o segundo visa aplicar o princípio da igualdade de tratamento no domínio das actividades não assalariadas. Donde deduz que, relativamente a essas actividades, o artigo 52.º tem primazia sobre o artigo 6.º

60. Em seguida o *Governo austríaco* refere que, conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça, o artigo 52.º do Tratado não diz respeito apenas às disposições que se referem especificamente ao exercício das actividades profissionais em causa, mas também às relativas às diversas faculdades gerais úteis para esse exercício, como o acesso aos alojamentos sociais e a aquisição de bens imóveis. O que não é, todavia, o caso da regulamentação considerada. O *Governo austríaco* considera que a regulamentação não tem qualquer relação com a actividade profissional. Por último, salienta que é o filho menor que é o titular do direito ao sustento e não a pessoa que exerce a liberdade de estabelecimento.

61. A *Comissão* sublinha que o adiamento sobre uma pensão de alimentos

constitui uma vantagem social na acepção do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68³³. Ao pagar os adiantamentos, salienta, o Estado assume o risco de a pensão de alimentos que é devida mas não foi paga ser incobrável. Na sua opinião, é irrelevante que os pais dos filhos menores requerentes no processo principal exerçam uma actividade independente, uma vez que, segundo a sua redacção, o Regulamento n.º 1612/68 só se aplica aos trabalhadores assalariados. O artigo 48.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 39.º CE) e o artigo 52.º do Tratado garantem efectivamente, na acepção da jurisprudência, a mesma protecção jurídica contra a discriminação quando da concessão de vantagens sociais, de modo que a qualificação das actividades económicas em causa é irrelevante.

62. A imposição de uma condição discriminatória constitui uma violação do artigo 52.º do Tratado. Esta proibição não diz respeito apenas, refere a Comissão, às regras específicas, relativas ao exercício de actividades profissionais, mas igualmente a qualquer obstáculo às actividades não assalariadas dos nacionais de outros Estados-Membros que consista num tratamento diferenciado dos nacionais dos outros Estados-Membros em relação aos seus nacionais, previsto por uma disposição legislativa, regulamentar ou administrativa de um Estado-Membro ou resultante da aplicação dessa disposição ou de práticas administrativas.

33 — Esta disposição prevê que o trabalhador nacional de um Estado-Membro beneficia, no território dos outros Estados-Membros, das mesmas vantagens sociais e fiscais que os trabalhadores nacionais.

63. Donde conclui que uma regulamentação nacional que preveja a concessão de adiantamentos sobre uma pensão de alimentos exclusivamente aos filhos menores que tenham a nacionalidade austríaca, ou sejam apátridas, e que exclui do direito a essas prestações os filhos menores de pais alemães que exerçam uma actividade não assalariada na Áustria, viola os artigos 6.º e 52.º do Tratado.

64. O *Governo sueco* alegou na audiência que a regulamentação austríaca continha indubitavelmente uma discriminação em relação a um filho menor que beneficia do direito ao sustento e não tem nacionalidade austríaca. Em contrapartida, a existência de uma discriminação em relação ao progenitor que tem a guarda do filho, em sua opinião, não é tão evidente. No entanto, acrescenta o Governo sueco, o não pagamento da pensão de alimentos pelo progenitor obrigado ao sustento afecta o progenitor que tem a guarda do filho, uma vez que este é obrigado a colmatar a falta de pagamento da pensão. A condição de nacionalidade afecta na prática os pais de nacionalidade estrangeira, uma vez que os seus filhos menores têm em regra geral nacionalidade estrangeira. Trata-se, a este respeito, de um caso de discriminação indirecta.

65. Quanto à questão de saber se essa discriminação é abrangida pelo âmbito da aplicação do Tratado, o Governo sueco remete para o artigo 52.º do Tratado CE, que proíbe discriminações em razão da

nacionalidade. A proibição não é apenas respeitante, recorda, às regras relativas ao exercício de uma actividade profissional, mas diz respeito a todos os obstáculos ao exercício de uma actividade não assalariada visando os nacionais de outros Estados-Membros e tem por efeito impedir que estes sejam tratados diferentemente dos nacionais. A regra proíbe tratar de modo desigual os filhos menores de trabalhadores não assalariados que estejam a cargo destes. Trata-se, precisa o Governo sueco, de uma consequência do acórdão Meeusen³⁴. Donde conclui que a condição de nacionalidade viola a liberdade de estabelecimento.

Apreciação

66. Através da segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio deseja saber se a condição de nacionalidade que figura no artigo 2.º, n.º 1, da UVG constitui uma discriminação proibida nos termos do artigo 52.º ou do artigo 6.º do Tratado.

67. Há que considerar que, como igualmente salientou a Comissão, a regulamentação controvertida relativa aos adiantamentos sobre uma pensão de alimentos constitui uma vantagem social na acepção do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68. Nesta base, pode considerar-se que, se o progenitor que tem a guarda do

34 — Acórdão de 8 de Junho de 1999 (C-337/97, Colect., p. I-3289, n.º 29).

filho que beneficia do direito ao sustento fosse trabalhador assalariado, na acepção do artigo 48.º, poderia invocar o direito à igualdade de tratamento do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68.

68. Se a prestação for qualificada de prestação familiar não impede que seja considerada paralelamente uma vantagem social, uma vez que a jurisprudência actual³⁵ admite que é efectivamente possível, em matéria de prestações sociais, perspectivar um conjunto comum de elementos susceptível de ser considerado simultaneamente uma prestação de segurança social na acepção do Regulamento n.º 1408/71 e uma vantagem social na acepção do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68, segundo as circunstâncias concretas do processo considerado e da concessão da prestação.

69. No entanto, qualificar o adiantamento sobre uma pensão de alimentos de vantagem social na acepção do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68 apenas apresenta, no máximo, um interesse hipotético para a solução do presente processo. Como os pais dos filhos menores que beneficiam do direito ao sustento exercem uma profissão não assalariada, não é possível invocar directamente o artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1612/68. Uma aplicação dos artigos 52.º e 6.º do Tratado CE é em contrapartida — como já sugeriu o órgão jurisdicional de reenvio — mais concebível,

35 — V. acórdão de 12 de Maio de 1998, Martínez Sala (C-85/96, Colect., p. I-2691, n.º 27).

uma vez que a mãe que tem a guarda dos filhos menores que beneficiam do direito ao sustento exerce uma actividade independente.

70. Como já foi exposto pelas partes no processo e estabelecido na jurisprudência constante, o artigo 6.º do Tratado só deve ser aplicado autonomamente em situações regidas pelo direito comunitário em relação às quais o Tratado não preveja regras específicas de não discriminação³⁶. Como o artigo 52.º visa essencialmente aplicar, no domínio das actividades não assalariadas, o princípio de igualdade de tratamento consagrado no artigo 6.º³⁷, essa disposição tem o primado no presente processo. Qualquer regulamentação nacional que seja incompatível com a referida disposição é igualmente incompatível com o artigo 6.º do Tratado³⁸.

71. Quanto ao conteúdo e ao objectivo do artigo 52.º, o Tribunal de Justiça expôs que:

«o artigo 52.º do Tratado assegura o benefício do tratamento nacional aos nacionais de um Estado-Membro que preten-

36 — Acórdãos de 12 de Abril de 1994, Halliburton Services (C-1/93, Colect., p. I-1137, n.º 12), e de 29 de Abril de 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Colect., p. I-2651, n.º 20).

37 — V. acórdão Halliburton Services (já referido na nota 36, n.º 12).

38 — V. acórdão Royal Bank of Scotland (já referido na nota 36, n.º 20).

dem exercer uma actividade não assalariada noutro Estado-Membro e proíbe qualquer discriminação baseada na nacionalidade que dificulte o acesso ou o exercício dessa actividade»³⁹.

72. Como o Tribunal de Justiça reiteradamente julgou, «a referida proibição não diz respeito apenas às normas específicas, relativas ao exercício das actividades profissionais, mas também... a qualquer entrave às actividades não assalariadas dos nacionais dos outros Estados-Membros que consista num tratamento diferenciado dos nacionais dos outros Estados-Membros em relação aos nacionais, previsto por disposição legislativa, regulamentar ou administrativa de um Estado-Membro ou que resulte da aplicação dessa disposição ou de práticas administrativas»⁴⁰.

73. Como claramente alegou o Governo sueco, a discriminação directa sofrida pelos filhos menores devido à sua nacionalidade provoca uma discriminação indirecta do progenitor que tem a guarda do filho. Com efeito, os pais de filhos menores de nacionalidade estrangeira são mais frequentemente nacionais de outros Estados-Membros do que os pais de filhos menores austríacos.

74. O Governo austríaco objectou que a regulamentação relativa aos adiantamentos sobre uma pensão de alimentos não estava relacionada com a actividade profissional dos pais e que não podia, assim, ser abrangida pelo artigo 52.º

75. Não há manifestamente relação directa. No entanto, o encargo financeiro suplementar que incumbe ao progenitor que tem a guarda dos filhos, no caso de não pagamento da pensão pelo progenitor obrigado ao dever de prover ao sustento, pode ter efeitos na actividade profissional não assalariada que exerce o primeiro. É-lhe necessário reunir os fundos em falta retirando-os de um modo ou de outro da sua actividade profissional. Pode sofrer uma simples diminuição dos rendimentos ou ser obrigado a efectuar determinados levantamentos no património da empresa, ou ainda ser levado a trabalhar mais. Mesmo em caso de simples diminuição dos rendimentos, esses fundos já não estão disponíveis para ser eventualmente reinjectados na exploração, quer seja para aquisição de bens materiais ou para constituição de reservas ou ainda para cobrir despesas de pessoal. Diferentes exemplos podem ser considerados.

76. De qualquer modo pode considerar-se que a exclusão do acesso aos adiantamentos sobre uma pensão de alimentos é efectivamente susceptível de produzir efei-

39 — Acórdão Meeusen (já referido na nota 34, n.º 27).

40 — Acórdãos Meeusen (já referido na nota 34, n.º 27), e de 10 de Março de 1993, Comissão/Luxemburgo (C-111/91, Colect., p. I-817, n.º 17).

tos negativos na actividade profissional do progenitor a quem foi confiada a guarda. A mãe, que no presente processo tem a guarda dos filhos, sofreu a esse respeito uma discriminação.

susceptível de ser admitido como fundamento imperativo de interesse geral, há que considerar que se trata de uma discriminação proibida por força do artigo 52.º do Tratado.

77. Como se trata de um caso de discriminação indirecta, há que examinar se a desigualdade de tratamento pode ser justificada. As considerações puramente económicas são, a este respeito, insuficientes. A preocupação do Estado de limitar as despesas públicas não é, assim, susceptível de justificar uma discriminação. Interrogado sobre eventuais motivos de justificação, o representante do Governo austríaco declarou na audiência que o direito à prestação em litígio constituía uma matéria que releva do direito de família e que não tem qualquer relação com a liberdade de estabelecimento. Além disso, acrescentou, é ao filho menor que o direito é concedido e não ao progenitor que exerce a liberdade de estabelecimento.

79. Aliás, no acórdão Meeusen, o Tribunal de Justiça decidiu expressamente que:

«O princípio da igualdade de tratamento assim enunciado visa também impedir as discriminações efectuadas em detrimento dos descendentes a cargo do trabalhador não assalariado»⁴¹.

78. Há igualmente que rejeitar estes argumentos. Já referi que a discriminação directa sofrida pelo filho menor que beneficia do direito ao sustento dá origem a uma discriminação indirecta do progenitor que tem a guarda. Mas o argumento estrutural também não convence, uma vez que estamos em presença de uma medida de apoio estatal que — como já referi — pode ter efeitos em relação ao progenitor ao qual foi confiada a guarda. Além disso, como não foi invocado qualquer elemento

Igualmente, por esta razão há que considerar que a regulamentação controvertida relativa aos adiantamentos sobre uma pensão de alimentos é contrária ao direito comunitário na medida em que dá origem a uma discriminação directa dos filhos menores que beneficiam do direito ao sustento.

41 — Acórdão já referido na nota 34, n.º 29.

VII — Conclusão

80. Resulta das considerações precedentes que às questões do órgão jurisdicional de reenvio devem ser dadas as seguintes respostas:

«1) O artigo 4.º, n.º 1, alínea h), 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, deve ser interpretado no sentido de que abrange os adiantamentos sobre uma pensão de alimentos de filhos menores de trabalhadores não assalariados pagos nos termos da österreichische Bundesgesetz über die Gewährung von Vorschüssen auf den Unterhalt von Kindern (lei federal austríaca relativa à concessão de adiantamentos para o sustento dos filhos), de modo que o artigo 3.º do Regulamento n.º 1408/71, que prevê o princípio da igualdade de tratamento, deve ser aplicado nesse caso.»

A título subsidiário:

2) O artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE) e o artigo 6.º, primeiro parágrafo, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 12.º, primeiro parágrafo, CE) devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma situação em que os filhos menores que, do mesmo modo que os seus pais, que exercem uma actividade não assalariada na Áustria, têm a nacionalidade alemã, tendo a sua residência habitual na Áustria, e que solicitam a concessão de um adiantamento sobre uma pensão de alimentos ao abrigo da österreichische Unterhaltsvorschußgesetz são discriminados enquanto membros da família pelo facto de a concessão desse adiantamento ser proibida por terem têm a nacionalidade alemã.»