

O DIREITO DE RESIDÊNCIA DE NACIONAIS DE ESTADOS TERCEIROS ENQUANTO MEMBROS DA FAMÍLIA DE CIDADÃOS DE ESTADOS-MEMBROS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

ANDRÉ FOJO

Resumo: o presente artigo tem por objectivo analisar o direito de residência e circulação dos familiares (nacionais de Estados terceiros) de cidadãos da União Europeia no território dos Estados-Membros conferido pelas disposições da Directiva 2004/38 e do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Para o efeito, foram, nomeadamente, analisados, à luz da evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, os conceitos relevantes da Directiva 2004/38 relativamente a esta matéria, as condições de exercício do referido direito pelos familiares dos cidadãos da União e, bem assim, as limitações subjacentes.

Palavras-chave: cidadania da União; livre circulação de pessoas; artigos 20.º TFUE e 21.º TFUE; directiva 2004/38; direito de residência dos nacionais de Estados terceiros; membros da família de um cidadão da União; Conceito de “membro da família de um cidadão da União”.

I. ENQUADRAMENTO — CIDADANIA DA UNIÃO EUROPEIA E LIVRE CIRCULAÇÃO*⁻¹

A ideia de instituir uma cidadania da União Europeia é, no contexto da história da integração europeia, muito antiga. Se a Declaração de Schuman de 1950 projectava, como primeiro passo para uma Europa mais unida, uma aproximação entre Estados, através de uma fusão de interesses económicos, mais tarde, em 1963, o Tribunal de Justiça da União Europeia (o “Tribunal de Justiça”)² colocava os particulares em foco ao declarar que “*a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados membros mas também os seus*”

* O autor é referendário no Tribunal de Justiça da União Europeia. A análise contida neste texto é estritamente pessoal e não vincula a instituição a que o autor pertence.

¹ Este artigo não foi escrito ao abrigo do Acordo Ortográfico.

² Na altura, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

*nacionais*³. Em 1974, na reunião dos altos representantes dos Estados-Membros em Paris⁴, estes manifestam a vontade de proteger e reforçar os direitos dos nacionais dos Estados-Membros, bem como de criar laços de identidade com o projecto europeu.

Em 1992, com a adopção do Tratado de Maastricht, é formalmente instituída a cidadania da União. O Tratado de Lisboa contempla este novo estatuto (paralelo à cidadania nacional), atribuído a qualquer cidadão que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro, conferindo adicionalmente novos direitos, nomeadamente: (i) o direito de circular e residirem livremente na União; (ii) o direito de votarem e de serem eleitos nas eleições europeias e municipais do Estado em que residem; (iii) o direito à protecção diplomática e consular de um Estado-Membro diferente do Estado-Membro de origem no território de um país terceiro em que este último Estado não esteja representado; e (iv) o direito de petição ao Parlamento Europeu e de apresentação de queixa junto do Provedor de Justiça Europeu.

De entre os direitos elencados, reveste particular importância o direito de qualquer cidadão da União circular e permanecer no território dos Estados-Membros, previsto no artigo 21.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). Este direito é, contudo, exercido nos termos das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adoptadas em sua aplicação, nomeadamente da Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros (“Directiva 2004/38”)⁵. A Directiva 2004/38 procedeu à codificação de uma legislação anterior muito fragmentada nesta matéria, incorporando, igualmente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁶.

³ Acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1).

⁴ 9 e 10 de Dezembro de 1974.

⁵ (JO 2004, L 158, p. 77; rectificações no JO 2004, L 229, p. 35, e no JO 2005, L 197, p. 34).

⁶ Com efeito, a Directiva 2004/38 alterou o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 (livre circulação de trabalhadores na Comunidade) e revogou as Directivas 64/221/CEE (coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública), 68/360/CEE (supressão das restrições à deslocação e permanência dos trabalhadores dos Estados-membros e suas famílias na Comunidade), 72/194/CEE (estende aos trabalhadores que exerçam o direito de permanecer no território de um Estado-membro depois de nele terem exercido uma actividade laboral, a aplicação da Directiva 64/221/CEE), 73/148/CEE (supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços), 75/34/CEE (direito de os nacionais de um Estado-membro permanecerem no território de outro Estado-membro depois de nele terem exercido uma actividade não assalariada), 75/35/CEE (alarga o âmbito de aplicação da Directiva 64/221/CEE aos nacionais de um Estado-membro que exerçam o direito de permanecer em território de outro Estado-Membro após terem exercido neste Estado uma actividade não assalariada), 90/364/CEE (relativa ao direito de residência), 90/365/CEE (direito de residência dos trabalhadores assalariados e não assalariados que cessaram a sua actividade profissional) e 93/96/CEE (direito de residência dos estudantes).

No entanto, para que os cidadãos da União possam exercer o direito de circulação e de residência em condições objectivas de liberdade e de dignidade, é necessário que este seja igualmente concedido aos membros das suas famílias (independentemente da nacionalidade). É precisamente este último aspecto que abordaremos no presente artigo, analisando, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, em primeiro lugar, o direito de residência dos membros da família de um cidadão da União decorrente da Directiva 2004/38 e, em segundo lugar, do direito primário da União.

II. A DIRECTIVA 2004/38 E O DIREITO DE RESIDÊNCIA DOS MEMBROS DA FAMÍLIA DE CIDADÃOS DA UNIÃO NO TERRITÓRIO DOS ESTADOS-MEMBROS

A Directiva 2004/38 visa facilitar e reforçar o exercício fundamental e individual de circular e de residir livremente no território dos Estados-Membros, conferido directamente pelo artigo 21.º TFUE aos cidadãos da União, estabelecendo, conforme prevê a alínea a) do artigo 1.º da dita directiva, as condições que regem o exercício deste direito pelos cidadãos da União e membros das suas famílias⁷.

Para o efeito, a Directiva 2004/38 permite, em determinadas circunstâncias, que os “*membros da família de um cidadão da União*” beneficiem de um direito de residência⁸ no território de um Estado-Membro⁹. Assim, por um lado, o cidadão da União deverá estar abrangido pelo conceito de “*titular*”, na acepção do artigo 3.º da Directiva 2004/38. Por outro, o nacional de um Estado terceiro deverá (i) ser considerado “*membro da família*” na acepção do n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 2004/38 e (ii) acompanhar ou reunir-se com o cidadão da União (pessoa de referência) no território de um Estado-Membro.

i. Cidadão da União “titular” na acepção do artigo 3.º da Directiva 2004/38

Em primeiro lugar, o cidadão da União (pessoa de referência de um nacional de um Estado terceiro) deve estar abrangido pelo conceito de “*titular*”,

⁷ Vide, nomeadamente, acórdão de 14 de Novembro de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, §31).

⁸ Até três meses, por mais de três meses ou de forma permanente.

⁹ Recorde-se que, como o Tribunal de Justiça bem constatou, o legislador da União reconheceu, em actos de direito derivado em matéria de livre circulação das pessoas adoptados antes da Directiva 2004/38, a importância de assegurar a protecção da vida familiar dos nacionais dos Estados-Membros a fim de eliminar os obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado. Veja-se, a este respeito, acórdãos de 11 de Julho de 2002, Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, §38) e de 25 de julho de 2002, MRAX (C-459/99, EU:C:2002:461, §53).

na acepção do artigo 3.º da Directiva 2004/38¹⁰. Quanto a este primeiro pressuposto, a disposição exige que o cidadão em causa exerça o seu direito de circulação para um Estado-Membro diferente daquele de que é nacional.

Com efeito, caso o cidadão da União não esteja abrangido pelo conceito de “*titular*”, a Directiva 2004/38 não lhe será aplicável. Naturalmente, esta mesma directiva também não será aplicável a nacionais de Estados terceiros que pretendam beneficiar de um direito de residência derivado de um cidadão da União que não exerceu o seu direito de circulação¹¹. Nestas circunstâncias, as disposições da Directiva 2004/38 não permitem servir de base a um direito de residência derivado a favor de nacionais de Estados terceiros (ainda que se encontrem abrangidos pelo conceito de membros da família de um cidadão da União *infra* descrito) no Estado-Membro de que esse cidadão é nacional.

ii. O conceito de membro da família de um cidadão da União

Em segundo lugar, o nacional de um Estado terceiro tem de estar abrangido pelo conceito de membro da família de um cidadão da União na acepção do n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 2004/38¹². Com efeito, apenas os nacionais de Estados terceiros que se enquadrem no referido conceito podem, em princípio, beneficiar de um direito de residência *derivado* — os eventuais direitos conferidos a esses nacionais por essa mesma directiva derivam dos direitos que o cidadão da União em causa goza devido ao exercício da sua liberdade de circulação¹³ — do cidadão da União, sendo que, o momento em que os nacionais de Estados terceiros adquirem a qualidade de membro da família de um cidadão da União é irrelevante. Neste sentido, o Tribunal de Justiça declarou que a Directiva 2004/38 não exige que o cidadão da União

¹⁰ O cidadão da União deve também preencher outros requisitos exigidos pela Directiva 2004/38. Veja-se, relativamente ao direito de residência por mais de três meses, as condições exigidas pelo artigo 7.º da Directiva 2004/38, a saber, alternativamente, o exercício de uma actividade (assalariada ou não assalariada) ou posse de recursos suficientes para si próprio e uma cobertura extensa de seguro de doença no Estado-Membro de acolhimento.

¹¹ Neste sentido, acórdãos de 25 de Julho de 2008, *Metock e o.* (C-127/08, EU:C:2008:449, §73), de 8 de Março de 2011, *Ruiz Zambrano* (C-34/09, EU:C:2011:124, § 39), de 5 de Maio de 2011, *McCarthy*, (C-434/09, EU:C:2011:277, §32), de 15 de Novembro de 2011, *Dereci e o.* (C-256/11, EU:C:2011:734, §53 e §54), de 6 de Dezembro de 2012, *O e S* (C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, §42), de 8 de Maio de 2013, *Ymeraga e o.* (C-87/12, EU:C:2013:291, §32), de 12 de Março de 2014, *O. e B.* (C-456/12, EU:C:2014:135, §44), de 13 de Setembro de 2016, de 13 de Setembro de 2016, *Rendón Marín* (C-165/14, EU:C:2016:675, §40), de 13 de Setembro de 2016, *CS* (C-304/14, EU:C:2016:674, § 22) e de 14 de Novembro de 2017, *Lounes* (C-165/16, EU:C:2017:862, §34).

¹² Trata-se de um conceito de direito da União, ao contrário da definição, designadamente, de “*membro da família*” constante do 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, 30.4.2004, p.1).

¹³ Neste sentido, acórdão de 14 de Novembro de 2017, *Lounes* (C-165/16, EU:C:2017:862, ponto 32) e, bem assim, relativamente a instrumentos anteriores à Directiva 2004/38, acórdãos de 8 de Julho de 1992, *Taghavi* (C-243/91, EU:C:1992:306, §7) e de 11 de Dezembro de 2007, *Eind* (C-291/05, EU:C:2007:771, §30).

já tenha constituído família quando se desloca para o Estado-Membro de acolhimento para que os membros da sua família, nacionais de Estados terceiros, possam beneficiar dos direitos instituídos pela dita directiva. Na verdade, ao prever que os membros da família do cidadão da União podem reunir-se a este no Estado-Membro de acolhimento, o legislador da União admitiu, pelo contrário, a possibilidade de o cidadão da União só constituir família após ter exercido o seu direito de livre circulação¹⁴.

O n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 2004/38 dispõe que integram o conceito de membro da família de um cidadão da União:

- a) o cônjuge;
- b) o parceiro com quem um cidadão da União contraiu uma parceria registada com base na legislação de um Estado-Membro, se a legislação do Estado-Membro de acolhimento considerar as parcerias registadas como equiparadas ao casamento, e nas condições estabelecidas na legislação aplicável do Estado-Membro de acolhimento;
- c) os descendentes directos com menos de 21 anos de idade ou que estejam a cargo, assim como os do cônjuge ou do parceiro na acepção da alínea b); e
- d) os ascendentes directos que estejam a cargo, assim como os do cônjuge ou do parceiro na acepção da alínea b).

O Tribunal de Justiça já teve oportunidade de interpretar estas noções em diversas circunstâncias, como veremos *infra*.

Cônjuge

Conforme referido, a alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 2004/38 indica que o cônjuge do cidadão da União se encontra abrangido pelo conceito de membro da família. Note-se, a este respeito, que a Directiva 2004/38 não contém nenhuma definição do que se deve entender por “*cônjuge*”. No entanto, vários elementos sugerem que esta disposição deve apenas visar as relações baseadas no instituto do casamento.

Com efeito, em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça interpretou previamente a noção de “*cônjuge*” prevista no n.º 1 do artigo 10.º do Regulamento (CEE) n.º 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores no interior da Comunidade¹⁵ (instrumento jurídico anterior à Directiva 2004/38), como visando apenas relações baseadas em casamentos, excluindo expressamente do âmbito desta noção as relações meramente “*estáveis*”¹⁶.

¹⁴ Vide, acórdão de 25 de Julho de 2008, Metock e o. (C-127/08, EU:C:2008:449, §87 e §88) e despacho de 19 de Dezembro de 2008, Sahin (C-551/07, EU:C:2008:755, §27).

¹⁵ (JO L 257, p. 2; EE 05, fasc. 01, p. 77).

¹⁶ Vide, neste sentido, acórdão de 17 de Abril de 1986, Reed (59/85, EU:C:1986:157, §15 e §16). Assim, o Tribunal de Justiça concluiu que um companheiro que mantém uma relação

Em segundo lugar, pode inferir-se do acórdão *Metock e o.*¹⁷ que a qualidade de “cônjuge” pressupõe a existência de um casamento. De facto, o Tribunal de Justiça constatou que o n.º 1 do artigo 3.º da Directiva 2004/38 “*deve ser interpretado no sentido de que o nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União que reside num Estado-Membro de que não possui a nacionalidade, que acompanha ou se reúne a esse cidadão da União beneficia das disposições dessa directiva, independentemente do local ou da data do seu casamento ou das circunstâncias em que esse nacional de um país terceiro entrou no Estado-Membro de acolhimento*”.

Em terceiro e último lugar, o contexto em que se insere a disposição em causa parece igualmente associar o instituto do casamento à qualidade de cônjuge. Com efeito, a qualidade de “cônjuge” contrapõe-se à de “parceiro registado”, prevista na alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 2004/38, bem como à de “parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada”, consagrada na alínea b) do n.º 2 do artigo 3.º da mesma directiva. Pode concluir-se, neste contexto, que a introdução de outras realidades sociais como a “parceria registada” ou a “relação permanente devidamente certificada” visa acompanhar a evolução social do conceito de família, tentando incluir no âmbito da Directiva 2004/38 outras realidades sociais, nomeadamente relações de facto, merecedoras de tutela jurídica.

Relativamente à questão de saber se a noção de “cônjuge” abrange os casamentos contraídos entre pessoas do mesmo sexo, há que salientar que, na sequência da apresentação pela Comissão Europeia da sua proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao direito à livre circulação e residência dos cidadãos da União e membros das suas famílias no território dos Estados-Membros¹⁸, o Parlamento Europeu sugeriu uma alteração à alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 2004/38, no sentido de incluir nessa noção as pessoas do mesmo sexo¹⁹. Porém, tal modificação não viria a ser adoptada na versão final da Directiva 2004/38. Esta questão foi suscitada recentemente num pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Constitucional romeno — a correr termos no Tribunal de Justiça — tendo o advogado-geral M. Wathelet proposto nas suas conclusões²⁰ que o conceito de “cônjuge” deve ser interpretado no sentido de abranger uma pessoa com quem um cidadão da União se encontra legalmente casado, independentemente da sua orientação sexual.

estável com um trabalhador nacional de um Estado-Membro empregado no território de outro Estado-Membro não deve ser equiparado ao “cônjuge”.

¹⁷ Acórdão de 25 de Julho de 2008 (C-127/08, EU:C:2008:449, §99).

¹⁸ COM/2001/0257 final — COD 2001/0111.

¹⁹ Relatório sobre a proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao direito à livre circulação e residência dos cidadãos da União e membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, A5-0009/2003, 23 de Janeiro de 2003.

²⁰ Conclusões do advogado-geral M. Wathelet no processo Coman e o. (C-673/16, EU:C:2018:2, nomeadamente, §77 a §80).

Uma nota final quanto a possíveis abusos de direito ou fraudes, designadamente casamentos de conveniência²¹. Estes são contraídos unicamente com vista a beneficiar do direito de livre circulação e residência ao abrigo da Directiva 2004/38 que, de outra forma, não poderia ser adquirido. Relativamente a esta matéria, o artigo 35.º da Directiva 2004/38 prevê que os Estados-Membros podem tomar as medidas necessárias para recusar, fazer cessar ou retirar qualquer direito conferido pela directiva em caso de abuso de direito ou de fraude, como os casamentos de conveniência. As orientações da Comissão de 2009²² clarificaram as noções de abuso e de casamento da conveniência no contexto das disposições da União relativas à livre circulação.

Parceiro com quem um cidadão da União contraiu uma parceria registada

No que se refere à alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 2004/38, esta disposição visa incluir no conceito de membro da família o parceiro com quem um cidadão da União contraiu uma parceria registada com base na legislação de um Estado-Membro. Sucede, porém, que tal só se verificará se a legislação do Estado-Membro de acolhimento considerar as parcerias registadas como equiparadas ao instituto do casamento. Em substância, a questão de saber se determinada pessoa se encontra abrangida por este preceito dependerá unicamente da legislação do Estado-Membro de acolhimento.

Descendentes e ascendentes

Por um lado, a alínea c) do n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 2004/38 dispõe que integram o conceito de membro da família os descendentes directos com menos de 21 anos de idade ou que estejam “a cargo”, assim como os do cônjuge ou do parceiro na acepção da alínea b) *supra*. Por outro, encontram-se abrangidos pela alínea d) do n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 2004/38 os ascendentes directos que estejam “a cargo” do cidadão da União (bem como os do cônjuge ou do parceiro).

No que respeita aos descendentes directos, a Directiva 2004/38 restringe o direito de residência ao impor dois requisitos alternativos, a saber, a idade do descendente directo e a situação de dependência deste *vis-à-vis* do cidadão da União. O legislador da União considerou que, em todo o caso, até aos 21 anos de idade, se presume que os filhos estão a cargo dos pais, pelo que se justifica a integração destes no conceito de membro da família²³.

Quanto aos descendentes e ascendentes directos “a cargo”, decorre de uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que a qualidade de

²¹ Vide, no contexto da interpretação das disposições da Directiva 1612/68, acórdão de 23 de Setembro de 2003, Akrich (C-109/01, EU:C:2003:491, §57).

²² Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre orientações para assegurar uma transposição e aplicação mais adequadas da Directiva 2004/38/CE relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, COM(2009) 313 final.

²³ Acórdão de 15 de Dezembro de 2016, Depesme e o. (C-401/15 a C-403/15, EU:C:2016:955, §62).

membro da família a cargo do titular resulta de uma situação de facto caracterizada pela circunstância de o sustento material do membro da família ser assegurado pelo titular do direito de residência²⁴. A dependência deve ser tal que essa pessoa necessite de recorrer ao apoio do cidadão da União para a satisfação das suas necessidades materiais essenciais, ou seja, das suas necessidades básicas, sendo que tal dependência deve existir, no país de proveniência do membro da família em causa, no momento em que este pede para se juntar ao cidadão da União de quem está a cargo²⁵.

Deste modo, se se verificar a situação inversa, como tem acontecido em vários processos perante o Tribunal de Justiça²⁶, *i.e.* a de um cidadão da União a cargo de um nacional de um Estado terceiro, este último não pode invocar em seu benefício a qualidade de membro da família na acepção da Directiva 2004/38.

A Comissão Europeia, na sua proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao direito à livre circulação e residência dos cidadãos da União e membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, apresentada em 29 de Junho de 2001²⁷, sugeria adoptar um conceito mais alargado de “*membro da família*”. Com efeito, a proposta da Comissão Europeia não continha restrições relacionadas com a idade ou a situação de dependência do nacional de um Estado terceiro. No entanto, o legislador da União optou por não acolher a proposta da Comissão Europeia, restringindo o núcleo de pessoas susceptíveis de estar abrangidas pelo conceito de membro da família.

Uma nota final para a situação de eventuais outros membros da família de um cidadão da União que não se enquadram no conceito de membro da família acima referido. A alínea *a*) do n.º 2 do artigo 3.º da Directiva 2004/38 dispõe que o Estado-Membro de acolhimento “*facilita*”, nos termos da sua legislação nacional, a entrada e residência de outros membros da família que estejam a cargo do cidadão da União ou que com este vivam em comunhão de habitação ou ainda quando o cidadão da União tiver imperativamente de cuidar pessoalmente do membro da sua família por motivos de saúde graves.

O objectivo desta disposição consiste em manter a unidade da família numa acepção mais lata, favorecendo a entrada e residência de pessoas que mantêm elos familiares estreitos e estáveis com um cidadão da União, devido

²⁴ Acórdãos de 18 de Junho de 1987, Lebon (316/85, EU:C:1987:302, § 20 a 22), de 19 de Outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, § 43), de 9 de Janeiro de 2007, Jia (C-1/05, EU:C:2007:1, § 35), e de 10 de Outubro de 2013, Alokpa e o. (C-86/12, EU:C:2013:645, §25).

²⁵ Neste sentido, acórdãos de 16 de Janeiro de 2014, Reyes (C-423/12, EU:C:2014:16, §30) e de 5 de Setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:519, §33).

²⁶ *Vide*, acórdãos de 19 de Outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, §44), de 8 de Novembro de 2012, lida (C-40/11, EU:C:2012:691, §55) e de 10 de Outubro de 2013, Alokpa e o. (C-86/12, EU:C:2013:645, §26).

²⁷ COM(2001) 257 final — 2001/0111(COD).

a circunstâncias factuais específicas como a dependência económica, a comunhão de habitação ou razões de saúde graves.

Para o efeito, ainda que os Estados-Membros disponham de uma ampla margem de apreciação quanto à escolha dos factores a ter em conta na análise dos pedidos de entrada e de residência apresentados pelos membros da família de um cidadão da União referidos no n.º 2 do artigo 3.º da Directiva 2004/38, estes devem, contudo, proceder a uma extensa análise das circunstâncias pessoais do requerente, devendo fundamentar a eventual recusa de entrada ou de residência²⁸.

iii. O membro da família do cidadão da União deve acompanhá-lo ou reunir-se a este no Estado-Membro em questão

O n.º 1 do artigo 3.º da Directiva 2004/38 dispõe que esta se aplica a todos os cidadãos da União que se desloquem ou residam num Estado-Membro que não aquele de que são nacionais, bem como aos membros das suas famílias *que os acompanhem ou que a eles se reúnam*. Compreende-se que o legislador tenha imposto esta condição, na medida em que o eventual direito de residência do membro da família não constitui um direito autónomo mas decorre do direito conferido pelo tratado ao cidadão da União, o qual lhe permite reunir-se com a sua família no Estado-Membro de acolhimento a fim de não colocar em causa a sua liberdade de circulação. Assim, o direito de um nacional de um Estado terceiro, membro da família de um cidadão da União que exerceu o seu direito de livre circulação, de se instalar com este último ao abrigo da Directiva 2004/38 só pode ser invocado no Estado-Membro no qual o cidadão da União reside²⁹.

Esta questão suscitou-se, nomeadamente, no processo que deu origem ao acórdão de 8 de Novembro de 2012, *lida* (C-40/11, EU:C:2012:691). Neste processo, o requerente, Y. lida, de nacionalidade japonesa, e a sua mulher, de nacionalidade alemã, instalaram-se na Alemanha. A partir de certa altura, a mulher de Y. lida mudou-se para a Áustria, tendo este último ficado na Alemanha. O requerente, querendo continuar a residir na Alemanha, solicitou às autoridades alemãs a emissão de um cartão de residência de membro da família de um cidadão da União. Nestas circunstâncias, o Tribunal de Justiça considerou que, ainda que o requerente pudesse ser qualificado como membro da família de um cidadão da União (preenchia a qualidade de cônjuge), o mesmo não podia ser beneficiário dos direitos conferidos pela Directiva

²⁸ Acórdão de 5 de Setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:519, §26 e §32).

²⁹ *Vide*, neste sentido, acórdão de 8 de Novembro de 2012, *lida* (C-40/11, EU:C:2012:691, §64) e, ainda, a respeito de disposições semelhantes dos instrumentos do direito da União anteriores à Directiva 2004/38, acórdão de 11 de Dezembro de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, §24).

2004/38, uma vez que não acompanhou a mulher no Estado-Membro de acolhimento (Áustria).

III. O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RESIDÊNCIA PELOS MEMBROS DA FAMÍLIA DE UM CIDADÃO DA UNIÃO

A Directiva 2004/38 previu um sistema gradual, com diferentes etapas e requisitos que conduzem em última análise ao direito de residência permanente.

O membro da família de um cidadão da União na acepção do n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 2004/38 pode assim beneficiar de um direito de residência (i) até três meses, (ii) por mais de três meses ou (iii) permanente. Este direito — qualquer que seja a sua duração — abrange a totalidade do território do Estado-Membro de acolhimento e permitirá ao membro da família do cidadão da União aí exercer uma actividade assalariada ou não assalariada, beneficiando de igualdade de tratamento em relação aos nacionais do Estado-Membro de acolhimento³⁰.

Contudo, dependendo da duração do direito de residência, o seu exercício efectivo encontra-se sujeito a determinadas condições.

i. Períodos não superiores a três meses

Conforme referido, o cidadão da União e os membros da sua família podem beneficiar de um direito de residência no território de um Estado-Membro até três meses.

Relativamente às condições de exercício deste direito, resulta de uma leitura combinada do artigo 6.º e do n.º 1 do artigo 14.º da Directiva 2004/38 que estas disposições apenas exigem dos cidadãos da União e dos respectivos membros das suas famílias, por um lado, um bilhete de identidade ou passaporte válido (para os nacionais de Estados terceiros) e, por outro, que não se tornem uma sobrecarga não razoável para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período de residência. Quanto a este último ponto, é de notar que, de acordo com o disposto no artigo 24.º da Directiva 2004/38, cabe aos Estados-Membros escolher se tencionam conceder ao cidadão da União e respectivos membros da sua família prestações a título de assistência social durante os primeiros três meses de residência³¹.

³⁰ Cfr. artigos 22.º a 24.º da Directiva 2004/38. Ainda assim, os Estados-Membros podem não conceder certos direitos em conformidade com o n.º 2 do artigo 24.º da Directiva 2004/38, nomeadamente o direito a prestações de assistência social durante os primeiros três meses de residência.

³¹ Ademais, outros instrumentos jurídicos da União, nomeadamente o Regulamento (CE) n.º 883/2004 e o Regulamento (UE) n.º 1231/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho de

ii. Períodos superiores a três meses

No que respeita a períodos de residência com uma duração superior a três meses, o direito de residência de um cidadão da União no território de um Estado-Membro encontra-se subordinado aos requisitos previstos no n.º 1 do artigo 7.º da Directiva 2004/38³².

Estas condições, alternativas, exigem que o cidadão da União:

- a) exerça uma actividade assalariada ou não assalariada no Estado-Membro de acolhimento;
ou
- b) disponha de recursos suficientes para si próprio e para os membros da sua família, a fim de não se tornar uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período de residência³³, e de uma cobertura extensa de seguro de doença no Estado-Membro de acolhimento³⁴;
ou
- c) esteja inscrito num estabelecimento de ensino público ou privado [...] com o objectivo principal de frequentar um curso, inclusive de formação profissional. Além disso, o cidadão da União deve dispor de uma cobertura extensa de seguro de doença no Estado-Membro de acolhimento, e garantir à autoridade nacional competente [...] que dispõe de recursos financeiros suficientes para si próprio e para os membros da sua família a fim de evitar tornar-se uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período de residência;
ou
- d) seja membro da família que acompanha ou se reúne a um cidadão da União que preencha as condições a que se referem as alíneas a), b) ou c).

A razão principal da imposição destas condições tem que ver com a preocupação de evitar que o cidadão da União se torne uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o

24 de Novembro de 2010 (JO L 344, p. 1), conferem direitos sociais tanto a cidadãos da União como a nacionais de Estados terceiros.

³² Alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 7.º da Directiva 2004/38.

³³ A este respeito, o Tribunal de Justiça já declarou que, embora o cidadão da União deva dispor de recursos suficientes, o direito da União não inclui, todavia, a menor exigência quanto à sua proveniência, podendo estes recursos ser fornecidos, designadamente, pelo nacional de um Estado terceiro (neste sentido, acórdãos de 19 de Outubro de 2004, Zhu e Chen, C-200/02, EU:C:2004:639, §30, e de 10 de Outubro de 2013, Alokpa e Moudoulou, C-86/12, EU:C:2013:645, §27).

³⁴ Sobre este ponto, veja-se acórdão de 17 de Setembro de 2002, Baumbast e R (C-413/99, EU:C:2002:493).

período de residência, sendo que, em conformidade com o n.º 2 do artigo 14.º da Directiva 2004/38, o direito de residência apenas se mantém enquanto o cidadão da União preencher as ditas condições³⁵.

Assim, caso o cidadão da União preencha os requisitos previstos numa das alíneas do n.º 1 do artigo 7.º da Directiva 2004/38 *supra* descritos, o direito de residência é extensivo aos membros da sua família que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro e que o acompanhem ou se reúnam a ele³⁶.

Note-se que o n.º 4 do artigo 7.º da referida directiva prevê uma excepção a esta extensão do direito de residência aos membros da família de um cidadão da União. Com efeito, se o cidadão da União em causa beneficiar de um direito de residência em virtude da alínea c) do n.º 1.º do artigo 7.º da Directiva 2004/38, *i.e.*, caso seja um estudante inscrito num estabelecimento de ensino público ou privado, apenas o seu cônjuge, o seu parceiro registado e os seus filhos a cargo terão direito de residência enquanto membros da família, excluindo-se os seus ascendentes directos a cargo (bem como os do seu cônjuge ou parceiro registado). Contudo, os Estados-Membros devem, quanto a estes últimos, facilitar, nos termos da sua legislação nacional, o direito à residência, procedendo a uma extensa análise das circunstâncias pessoais, justificando a eventual recusa deste direito a essas pessoas.

Cumpridos os requisitos substantivos acima referidos, os membros da família que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro devem requerer a emissão de um *cartão de residência de membro da família de um cidadão da União* num prazo não inferior a três meses a contar da data de chegada.

Para o efeito, os interessados deverão unicamente apresentar, consoante as suas circunstâncias pessoais, os documentos mencionados no n.º 2 do artigo 10.º da Directiva 2004/38³⁷, a saber: (i) passaporte válido; (ii) documento comprovativo do elo de parentesco ou de uma parceria registada; (iii) certificado de registo ou qualquer outra prova de que a pessoa de referência (cidadão da União) reside no Estado-Membro de acolhimento; (iv) prova documental de que são, conforme o caso, ascendentes directos a cargo ou descendentes directos com menos de 21 anos a cargo do cidadão da União; (v) para outros membros da família na acepção da alínea a) do n.º 2 do artigo 3.º da Directiva 2004/38, um documento emitido pela autoridade competente do país de origem ou de proveniência, certificando que estão a cargo do

³⁵ Neste sentido, acórdão de 21 de Dezembro de 2011, Ziolkowski e Szeja (C-424/10 e C-425/10, EU:C:2011:866, §39 e §40).

³⁶ Cfr. n.º 2 do artigo 7.º da Directiva 2004/38.

³⁷ Trata-se de uma lista exaustiva, tendo o Tribunal de Justiça declarado no acórdão de 25 de Julho de 2008, Metock e o. (C-127/08, EU:C:2008:449, §53) que esta disposição “*elencar taxativamente os documentos que os nacionais de países terceiros, membros da família de um cidadão da União, podem ser obrigados a apresentar no Estado-Membro de acolhimento para obter o cartão de residência*”. Também assim, despacho de 19 de Dezembro de 2008, Sahin (C-551/07, EU:C:2008:755, §38).

cidadão da União ou que com ele vivem em comunhão de habitação, ou a prova da existência de motivos de saúde graves que exigem imperativamente o cuidado pessoal do membro da família pelo cidadão da União; e (vi) para o parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada, a prova da existência dessa mesma relação.

Este cartão de residência deverá ser emitido pelas autoridades competentes dos Estados-Membros no prazo de seis meses a contar da apresentação do pedido, sendo válido por cinco anos a contar da sua emissão ou para o período previsto de residência do cidadão da União, se este período for inferior a cinco anos³⁸.

iii. Residência permanente

A aquisição de um direito de residência permanente no Estado-Membro de acolhimento pelos cidadãos da União e pelos membros da sua família é regida pelos artigos 16.º a 21.º da Directiva 2004/38. Conforme sublinha o considerando 18 da Directiva 2004/38, o direito de residência permanente, uma vez adquirido, não deve estar sujeito a outros requisitos, a fim de constituir um verdadeiro instrumento de integração na sociedade desse Estado. Com efeito, para o legislador da União, um período suficientemente longo de residência no território do Estado-Membro de acolhimento demonstra o estabelecimento de laços estreitos do cidadão da União e do membro da sua família com esse Estado e, por conseguinte, a sua verdadeira integração.

No que se refere, em primeiro lugar, à aquisição por cidadãos da União de um direito de residência permanente no Estado-Membro de acolhimento, resulta do n.º 1 do artigo 16.º da Directiva 2004/38 que estes adquirem o referido direito depois de terem residido legalmente por um período de cinco anos consecutivos no território do Estado-Membro de acolhimento, tendo o Tribunal de Justiça declarado, a este respeito, que o conceito de “*residência legal*” deve ser entendido no sentido de uma residência conforme aos requisitos previstos na dita directiva, nomeadamente, os enunciados no n.º 1 do artigo 7.º desta. Por conseguinte, uma residência conforme com o direito de um Estado-Membro, mas que não preencha os requisitos referidos neste último artigo, não pode ser considerada uma residência “*legal*”³⁹.

Em segundo lugar, tal como prevê a Directiva 2004/38 para o direito de residência não permanente (até três meses ou com uma duração superior a três meses), no n.º 2 do seu artigo 16.º, que o direito de residência permanente é extensível aos membros da família do cidadão da União, desde que tenham residido legalmente com o cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento por um período de cinco anos consecutivos.

³⁸ Cfr. artigos 10.º e 11.º da Directiva 2004/38.

³⁹ Acórdãos de 8 de Maio de 2013, Alarape e Tijani (C-529/11, EU:C:2013:290, §35) e de 21 de Dezembro de 2011, Ziolkowski e Szeja (C-424/10 e C-425/10, EU:C:2011:866, §46).

A obrigação de residir com esse cidadão no Estado-Membro de acolhimento durante o período em causa implica a existência necessária e concomitante para esses familiares de um direito de residência ao abrigo do n.º 2 do artigo 7.º da Directiva 2004/38, enquanto membros da família que acompanham ou se reúnem a esse cidadão⁴⁰.

Por conseguinte, só os períodos de residência que preencham os requisitos previstos pela Directiva 2004/38 podem ser tidos em consideração para efeitos de aquisição pelos membros da família de um cidadão da União que não têm a nacionalidade de um Estado-Membro do direito de residência permanente na acepção desta directiva⁴¹. A este respeito, o Tribunal de Justiça considerou, no acórdão *Onuekwere*⁴², por um lado, que os períodos de prisão, no Estado-Membro de acolhimento, de um nacional de um país terceiro, membro da família de um cidadão da União que adquiriu o direito de residência permanente nesse Estado-Membro durante esses períodos, não podem ser tomados em consideração para efeitos da aquisição, por esse nacional, do direito de residência permanente e, por outro, que a continuidade da residência é interrompida por períodos de prisão no Estado-Membro de acolhimento de um nacional de um país terceiro, membro da família de um cidadão da União que adquiriu o direito de residência permanente nesse Estado-Membro durante esses períodos.

No que se refere a formalidades administrativas relativas ao direito de residência permanente, os membros da família de um cidadão da União devem requerer, nos termos do n.º 2 do artigo 20.º da Directiva 2004/38, a emissão de um cartão de residência permanente. Note-se que os cartões de residência emitidos pelas autoridades competentes do Estado-Membro de acolhimento têm apenas natureza declarativa. O Tribunal de Justiça pronunciou-se neste sentido ao declarar que *“do mesmo modo que [a] natureza [declarativa] impede que se considere ilegal, na acepção do direito da União, a permanência de um cidadão, atendendo apenas à circunstância de que não dispõe de um cartão de residência, obsta a que se considere legal, na acepção do direito da União, a permanência de um cidadão desta apenas em razão de lhe ter sido atribuído validamente esse cartão”*⁴³. Tal conclusão impõe-se igualmente

⁴⁰ Acórdãos de 8 de Maio de 2013, *Alarape e Tijani* (C-529/11, EU:C:2013:290, §36, §37 e §39) e de 16 de Janeiro de 2014, *Onuekwere* (C-378/12, EU:C:2014:13, §18 e §19).

⁴¹ Relativamente a períodos de residência anteriores à Directiva 2004/38, o Tribunal de Justiça declarou no processo que deu origem ao acórdão de 7 de Outubro de 2010, *Lassal* (C-162/09, EU:C:2010:592, § 40) que devem ser tidos em conta os períodos de residência de cinco anos consecutivos decorridos antes da data de transposição desta directiva, a saber, 30 de Abril de 2006, em conformidade com instrumentos de direito da União anteriores a esta data. Contudo, estes *“instrumentos de direito da União anteriores”* à Directiva 2004/38, devem ser compreendidos no sentido de se referirem aos instrumentos que essa directiva codificou, reviu e revogou e não àqueles que não foram afectados pela mesma, designadamente, o artigo 12.º do Regulamento n.º 1612/68, tal como concluiu o Tribunal de Justiça no seu acórdão de 8 de Maio de 2013, *Alarape e Tijani* (C-529/11, EU:C:2013:290, §40 a §47).

⁴² Acórdão de 16 de Janeiro de 2014, *Onuekwere* (C-378/12, EU:C:2014:13).

⁴³ Neste sentido, acórdãos de 21 de Julho de 2011, *Dias* (C-325/09, EU:C:2011:498, §54) e de 14 de Setembro de 2017, *Petrea* (C-184/16, EU:C:2017:684, §33).

quanto à natureza dos cartões de residência de membros da família de um cidadão da União que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro, na medida em que o direito de residência não decorre da dita carta, mas sim da qualidade de membro da família de um cidadão da União que exerceu o seu direito de circulação⁴⁴.

IV. RESTRIÇÕES AO DIREITO DE RESIDÊNCIA DOS MEMBROS DA FAMÍLIA DE CIDADÃOS DA UNIÃO POR RAZÕES DE ORDEM PÚBLICA, DE SEGURANÇA PÚBLICA OU DE SAÚDE PÚBLICA

O direito à livre circulação dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias não é incondicional, podendo estar sujeito a restrições e condições previstas no Tratado e nas disposições adoptadas em sua aplicação, em particular a Directiva 2004/38, que prevê, no seu capítulo VI, as disposições relativas às restrições ao direito de entrada e ao direito de residência por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública.

Antes de entrar na análise das disposições relevantes da Directiva 2004/38, cabe recordar os princípios desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça relativamente aos conceitos de “*ordem pública*” e de “*segurança pública*”.

A este respeito, recorde-se que, pese embora, no essencial, os Estados-Membros continuem a ser livres de determinar, em conformidade com as suas necessidades nacionais, que podem variar de um Estado-Membro para o outro e de uma época para a outra, as exigências de “*ordem pública*” e de “*segurança pública*”, nomeadamente enquanto justificação de uma derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de pessoas, estas exigências devem, contudo, ser entendidas em sentido estrito, de modo que o seu alcance não pode ser determinado unilateralmente por cada um dos Estados-Membros, sem o controlo das instituições da União Europeia⁴⁵.

No que se refere, em particular, à interpretação da noção de “*ordem pública*”, o Tribunal de Justiça já esclareceu que esta pressupõe, de qualquer modo, a existência, além da perturbação da ordem social que qualquer infracção à lei constitui, de uma ameaça real, actual e suficientemente grave para afectar um interesse fundamental da sociedade⁴⁶.

⁴⁴ Neste sentido, acórdão de 12 de Março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, §60). Veja-se, igualmente, quanto à natureza das autorizações de residência em instrumentos de direito da União anteriores à Directiva 2004/38, acórdãos de 25 de Julho de 2002, MRAX (C-459/99, EU:C:2002:461, §74), e de 14 de Abril de 2005, Comissão/Espanha (C-157/03, EU:C:2005:225, §28).

⁴⁵ Vide, neste sentido, designadamente, acórdãos de 28 de Outubro de 1975, Rutili (36/75, EU:C:1975:137, §26 e § 27), de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, §33 e §34) e de 22 de Maio de 2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, §23).

⁴⁶ Vide, nomeadamente, acórdão de 13 de Setembro de 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, §83).

Quanto à noção de “*segurança pública*”, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a mesma compreende quer a segurança interna de um Estado-Membro quer a sua segurança externa e que, portanto, uma ameaça ao funcionamento das instituições e dos serviços públicos essenciais, bem como à sobrevivência da população, tal como o risco de uma perturbação grave das relações externas ou da coexistência pacífica dos povos, ou ainda uma ameaça a interesses militares podem afectar a segurança pública⁴⁷.

No que concerne às disposições relevantes da Directiva 2004/38 sobre a matéria em análise, decorre do disposto dos n.ºs 1 e 2 do artigo 27.º da referida directiva que as medidas — actos que afectam o direito de as pessoas visadas residirem livremente nos Estados-Membros nas mesmas condições que os nacionais do Estado-Membro de acolhimento⁴⁸ — tomadas pelo Estado-Membro de acolhimento por razões de ordem pública ou de segurança pública devem respeitar os seguintes parâmetros:

- i. não podem ser invocadas para fins económicos;
- ii. devem respeitar o princípio da proporcionalidade, *i.e.*, ser adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não deverão ir além do que é necessário para o atingir⁴⁹;
- iii. devem basear-se exclusivamente no comportamento da pessoa em causa, o qual deve constituir uma ameaça real, actual e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade; em particular, não poderão ser utilizadas justificações não relacionadas com o caso individual ou baseadas em motivos de prevenção geral sendo certo que a existência de condenações penais anteriores não pode, por si só, servir de fundamento para tais medidas.

Ademais, a Directiva 2004/38 contém uma disposição que protege os cidadãos da União e os membros das suas famílias contra a medida restritiva mais gravosa, a saber, o afastamento do território. Prevê, assim, o n.º 1 do artigo 28 da dita directiva que o Estado-Membro de acolhimento deve efectuar uma apreciação concreta de todas as circunstâncias actuais e pertinentes do caso concreto antes de tomar tal decisão, nomeadamente, a duração da residência da pessoa em questão no seu território, a sua idade, o seu estado de saúde, a sua situação familiar e económica, a sua integração social e cultural no Estado-Membro de acolhimento e a importância dos laços com o seu país de origem.

⁴⁷ *Vide*, em particular, acórdãos de 15 de Fevereiro de 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, §66), de 13 de Setembro de 2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, §39), bem como de 13 de Setembro de 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, §83).

⁴⁸ Por analogia, acórdão de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, §21).

⁴⁹ *Vide*, designadamente, sobre esta questão, acórdão de 10 de Julho de 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, §29).

Em conformidade com o disposto no n.º 2 da mesma disposição, o Estado-Membro de acolhimento não poderá afastar os membros da família dos cidadãos da União, independentemente da nacionalidade, que tenham adquirido o direito de residência permanente no seu território, excepto por razões graves de ordem pública ou de segurança pública.

Relativamente à questão de saber se o comportamento da pessoa em causa constitui uma “*ameaça real, actual e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade*”, é certo que tal conclusão não pode ser retirada de maneira automática apenas com base nos antecedentes penais do visado⁵⁰.

Contudo, os antecedentes penais podem ser tomados em consideração, na análise global, se as circunstâncias que deram lugar a essa condenação revelarem a existência de um comportamento pessoal que constitua uma ameaça actual para a ordem pública. Embora a comprovação de uma tal ameaça implique, de forma geral, a existência no indivíduo de uma tendência para manter esse comportamento no futuro, também pode acontecer que o simples comportamento passado preencha as condições relativas à referida ameaça⁵¹.

É precisamente sobre esta última questão, sobre o facto de a ameaça poder advir do simples comportamento passado que incidem os processos apensos K. e H. (C-331/16 e C-366/16, EU:C:2017:973), que correm termos actualmente no Tribunal de Justiça. Trata-se de um reenvio prejudicial apresentado pelo *Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg* (tribunal de Haia, Países Baixos), no qual esta jurisdição procura, no essencial, saber se um Estado-Membro pode considerar que a presença no seu território de um cidadão da União ou de um membro da sua família constitui uma “*ameaça real, actual e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade*”, na acepção do n.º 2 do artigo 27.º da Directiva 2004/38, devido ao facto de a pessoa em causa no litígio ter, no passado, sido objecto de uma decisão de exclusão do estatuto de refugiado ao abrigo do disposto no artigo 1.º, ponto F, alínea a), da Convenção de Genebra, isto é, por existirem razões ponderosas para considerar que essa pessoa cometeu um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade. Nos processos principais, existiriam suspeitas graves de que duas pessoas tinham praticado tais crimes, a primeira no território da ex-Jugoslávia, durante o período compreendido entre os meses de Abril de 1992 e Fevereiro de 1994, e a segunda no Afeganistão.

Atendendo à gravidade excepcional dos crimes alegadamente em causa, coloca-se a questão de saber se a ameaça para um interesse fundamental da sociedade resulta da mera presença no território do Estado-Membro de

⁵⁰ Vide, nomeadamente, acórdãos de 29 de Abril de 2004, Orfanopoulos e Oliveri (C-482/01 e C-493/01, EU:C:2004:262, §48) e de 17 de Novembro de 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, §38).

⁵¹ Acórdão de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, §28 e §29).

acolhimento de uma pessoa excluída do estatuto de refugiado, por existirem suspeitas da prática dos crimes acima referidos no passado ou se a verificação dessa ameaça carece de avaliação do comportamento futuro provável do indivíduo em causa.

O advogado-geral Henrik Saugmandsgaard Øe, nas suas conclusões apresentadas no dia 14 de Dezembro de 2017⁵², pronunciou-se no sentido de que uma ameaça na acepção do n.º 2 do artigo 27.º da Directiva 2004/38 não pode ser automaticamente constatada pelo simples facto de as autoridades de asilo terem anteriormente excluído o interessado do estatuto de refugiado com base no artigo 1.º, ponto F, alínea a), da Convenção de Genebra, sem a realização de uma análise mais ampla, dado que a exigência de uma análise do comportamento individual não admite derrogação, mesmo quando os comportamentos imputados ao interessado revestem uma gravidade extrema.

Assim, entendeu o dito advogado-geral que o facto de um cidadão da União ou de um membro da sua família ter, no passado, sido excluído do estatuto de refugiado em aplicação do artigo 1.º, ponto F, alínea a), da Convenção de Genebra, relativa ao Estatuto dos refugiados, embora não possa automaticamente fundamentar a verificação de uma ameaça real, actual e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade, pode ser tido em conta para este efeito, desde que as circunstâncias que conduziram à aplicação desta disposição apontem para um comportamento pessoal constitutivo dessa ameaça. O Estado-Membro de acolhimento deverá efectuar uma apreciação individual do comportamento pessoal do indivíduo em causa à luz, designadamente, das constatações das autoridades de asilo no que respeita à gravidade dos crimes que lhe são imputados, do nível de implicação pessoal deste na perpetração desses crimes, bem como da existência eventual de causas de exclusão da responsabilidade penal.

Razões de saúde pública

No que se refere especificamente às restrições por motivos de saúde pública, decorre do artigo 29.º da Directiva 2004/38 que apenas (i) as doenças classificadas como tendo potencial epidémico pela regulamentação pertinente da Organização Mundial da Saúde⁵³ e (ii) outras doenças infecciosas ou parasitárias contagiosas, desde que sejam objecto de disposições de protecção aplicáveis aos nacionais do Estado-Membro de acolhimento, são

⁵² Conclusões do advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe nos processos apensos K. e H. (C-331/16 e C-366/16, EU:C:2017:973).

⁵³ Note-se que o artigo 29.º da Directiva 2004/38 tem em substância o mesmo teor que a qualificação de ameaça por razões de saúde pública do Regulamento (CE) n.º 562/2006 que estabelece o código Comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (*código das fronteiras Schengen*). Neste instrumento jurídico, a referência aos instrumentos da Organização Mundial da Saúde visa especificamente o Regulamento Sanitário Internacional da Organização Mundial da Saúde.

susceptíveis de justificar medidas restritivas. Se esta disposição não permite que a ocorrência de doenças três meses depois da data de entrada no território constitua uma justificação para o afastamento do território, a mesma permite às autoridades do Estado-Membro de acolhimento, em caso de indícios graves (não podem ser sistemáticos), de proceder a exames médicos gratuitos a fim de certificar que a pessoa em causa não sofre de doenças com potencial epidémico.

Garantias Processuais

A Directiva 2004/38 prevê um conjunto de disposições que visam assegurar um elevado nível de protecção dos direitos dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias sujeitos a medidas restritivas impostas pelo Estado-Membro de acolhimento por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública. Assim, qualquer decisão que restrinja a livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias por razões de ordem pública, segurança pública ou de saúde pública deve ser notificada por escrito aos visados, devendo estes ter a possibilidade recorrer judicialmente⁵⁴.

V. O DIREITO DE RESIDÊNCIA DE NACIONAIS DE ESTADOS TERCEIROS À LUZ DO DIREITO PRIMÁRIO DA UNIÃO

Analisámos no Capítulo II *supra* o âmbito de aplicação *ratione personae* da Directiva 2004/38, concluindo que, no que se refere a nacionais de Estados terceiros, esta apenas se aplica aos membros da família, na acepção do n.º 2 do artigo 2.º desta directiva, de um cidadão da União que tenha exercido o seu direito de circulação⁵⁵. Acontece que, em inúmeros casos, o facto de o nacional de Estado terceiro não se encontrar abrangido pela noção de membro da família, a qual apenas engloba o núcleo familiar mais estreito, pode privar o cidadão da União do exercício efectivo da sua liberdade de circulação ou até mesmo privá-lo do gozo efectivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União. Nessas circunstâncias muito específicas, torna-se necessário determinar se um direito de residência pode decorrer directamente das disposições do Tratado FUE relativas à cidadania da União, nomeadamente dos artigos 20.º TFUE e 21.º TFUE. É importante ter em conta que os eventuais direitos conferidos aos nacionais de Estados terceiros por estas disposições não são direitos próprios dos referidos nacionais, mas sim direitos derivados dos direitos de que gozam os cidadãos da União.

⁵⁴ Cfr. artigos 30.º e 31.º da Directiva 2004/38.

⁵⁵ Acórdão de 8 de Novembro de 2012, lida (C-40/11, EU:C:2012:691, §51).

a) Artigo 20.º TFUE

No que se refere à possibilidade de um nacional de um Estado terceiro beneficiar de um direito de residência derivado do cidadão da União a título do artigo 20.º TFUE, cumpre recordar que esta disposição institui a cidadania da União, conferindo a cada nacional de um Estado-Membro um direito fundamental e individual de circular e residir livremente no território dos Estados-Membros, sujeito às limitações e restrições estabelecidas no Tratado e às medidas adoptadas em sua aplicação⁵⁶.

O Tribunal de Justiça constatou, assim, no acórdão *Zambrano*⁵⁷, que o artigo 20.º TFUE obsta a medidas nacionais que tenham o efeito de privar os cidadãos do gozo efectivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União⁵⁸ (mesmo que se trate de uma situação onde não foi exercido o direito de circulação pelos cidadãos da União). Neste processo, o Tribunal de Justiça considerou designadamente que a recusa de permanência a uma pessoa, nacional de um Estado terceiro, no Estado-Membro em que residem os seus filhos de tenra idade, nacionais do referido Estado-Membro, e que essa pessoa tem a seu cargo, tem esse efeito, uma vez que tal recusa obrigaria os cidadãos da União, menores, a deixar o território da União para acompanhar os seus progenitores. Nestas condições, os referidos cidadãos da União ficariam, de facto, impossibilitados de exercer o essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União.

O Tribunal de Justiça clarificou em processos subsequentes que existem situações muito específicas nas quais, apesar de o direito secundário relativo ao direito de residência dos nacionais de Estados terceiros não ser aplicável e de o cidadão da União em causa não ter utilizado a sua liberdade de circulação, o direito de residência deve, no entanto, ser atribuído ao nacional de um Estado terceiro, membro da família do referido cidadão, sob pena de o efeito útil da cidadania da União ser posto em causa, se, como consequência de tal recusa, esse cidadão viesse, na prática, a ser obrigado a abandonar o território da União considerado no seu todo, sendo desse modo privado do gozo efectivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União⁵⁹.

⁵⁶ Nomeadamente, acórdão de 13 de Setembro de 2016, *Rendón Marín* (C-165/14, EU:C:2016:675, § 69 e §70).

⁵⁷ Acórdão de 8 de Março de 2011, *Ruiz Zambrano* (C-34/09, EU:C:2011:124, §42).

⁵⁸ Sobre a importância do estatuto de cidadão da União, *vide*, nomeadamente, as conclusões do advogado-geral L. M. Poiares Maduro no processo *Rottmann* (C-135/08, EU:C:2009:588, §23).

⁵⁹ Acórdãos de 15 de Novembro de 2011, *Dereci e o.* (C-256/11, EU:C:2011:734, §67 e §68), de 8 de Novembro de 2012, *lida* (C-40/11, EU:C:2012:691, §71), de 8 de Maio de 2013, *Ymeraga e o.* (C-87/12, EU:C:2013:291, §36), de 10 de Outubro de 2013, *Alokpa e o.* (C-86/12, EU:C:2013:645, §32), de 13 de Setembro de 2016, *Rendón Marín* (C-165/14, EU:C:2016:675, §74), de 30 de Junho de 2016, *NA* (C-115/15, EU:C:2016:487, §72), de 13 de Setembro de 2016, *CS* (C-304/14, EU:C:2016:674, §29), de 10 de Maio de 2017, *Chavez-Vilchez e o.*

As situações onde se verifica a necessidade de preservar o efeito útil do artigo 20.º TFUE tocam, assim, no conteúdo essencial do direito à liberdade de circulação e de residência de que goza um nacional de um Estado-Membro em virtude do seu estatuto fundamental de cidadão da União, sendo que o critério relativo à privação do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União se refere a situações caracterizadas pela circunstância de o cidadão da União ser obrigado, na prática, a abandonar, em virtude de uma *dependência de facto*⁶⁰, perante o nacional do Estado terceiro, não apenas o território do Estado-Membro de que é nacional mas também a totalidade do território da União⁶¹.

b) Artigo 21.º TFUE

O n.º 1 do artigo 21.º TFUE dispõe que qualquer cidadão goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adoptadas em sua aplicação.

Conforme referido, em determinadas situações, o facto de nacionais de Estados terceiros não beneficiarem de um direito de residência com base nas disposições da Directiva 2004/38 pode colocar em causa o próprio direito de circulação conferido pelo n.º 1 do artigo 21.º ao cidadão da União. Nesses casos, o Tribunal de Justiça já reconheceu que os nacionais de estados terceiros podem obter um direito de residência derivado em virtude desta disposição de direito primário. A finalidade e a justificação do referido direito derivado têm por base a constatação de que não reconhecer tal direito pode afectar a liberdade de circulação dos cidadãos da União, dissuadindo-os de exercer os seus direitos de entrada e de residência no Estado-Membro de acolhimento.

Foi assim que, no acórdão *Zhu e Chen*⁶², o Tribunal de Justiça, após ter constatado que não era possível conferir um direito de residência no Estado-Membro de acolhimento a um nacional de um Estado terceiro que não se encontrava abrangido pela noção de membro da família contida na legislação

(C-133/15, EU:C:2017:354, §63). Veja-se também as conclusões da advogada-geral E. Sharpston no processo K.A. e o. (C-82/16, EU:C:2017:821, §40 e §41).

⁶⁰ É a relação de dependência entre o cidadão da União e o nacional de um país terceiro a quem um direito de residência é recusado que pode pôr em causa o efeito útil da cidadania da União, dado que é essa dependência que coloca o cidadão da União na obrigação, de facto, de abandonar não só o território do Estado-Membro de que é nacional, mas também o de toda a União, como consequência dessa decisão de recusa. Neste sentido, acórdão de 6 de Dezembro de 2012, O e S (C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, §56).

⁶¹ Sendo que razões de ordem económica ou de reagrupamento familiar não bastam para considerar tal efeito. Veja-se, a este respeito, acórdãos de 15 de Novembro de 2011, Dereci e o. (C-256/11, EU:C:2011:734, §68) e de 8 de Maio de 2013, Ymeraga e o. (C-87/12, EU:C:2013:291, §38 e §39).

⁶² Acórdão de 19 de Outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, EU:C:2004:639).

secundária (directiva 90/364), considerou que “a recusa de permitir ao progenitor, nacional de um Estado-Membro ou de um Estado terceiro, que tem efectivamente à sua guarda uma criança à qual o artigo 18.º CE [21.º TFUE] e a Directiva 90/364 reconhecem o direito de residência, residir com essa criança no Estado-Membro de acolhimento, privaria de qualquer efeito útil o direito de residência deste último. Com efeito, é manifesto que o gozo do direito de residência por uma criança de tenra idade implica necessariamente que essa criança tem o direito de ser acompanhada pela pessoa que efectivamente a tem à sua guarda e, portanto, que essa pessoa esteja em condições de residir com ela no Estado-Membro de acolhimento durante essa residência”⁶³. Nessas circunstâncias, o Tribunal de Justiça concluiu que “quando o artigo 18.º CE [21.º TFUE] e a Directiva 90/364 conferem um direito de residência de duração indeterminada no Estado-Membro de acolhimento a um nacional de outro Estado-Membro, menor, de tenra idade, como sucede no caso em apreço, essas mesmas disposições permitem ao progenitor que efectivamente tem esse nacional à sua guarda residir com este último no Estado-Membro de acolhimento”⁶⁴.

Por outro lado, o n.º 1 do artigo 21.º TFUE pode também conferir um direito de residência derivado a um membro da família de um cidadão da União que regressa ao seu Estado-Membro de origem após ter exercido o seu direito de circulação⁶⁵.

Nestas situações, uma vez que a Directiva 2004/38 deixa de ser aplicável devido ao regresso do cidadão da União ao seu Estado-Membro de origem, a concessão, por ocasião do regresso de um cidadão da União ao Estado-Membro de que é nacional, de um direito de residência derivado a um nacional de um Estado terceiro, membro da família desse cidadão da União, com o qual este último residiu, na exclusiva qualidade de cidadão da União, nos termos e no respeito do direito da União no Estado-Membro de acolhimento, torna-se necessária a fim de garantir ao referido cidadão a possibilidade de prosseguir, neste último Estado-Membro, a vida em família que tinha desenvolvido ou consolidado no Estado-Membro de acolhimento. Caso contrário, o cidadão da União poderia ser dissuadido de exercer o seu direito de livre circulação conferido pelo n.º 1 do artigo 21.º TFUE⁶⁶.

Em caso de regresso do cidadão da União ao Estado-Membro de origem, o Tribunal de Justiça declarou que a Directiva 2004/38 deve ser aplicada por analogia no que respeita aos requisitos de residência do cidadão da União

⁶³ Acórdão de 19 de Outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, §45). Veja-se, mais recentemente, acórdãos de 10 de Outubro de 2013, Alokpa e o. (C-86/12, EU:C:2013:645, §28), e de 13 de Setembro de 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, §51 e §52).

⁶⁴ Acórdão de 19 de Outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, §46).

⁶⁵ Lembramos que Directiva 2004/38 não visa conferir um direito de residência derivado aos nacionais de um Estado terceiro, membros da família de um cidadão da União que reside no Estado-Membro de que é nacional.

⁶⁶ Acórdão de 12 de Março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135) e de 10 de Maio de 2017, Chavez-Vilchez e o. (C-133/15, EU:C:2017:354).

num Estado-Membro diferente daquele de que é nacional (nomeadamente os requisitos contemplados no artigo 7.º da Directiva 2004/38), visto que, em ambos os casos, é o cidadão da União que constitui a pessoa de referência para que um nacional de um país terceiro, membro da família desse cidadão da União, possa obter o direito de residência derivado⁶⁷.

Por fim, no acórdão *Lounes*⁶⁸, o Tribunal de Justiça alargou o âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 21.º TFUE a outras situações em que um membro da família de um cidadão da União que reside no Estado-Membro da sua nacionalidade pode beneficiar de um direito de residência derivado fundado nessa disposição. Com efeito, o Tribunal de Justiça considerou que o cônjuge, nacional de um país terceiro, de uma cidadã espanhola, que adquiriu nacionalidade britânica após ter residido no Reino Unido, pode beneficiar de um direito de residência derivado no referido Estado-Membro ao abrigo do n.º 1 do artigo 21.º TFUE, sendo que a circunstância de a pessoa de referência (cidadão da União) ter adquirido a nacionalidade do Estado-Membro de acolhimento (mantendo a sua nacionalidade de origem) não pode implicar a privação desse direito, sob pena de violar o efeito útil do n.º 1 do artigo 21.º.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Directiva 2004/38 constituiu um passo importante no sentido de reforçar os direitos de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros.

Em primeiro lugar, em termos legislativos, a Directiva 2004/38 codificou num só instrumento normas que constavam de um conjunto de actos legislativos dispersos que reflectiam uma abordagem sectorial e fragmentada do direito de livre circulação e residência na União Europeia, facilitando deste modo o exercício efectivo destes direitos pelos particulares.

Em segundo lugar, a Directiva 2004/38 simplificou e clarificou as formalidades administrativas a que se encontram adstritos tanto os cidadãos da União como os nacionais de Estados terceiros que pretendem exercer o direito de circulação e de residência. A este respeito, destaca-se designadamente o carácter taxativo da lista de documentos que os membros da família de um cidadão da União, nacionais de Estados terceiros, devem apresentar para solicitar às autoridades competentes dos Estados-Membros a emissão de um cartão de residência.

No entanto, em virtude de transposições incorrectas ou incompletas da dita directiva, vários Estados-Membros implementaram práticas administrativas divergentes e, não raras vezes, até contrárias ao próprio espírito da Directiva

⁶⁷ Acórdão de 12 de Março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, §50) e de 10 de Maio de 2017, Chavez-Vilchez e o. (C-133/15, EU:C:2017:354, §55).

⁶⁸ Acórdão de 14 de Novembro de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862).

2004/38. Neste contexto, a acção do Tribunal de Justiça, através do mecanismo do reenvio prejudicial, tem sido decisiva para clarificar o alcance das disposições da Directiva 2004/38, assegurando a protecção dos direitos dos cidadãos da União e dos respectivos membros das suas famílias.

Por último, se nem todos os nacionais de Estados terceiros podem beneficiar de um direito de residência com base nas disposições da Directiva 2004/38, uma vez que o legislador da União limitou os beneficiários àqueles que se encontram abrangidos pelo conceito de “*membro da família*”, a verdade é que o Tribunal de Justiça tem preservado o efeito útil dos direitos relativos à cidadania da União conferidos directamente pelo tratado aos cidadãos da União, ao permitir que certos nacionais de Estados terceiros possam, em determinadas circunstâncias, beneficiar de um direito de residência derivado fundado no próprio direito primário da União.

Caberá ao legislador da União, se assim o entender, intervir no sentido de alargar o âmbito de aplicação da Directiva 2004/38, abrindo a porta a que outras pessoas do agregado familiar de um cidadão da União possam beneficiar de um direito de residência no território dos Estados-Membros.