Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 12 de dezembro de 2013 [1]

Processo C-456/12

O.
contra
Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel
e
Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel
Contra
B.,
e
Processo C-457/12
S.
contra
Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel
e
Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel
contra
G.

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Raad van State (Países Baixos)]

«Direito de cidadãos de países terceiros de residirem no Estado-Membro de que é nacional e onde reside o cidadão da União com quem partilham laços familiares»

1. Quatro cidadãos de países terceiros (a seguir «O», «B», «S» e «G») têm todos eles laços familiares com um diferente cidadão holandês (ou cidadã holandesa) (e, portanto, cidadão ou cidadã da União) que é o respetivo requerente do reagrupamento. Todos eles pretendem obter permanência legal nos Países Baixos onde residem os respetivos requerentes do reagrupamento. Em cada um dos casos, o requerente do reagrupamento atravessou as fronteiras com outros Estados-Membros, por motivos de trabalho ou outros. No essencial, o Raad van State (Conselho de Estado, Países Baixos) pergunta ao Tribunal de Justiça se tal deslocação é suficiente para determinar a aplicabilidade do direito da União e conferir a esses cidadãos de países terceiros um direito de residência derivado nos Países Baixos.

2. O, B e G estão casados, respetivamente, com o «requerente do reagrupamento O», o «requerente do reagrupamento B» e o «requerente do reagrupamento G». O requerente do reagrupamento O e o requerente do reagrupamento B permaneceram durante determinados períodos noutros Estados-Membros mas não trabalharam nesses países. O requerente do reagrupamento G trabalha por conta de uma entidade empregadora belga e viaja diariamente para trabalhar na Bélgica. G e o

1 — Língua original: inglês.

requerente do reagrupamento G têm filhos. S tem um genro (a seguir «requerente do reagrupamento S») que trabalha por conta de uma entidade empregadora holandesa mas dedica aproximadamente 30% do seu tempo a preparar e a realizar visitas de negócios na Bélgica. S cuida nos Países Baixos do filho do requerente do reagrupamento S.

I – Enquadramento jurídico

A – *Direito da União*

1. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

3. O artigo 20.º, n.º 1, TFUE institui a cidadania da União e prevê que é cidadão da União «qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro». De acordo com o artigo 20.º, n.º 2, alínea a), aos cidadãos da União assiste o direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros.

4. O artigo 21.º, n.º 1, TFUE acrescenta que esse direito existe «sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação».

5. O artigo 45.º TFUE garante a livre circulação dos trabalhadores, o que implica «a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho».

6. Nos termos do artigo 56.º, n.º 1, TFUE, «[…] as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação».

2. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

7. O artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta») intitula-se «Respeito pela vida privada e familiar» e refere que «[t]odas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar […]».

8. O artigo 51.º define o âmbito de aplicação da Carta:

«1. As disposições da presente Carta têm por destinatários […] os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respetivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados.

[…]»

3. Diretiva 2004/38/CE [2]

9. O primeiro considerando da Diretiva 2004/38 repete os termos do artigo 21.º, n.º 1, TFUE. O terceiro considerando refere que quando os nacionais dos Estados-Membros exercerem o seu direito de livre circulação e residência, «a cidadania da União deverá ser o [seu] estatuto fundamental […]».

10. Nos termos do quinto considerando, «[o] direito de todos os cidadãos da União circularem e residirem livremente no território dos Estados-Membros implica, para que possa ser exercido em condições objetivas de liberdade e de dignidade, que este seja igualmente concedido aos membros das suas famílias, independentemente da sua nacionalidade […]».

11. O artigo 1.º, proémio e alínea a), da diretiva refere que a diretiva estabelece «as condições que regem o exercício do direito de livre circulação e residência no território dos Estados-Membros pelos cidadãos da União e membros das suas famílias».

12. Para os efeitos da Diretiva 2004/38, entende-se por «cidadão da União» «qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro» (artigo 2.º, n.º 1), e um «membro da família» «[o] cônjuge» [artigo 2.º, n.º 2, alínea a)] e «[o]s ascendentes diretos que estejam a cargo, assim como os do cônjuge ou do parceiro […]» [artigo 2.º, n.º 2, alínea d)] do cidadão da União. O «Estado-Membro de acolhimento» é «o Estado-Membro para onde se desloca o cidadão da União a fim de aí exercer o seu direito de livre circulação e residência» (artigo 2.º, n.º 3).

13. O artigo 3.º, n.º 1, dispõe que a Diretiva 2004/38 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, na aceção do ponto 2 do artigo 2.º, que os acompanhem ou que a eles se reúnam».

14. No que diz respeito a qualquer outro membro da família que satisfaça as condições previstas no artigo 3.º, n.º 2, alínea a), e a um parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada, o artigo 3.º, n.º 2, dispõe que «[…] o Estado-Membro de acolhimento facilita […] a entrada e a residência […] dessas pessoas».

15. O artigo 6.º, n.º 1, prevê que os cidadãos da União têm o direito de residir no território de outro Estado-Membro por período até três meses. Só têm de ser titulares de um bilhete de identidade ou passaporte válido e não podem ser aplicáveis outras condições e formalidades. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, as mesmas regras são igualmente aplicáveis «[…] aos membros da família que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro e que, munidos de um passaporte válido, acompanhem ou se reúnam ao cidadão da União».

16. Um cidadão da União e os membros da sua família (que não sejam nacionais de um Estado-Membro) também beneficiam do direito de residência por mais de três meses no Estado-Membro de acolhimento se esse cidadão da União satisfizer as condições estabelecidas no artigo 7.º, n.º 1, alíneas a), b) ou c), a saber a) exercer uma atividade assalariada ou não assalariada no Estado-Membro de acolhimento, ou b) dispor de recursos suficientes para si próprio e para os membros da sua família e de uma cobertura extensa de seguro de doença no Estado-Membro de acolhimento, ou c) ser estudante e dispor de recursos suficientes e uma cobertura extensa de seguro de doença.

2 — Diretiva 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, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (JO L 158, p. 77, e retificações no JO L 229, p. 35; JO L 30, p. 27; JO L 197, p. 34; e JO 2007 L 204, p. 28 — para as disposições em causa no presente processo é relevante apenas a primeira retificação referida).

17. Nos termos do artigo 16.º, n.º 1, a aquisição do direito de residência permanente exige a permanência legal por um período de cinco anos consecutivos no Estado-Membro de acolhimento.

18. Nos termos do artigo 35.º, os Estados-Membros podem tomar as medidas necessárias para recusar, fazer cessar ou retirar qualquer direito conferido pela Diretiva 2004/38 em caso de abuso ou de fraude. Todas as medidas necessárias para esse efeito devem ser proporcionadas e sujeitas às garantias processuais estabelecidas nos artigos 30.° e 31.°

B – *Legislação dos Países Baixos*

19. A Vreemdelingenwet 2000 (Lei de estrangeiros, a seguir «Vw 2000») define «nacionais comunitários» como os nacionais dos Estados-Membros e os respetivos familiares que tenham a nacionalidade de um Estado terceiro que estejam autorizados a entrar no território de outro Estado-Membro e a permanecer nesse território ao abrigo do (atual) TFUE (em relação aos primeiros) ou na sequência de uma decisão adotada em aplicação desse Tratado (em relação aos últimos). Tais nacionais de países terceiros podem obter junto do Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (a seguir «Ministro da Imigração, Integração e Asilo» ou «Ministro») um documento ou uma declaração por escrito que ateste a regularidade da sua permanência. Se o Ministro tiver declarado um nacional de um país terceiro «*persona non grata*», poderá, a pedido do nacional de um país terceiro, revogar essa declaração. As condições relevantes estão previstas na Vreemdelingenbesluit, que aplica a Vw 2000.

20. A concessão de uma autorização de residência de duração determinada está sujeita a restrições, relacionadas com a finalidade para a qual a residência foi autorizada. A autorização de residência pode ser sujeita a outras condições.

II – Matéria de facto

A – *Processo C-456/12, O*

1. Processo de O

21. Em outubro de 2006, O, um cidadão nigeriano, casou com a requerente do reagrupamento O em França. Fixou residência em Espanha em 2007. Desde agosto de 2009, O e a requerente do reagrupamento O estão registados como residindo juntos. Um documento de residência válido até setembro de 2014 atesta que O reside em Espanha na qualidade de membro da família de um cidadão da União.

22. Contudo, dois meses depois de se transferir para a Espanha, a requerente do reagrupamento O regressou, de facto, aos Países Baixos porque não conseguiu encontrar trabalho em Espanha. Não obstante, desde 2007 e até abril de 2010, passou, repetidamente, períodos de tempo, sobretudo fins de semana, em Espanha, com O e, durante essas visitas, beneficiou de prestações de serviços nesse país. Desde 1 de julho de 2010, O está registado como residindo com a requerente do reagrupamento O nos Países Baixos.

23. Aparentemente, não se provou que, durante todo este tempo, a requerente do reagrupamento O tivesse cancelado o seu registo de residência nos Países Baixos.

24. O pediu um documento comprovativo da regularidade da sua permanência. O Minister indeferiu o pedido e a reclamação apresentada por O dessa decisão. O interpôs recurso no Rechtbank 's-Gravenhage (tribunal de primeira instância de Haia, a seguir «Rechtbank») que, em 7 de julho de 2011, negou provimento ao recurso. Posteriormente, O recorreu dessa sentença para o órgão jurisdicional de reenvio.

2. O processo de B

25. B é um cidadão marroquino. Desde dezembro de 2002, viveu com a requerente do reagrupamento B, nos Países Baixos, durante vários anos. À data não estavam casados. Parece que se conheceram no período em que B aguardava decisão sobre o seu pedido de asilo. Esse pedido foi indeferido.

26. Depois de B ter sido condenado numa pena de prisão de dois meses por utilização de passaporte falso, o Ministro declarou-o, em 15 de outubro de 2005, estrangeiro *persona non grata*. B transferiu-se, depois disso, em janeiro de 2006, para Retie (Bélgica), onde viveu até maio de 2007, num apartamento arrendado pela requerente do reagrupamento B. Parece que a requerente do reagrupamento B residiu aí inicialmente sozinha e que B foi viver com ela depois de deixar a prisão. A requerente do reagrupamento B esteve registada como residindo em Retie com uma autorização de residência válida até 18 de maio de 2011. Contudo, não conseguiu encontrar trabalho na Bélgica. Assim, manteve a sua casa nos Países Baixos, onde permanecia nos dias da semana, durante os quais trabalhava nos Países Baixos, mas passava os fins de semana com B, na Bélgica. Durante esses fins de semana, beneficiou de prestações de serviços na Bélgica. Embora tivessem pretendido casar na Bélgica, na realidade só viriam a casar mais tarde, em Marrocos.

27. Em abril de 2007, B transferiu-se para Marrocos porque já não podia residir na Bélgica depois de as autoridades belgas terem descoberto que tinha sido objeto de uma declaração de *persona non grata* nos Países Baixos. Em 31 de julho de 2007, B e a requerente do reagrupamento B casaram-se em Marrocos.

28. A pedido de B, o Ministro revogou a declaração de *persona non grata* em março de 2009. Em junho de 2009, B regressou aos Países Baixos para aí residir com a requerente do reagrupamento B.

29. Em 30 de outubro de 2009, o pedido apresentado por B de um documento comprovativo da regularidade da sua permanência foi indeferido. Em março de 2010, o Ministro indeferiu as reclamações apresentadas por B contra o indeferimento do pedido e contra a aposição no passaporte de um autocolante com a observação de que não lhe era permitido exercer uma atividade profissional.

30. B interpôs recurso das duas decisões no Rechtbank, que as anulou e condenou o Minister a tomar nova decisão sobre a reclamação. Em dezembro de 2010, o Ministro emitiu uma nova decisão no mesmo sentido que a sua decisão anterior e interpôs recorreu da decisão do Rechtbank para o órgão jurisdicional de reenvio.

B – *Processo C-457/12, S*

1. O processo de S

31. S é uma cidadã ucraniana. O seu genro, requerente do reagrupamento S, trabalha desde 2002 por conta de um empregador com sede nos Países Baixos, que declarou que o requerente do reagrupamento S dedica 30% do seu tempo à preparação e realização de visitas de negócios na Bélgica. O requerente do reagrupamento S desloca-se a esse país pelo menos uma vez por semana e também visita clientes e participa em congressos noutros Estados-Membros. S declarou ainda que cuida do filho do requerente do reagrupamento S (que é seu neto).

32. S requereu um documento que atestasse a regularidade da sua permanência. Em agosto de 2009, o seu pedido foi indeferido. O Minister indeferiu a reclamação apresentada contra essa decisão. Em junho de 2010, o Rechtbank negou provimento ao seu recurso. S recorreu então dessa sentença para o órgão jurisdicional de reenvio.

2. O processo de G

33. G é uma cidadã peruana. Casou com o requerente do reagrupamento G no Perú em 2009. O requerente do reagrupamento G vive nos Países Baixos, mas trabalha por conta de um empregador belga desde 2003. Efetua diariamente viagens de ida e volta à Bélgica por causa do seu trabalho.

34. O pedido apresentado por G de um documento que atestasse a regularidade da sua permanência foi indeferido em dezembro de 2009. A reclamação apresentada contra essa decisão foi indeferida pelo Ministro. Em junho de 2011, o Rechtbank julgou procedente o recurso interposto por G, e condenou o ministro a tomar nova decisão sobre a reclamação. O Minister recorreu dessa sentença para o órgão jurisdicional de reenvio. Perante esse tribunal, G afirmou que ela e o marido têm um filho (de nacionalidade holandesa) e que um seu filho anterior ao seu casamento com o requerente do reagrupamento G também faz parte do seu novo agregado familiar.

III – Tramitação e questões prejudiciais

35. No processo O (C-456/12), o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber:

«Nos processos [relativo a B] e [relativo a O]:

1) Deve a Diretiva 2004/38 […], no que se refere às condições do direito de residência dos membros da família nacionais de países terceiros ser aplicada por analogia, tal como nos acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias Surinder Singh (C-370/90) [3] e Eind (C-291/05) [4], se um cidadão da União regressar ao Estado-Membro de que é nacional, depois de ter residido noutro Estado-Membro ao abrigo do artigo 21.º, n.º 1, [TFUE] e também enquanto destinatário de serviços nos termos do artigo 56.º [TFUE]?

2) Em caso afirmativo, deve a permanência do cidadão da União noutro Estado-Membro ter tido uma determinada duração mínima, para que, após o seu regresso ao Estado-Membro de que é nacional, seja atribuído o direito de residência nesse Estado-Membro ao membro da família nacional de um país terceiro?

3) Em caso afirmativo, esta exigência também é satisfeita, no caso de não haver uma permanência contínua, mas uma permanência com uma determinada frequência, como a permanência semanal durante os fins de semana ou durante visitas regulares?

No processo [relativo a B]:

4) Como consequência do período de tempo decorrido entre o regresso do cidadão da União ao Estado-Membro de que é nacional e a chegada do membro da sua família nacional de um país terceiro a esse Estado-Membro, nas circunstâncias em apreço, o eventual direito de residência conferido pelo direito da União ao membro da família nacional de um país terceiro caduca?»

3 — Acórdão de 7 de julho de 1992, Singh (C-370/92, Colet., p. I-4265).

4 — Acórdão de 11 de dezembro de 2007, Eind (C-291/05, Colet., p. I-10719).

36. No processo S (C-457/12), o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber:

«1) No processo [relativo a G]:

O direito da União pode conferir o direito de residência a um membro da família, nacional de um país terceiro, de um cidadão da União que reside no Estado-Membro de que é nacional, mas trabalha noutro Estado-Membro por conta de uma entidade empregadora estabelecida nesse outro Estado-Membro, em circunstâncias como as que estão em apreço?

2. No processo [relativo a S]:

O direito da União pode conferir o direito de residência a um membro da família, nacional de um país terceiro, de um cidadão da União que reside no Estado-Membro de que é nacional, mas que, no âmbito das atividades que exerce por conta de uma entidade empregadora estabelecida no mesmo Estado-Membro, se desloca a outro Estado-Membro, em circunstâncias como as que estão em apreço?»

37. Foram apresentadas observações escritas por O, B, G, pelos Governos da Bélgica, da República Checa, da Dinamarca, da Estónia, da Alemanha, dos Países Baixos e do Reino Unido, e pela Comissão Europeia. Na audiência em comum, que se realizou em 25 de junho de 2013, apresentaram observações orais as mesmas partes, com exceção de G e dos Governos da Bélgica e da Estónia, e S.

IV – Apreciação

A – *Observações preliminares*

38. O direito da imigração é, em princípio, da competência dos Estados-Membros. Exceto quando um nacional de um Estado-Membro (que, pela sua nacionalidade, seja também cidadão da União) atravesse uma fronteira com outro Estado-Membro ou exista a probabilidade real de que o faça, os direitos da União de livre circulação e permanência não são, em princípio, desencadeados, e é exclusivamente aplicável o direito nacional [5].

39. No entanto, nos processos em apreço, todos os requerentes do reagrupamento cidadãos da União, embora residentes nos Países Baixos, atravessaram efetivamente uma fronteira. Fizeram-no por motivos de trabalho ou de lazer; exerceram (supostamente) o direito «passivo» de aí beneficiar de um serviço; em alguns casos, estiveram formalmente registados como residindo noutro Estado-Membro, conservando ao mesmo tempo alguma forma de residência no Estado-Membro da nacionalidade (a seguir «Estado-Membro de origem»). Resulta desse facto que o direito da União se opõe a que o Estado-Membro de origem se recuse a conceder o direito de residência aos membros das suas famílias (O, B, S e G)? É relevante para o efeito o facto de o requerente do reagrupamento e de o membro da família não regressarem juntos para o Estado-Membro de origem do requerente do reagrupamento?

5 — Claro que nem todos os direitos de cidadania dependem da questão de saber se um cidadão da União atravessou as fronteiras. V., por exemplo, artigo 20.º, n.º 2, alínea d), TFUE. Existem, além disso, situações excecionais em que, embora não tenham sido atravessadas fronteiras entre Estados-Membros, o cidadão da União seria privado «do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos» pela sua cidadania da União se não existissem direitos derivados de residência para os membros da família do cidadão da União que são nacionais de um país terceiro (v. jurisprudência dos acórdãos Ruiz Zambrano, McCarthy e Dereci, adiante analisada nos n.os 52 a 66).

40. É manifesto que os próprios requerentes do reagrupamento gozam de um direito de residência incondicional no respetivo Estado-Membro de origem por força do direito nacional [6]. Aos Estados-Membros não é permitido «[expulsar] os próprios nacionais do seu território ou ainda [recusar] a sua residência nesse território ou [sujeitá-la] a condições» [7]. Todavia, a entrada e a permanência dos nacionais no respetivo Estado-Membro de origem também estão sujeitas ao direito da União na medida em que tal seja necessário para garantir a plena eficácia das suas liberdades fundamentais de circulação e permanência ao abrigo do direito da União [8].

41. Qualquer direito derivado de residência de que O, B, S e G possam gozar ao abrigo do direito da União não seria absoluto, mas regido pelas condições e limitações estabelecidas no direito da União. Por esse motivo, analisarei separadamente o direito de residência e, em seguida, as condições e limitações que regulam o seu exercício.

42. Os elementos dos autos não indicam se O, B, S e G podiam invocar um direito de residência ao abrigo do direito nacional, incluindo o direito nacional de proteção dos direitos fundamentais, ou nos termos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH»). Os factos não contêm qualquer sugestão de que algum dos casamentos tivesse sido um casamento de conveniência ou que tivesse havido uma fraude ou um abuso de direitos. Noutras circunstâncias, a constatação de um tal abuso poderia, de facto, tornar desnecessária a análise da questão de saber se um direito derivado de residência podia ser legitimamente recusado. Contudo, o simples facto de, a certa altura, O e a requerente do reagrupamento O e B e a requerente do reagrupamento B se terem deslocado para outro Estado-Membro onde era garantido um tratamento mais favorável não configura um abuso de direito [9].

43. Nas presentes conclusões, a minha análise incide sobretudo na questão de saber se a recusa de residência legal a nacionais de países terceiros como O, B, S e G constitui uma limitação do direito dos respetivos requerentes do reagrupamento de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros. Uma tal restrição poderia, teoricamente, ser justificada. No entanto, o Tribunal de Justiça não dispõe de informações que lhe permitam averiguar uma tal justificação.

44. Por último, tentarei, nas presentes conclusões, desenvolver uma explicação coerente dos parâmetros com base nos quais se desencadeiam os direitos de residência derivados dos membros da família, nacionais de um país terceiro, no Estado-Membro de origem de um cidadão da União que exerceu direitos de livre circulação sem necessariamente ter exercido direitos (plenos) de residência no outro Estado-Membro. Uma solução *ad hoc* que não identifique claramente os parâmetros relevantes, muito embora pudesse ser útil ao órgão jurisdicional nacional para a decisão de cada um destes quatro processos, correria o risco de aumentar a atual incerteza entre os profissionais da justiça e as administrações nacionais quanto à questão de saber se o direito da União pode (ou não) ser invocado; com o risco concomitante de continuarem a surgir processos de objeto idêntico porque os órgãos jurisdicionais nacionais procurariam obter novos esclarecimentos através de novos reenvios.

B – *Por que motivo existe o direito derivado de residência?*

45. Os artigos 20.°, n.º 2, alínea a), e 21.°, n.º 1, TFUE conferem aos cidadãos da União o direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros. A essência desse direito consiste na liberdade de escolher entre deslocar-se ou não para outro Estado-Membro e/ou residir ou não aí. Salvo justificação, as medidas restritivas dessa liberdade de escolha são contrárias a essas disposições.

6 — Acórdão de 5 de maio de 2011, McCarthy (C-434/09, Colet., p. I-3375, n.ºs 29, 34 e jurisprudência aí referida).

7 — Acórdão McCarthy (já referido na nota 6, *supra*, n.º 29 e jurisprudência aí referida).

8 — V., por exemplo, acórdão Singh (já referido na nota 3, *supra*, n.º 23), e acórdão Eind (já referido na nota 4, *supra*, n.º 32).

9 — V., por exemplo, acórdão de 23 de setembro de 2003, Akrich (C-109/01, Colet., p. I-9607, n.ºs 55 e 56).

46. A ideia de que os membros da família desses cidadãos da União deviam beneficiar de direitos de residência derivados foi desenvolvida no contexto das liberdades económicas de circulação, em especial dos trabalhadores migrantes. Os trabalhadores são seres humanos, não são autómatos. Não devem ser obrigados a deixar atrás o cônjuge ou qualquer outro membro da família, em especial os que estão a seu cargo, para se poderem tornar trabalhadores migrantes noutro Estado-Membro [10]. Se não puderem trazer consigo a sua família, poderão ser dissuadidos de exercer esses direitos de livre circulação. Além disso, a presença da família pode contribuir para a integração de um trabalhador no Estado de acolhimento e, portanto, para a realização da livre circulação dos trabalhadores [11].

47. Com a introdução da cidadania da União no Tratado de Maastricht, os nacionais de um Estado-Membro adquiriram o direito de circular e permanecer livremente no território de outros Estados-Membros independentemente das liberdades económicas de circulação e, portanto, do exercício de atividade económica [12]. Tal como no caso dos trabalhadores migrantes, a eficácia das liberdades de circulação e de permanência dos cidadãos da União pode depender de determinados membros da família terem, ou não, o direito, ao abrigo do direito da União, de se lhes reunirem ou de acompanhá-los no território para onde se tenham deslocado ou onde residam. Como afirmou recentemente o Tribunal de Justiça, «[a] finalidade e a justificação dos referidos direitos derivados têm por base a constatação de que não os reconhecer pode afetar 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» [13].

48. Ao abrigo da Diretiva 2004/38, a existência de um direito derivado de residência já não depende de se demonstrar o possível efeito no cidadão da União da recusa da permanência aos membros da família [14]. A justificação da atribuição dos direitos de residência derivados reflete-se, porém, no facto de esses direitos só estarem automaticamente disponíveis para um grupo selecionado de membros da família em relação aos quais o legislador presumiu que a possibilidade de se reunirem aos cidadãos da União ou de os acompanharem afetava a sua escolha e, portanto, o exercício do seu direito de circulação. A Diretiva 2004/38 distingue, portanto, entre a família nuclear e qualquer outro membro da família. A família nuclear é constituída pelo cidadão da União, o seu cônjuge ou parceiro registado e os seus descendentes diretos com menos de 21 anos de idade. Estes membros da família dispõem de direitos de residência derivados automáticos. Os descendentes diretos com mais de 21 anos de idade e os ascendentes diretos dos cidadãos da União (ou dos seus cônjuges ou parceiros registados) devem, contudo, satisfazer a condição de «estarem a cargo» para poderem reclamar um direito derivado de residência. No contexto da Diretiva 2004/38, parece-me que a dependência tem sido interpretada de forma estrita, concentrando-se na questão de saber se um cidadão da União suporta materialmente estes membros da família [15]. Embora tal dependência possa, incontestavelmente, ser meramente indicativa da medida em que a recusa da residência interfere com o exercício de direitos de livre circulação e permanência, o Tribunal de Justiça já indicou — *fora* do contexto de Diretiva 2004/38 — que a dependência também pode ser medida utilizando indicadores de vínculos legais ou afetivos e que pode ser relevante que um cidadão da União esteja dependente de um membro da família que é nacional de um país terceiro («dependência inversa») [16].

10 — V., por exemplo, quinto considerando do 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), e considerando 6 do Regulamento (UE) n.º 492/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativo à livre circulação dos trabalhadores na União (JO L 141, p. 1).

11 — V., por exemplo, acórdão de 17 de abril de 1986, Reed (59/85, Colet., p. 1283, n.º 28, onde o Tribunal de Justiça fez essa observação em relação à presença da companheira não casada de um trabalhador).

12 — V., por exemplo, acórdão de 17 de setembro de 2002, Baumbast e R (C-413/99, Colet., p. I-7091, n.º 83).

13 — Acórdãos de 8 de maio de 2013, Ymeraga e o. (C-87/12, n.º 35); e de 10 de outubro de 2013, Alokpa e o. (C-86/12, n.º 22).

14 — V., por exemplo, considerando 6 da Diretiva 2004/38.

15 — Acórdão de 9 de janeiro de 2007, Jia (C-1/05, Colet., p. I-1, n.os 35, 37 e jurisprudência aí referida). V. também, por exemplo, acórdão de 5 de setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, n.os 32, 33 e 35), e acórdão Alokpa e o. (já referido na nota 13, *supra*, n.º 25 e jurisprudência aí referida).

16 — V. acórdão de 6 de dezembro de 2012, O e S (C-356/11 e C-357/11, n.º 56). No acórdão Carpenter (acórdão de 11 de julho de 2002, C-60/00, Colet., p. I-6279), o Tribunal de Justiça pareceu considerar relevante o facto de P. Carpenter depender da mulher na medida em que esta cuidava dos seus filhos. V. ainda n.os 113 a 117, *infra*.

C – *O que é que gera os direitos de residência derivados*

49. No atual estado do direito da União, os direitos de residência derivados só existem, em princípio, quando são necessários para garantir que os cidadãos da União podem exercer efetivamente os seus direitos de livre circulação e permanência. Portanto, a primeira questão consiste em saber se um determinado cidadão da União exerceu ou está a exercer tais direitos. Em caso afirmativo, a segunda questão consiste em saber se a recusa de residência aos membros da família limita o exercício desses direitos (se não há uma limitação, não há motivo para conceder direitos de residência derivados). Portanto, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, no essencial, se é necessário averiguar o tipo e a intensidade do exercício dos seus direitos de livre circulação e permanência por um cidadão da União antes de abordar a segunda questão.

50. É jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que as regras em matéria de livre circulação não podem ser aplicadas a casos que não apresentem qualquer conexão com uma das situações previstas pelo direito da União [17]. Uma perspetiva puramente hipotética de exercício ou de entrave desses direitos não constitui um nexo suficiente [18].

51. Nos casos em apreço, os requerentes dos reagrupamentos O, B, S e G exerceram todos eles direitos de livre circulação e/ou permanência na aceção do artigo 21.º TFUE. Portanto, estes processos não têm por objeto situações puramente internas excluídas do âmbito de aplicação de direito da União. Isso é suficiente para que o direito da União seja aplicável; mas não conduz automaticamente à conclusão de que O, B, S e G tenham direito, ao abrigo do direito da União, a residência legal nos Países Baixos.

52. Precisamente porque houve circulação transfronteiriça, os factos subjacentes aos presentes processos distinguem-se dos subjacentes a processos como Ruiz Zambrano, McCarthy ou Dereci, no âmbito dos quais o Tribunal de Justiça decidiu que, excecionalmente, pode existir uma ligação com o direito da União e um fundamento para que sejam conferidos direitos de residência derivados ao abrigo do artigo 20.º TFUE, sem que haja um exercício dos direitos de livre circulação ou de permanência noutro Estado-Membro (de acolhimento), se uma medida nacional obrigar os cidadãos da União (incluindo os próprios nacionais de um Estado-Membro) a abandonar o território da União Europeia [19]. Depois disso, no acórdão Iida, que envolvia duas nacionais alemãs que se tinham transferido para a Áustria e um nacional japonês que pretendia obter o direito de residência na Alemanha, o Tribunal de Justiça deixou bem claro que este critério não estava limitado às situações que, de outro modo, seriam classificadas como puramente internas [20].

53. No acórdão Ruiz Zambrano, o Tribunal de Justiça reconheceu que a recusa da permanência ao pai privaria os seus filhos menores «do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União» [21]. Sobretudo, obrigá-los-ia a deixar o território da União Europeia [22].

17 — V., por exemplo, acórdão de 5 de junho de 1997, Uecker e Jacquet (C-64/96 e C-65/96, Colet., p. I-3171, n.º 16 e jurisprudência aí referida).

18 — Acórdão de 8 de novembro de 2012, Iida (C-40/11, n.º 77 e jurisprudência aí referida).

19 — Este parece ser o efeito cumulativo do acórdão de 8 de março de 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, Colet., p. I-1177, n.ºs 43 e 44); do acórdão McCarthy (já referido na nota 6, *supra*, n.ºs 46, 47 e da jurisprudência aí referida); e do acórdão de 15 de novembro de 2011, Dereci (C-256/11, Colet., p. I-11315, n.º 66).

20 — N.º 76. Para chegar a essa conclusão, o Tribunal de Justiça tinha observado que Y. Iida não pretendia o direito de residir com a sua mulher e a sua filha no Estado-Membro de acolhimento (Áustria), mas no Estado-Membro de que eram originárias (Alemanha), que as duas cidadãs da União não tinham sido dissuadidas de exercerem os seus direitos de livre circulação e que, de qualquer forma, o próprio Y. Iida dispunha de determinados direitos de residência ao abrigo do direito nacional e do direito da União (v. n.ºs 73 a 75).

21 — N.º 42 e jurisprudência aí referida. O Tribunal de Justiça reconheceu, portanto, que G. Ruiz Zambrano, um nacional colombiano, podia residir no Estado-Membro da nacionalidade e residência dos seus filhos menores, que eram cidadãos da União (mas nunca tinham saído do Estado-Membro onde nasceram) e que estavam a seu cargo.

22 — *Ibidem* (n.º 44). Nesse contexto, não foi feita qualquer referência aos direitos fundamentais. Também não foi explicada a razão de ser desta conclusão.

54. O acórdão McCarthy chegou à conclusão contrária relativamente ao marido de nacionalidade jamaicana de S. McCarthy. S. McCarthy tinha dupla nacionalidade do Reino Unido e da Irlanda e tinha sempre residido no Reino Unido. Nunca tinha visitado a Irlanda, nem exercido direitos de livre circulação noutros países da União Europeia, e só requereu um passaporte irlandês, a que tinha legalmente direito, depois de se ter casado, no Reino Unido, com um nacional jamaicano. Também não alegava ser uma trabalhadora assalariada ou não assalariada, ou uma pessoa capaz de prover às suas necessidades. Ao seu marido foi recusada a residência no Reino Unido na qualidade de cônjuge de uma cidadã da União, com uma nacionalidade diferente da nacionalidade do Reino Unido [23].

55. No acórdão Dereci, o Tribunal de Justiça esclareceu que a 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 não apenas o território do Estado-Membro de que é nacional mas também a totalidade do território da União» [24]. Essa situação foi descrita pelo Tribunal de Justiça como excecional [25]. O Tribunal de Justiça não aprofundou quais eram as circunstâncias que podiam obrigar um cidadão da União a abandonar o território da União Europeia, embora declarasse que «o simples facto de a um nacional de um Estado-Membro poder parecer desejável, por razões de ordem económica ou a fim de manter a unidade familiar no território da União» que sejam concedidos direitos de residência não bastava, por si só para concluir que a recusa da residência levasse a essa partida do território [26]. Por conseguinte, tais fatores não mostram que a recusa da residência se traduzirá na perda de um direito do estatuto de cidadão da União, que é o direito de residir no território da União Europeia.

56. No entanto, o Tribunal de Justiça não excluiu a possibilidade, deixando de parte os artigos 20.° e 21.° TFUE, de que um órgão jurisdicional nacional pudesse exigir a concessão da residência com base no artigo 7.º da Carta (em relação a situações abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União) ou no artigo 8.º, n.º 1, da CEDH (em relação a outras situações) [27]. Assim, no caso de o direito da União não conferir o direito de residência a um nacional de um país terceiro com laços familiares com um cidadão da União, o órgão jurisdicional nacional podia, ainda assim, concluir, no caso de a situação estar coberta pelo direito da União, que o direito ao respeito da vida familiar exigia a concessão do direito de residência a esse nacional de um país terceiro.

57. Esta passagem suscita-me perplexidade porque parece sugerir que o Tribunal de Justiça reconheceu nesse acórdão três fundamentos separados ao abrigo do direito da União: o direito ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 7.º da Carta); o direito de livre circulação e permanência (artigo 21.º, n.º 1, TFUE) e a recusa do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos a um cidadão da União (artigo 20.º TFUE). Em relação às situações não abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União, o direito ao respeito pela vida privada e familiar podia, nos termos do artigo 8.º da CEDH, constituir outro fundamento para a concessão do direito de permanência.

58. Se foi isso o que o Tribunal de Justiça pretendeu, este tribunal tem ainda de decidir se deve ser utilizado o mesmo critério para determinar se o direito da União e, por conseguinte, também a Carta são aplicáveis e se uma medida que recusa a permanência é contrária aos artigos 20.° ou 21.° TFUE [28].

23 — Com efeito, embora seja óbvio que S. McCarthy podia permanecer no Reino Unido sozinha, por força da sua nacionalidade, e que não foi privada do direito de se deslocar ao abrigo do direito da União pelo facto de ao marido terem sido recusados direitos derivados enquanto membro da família nacional de país terceiro, já não é tão claro que o Tribunal de Justiça tenha examinado todas as implicações. Talvez a resposta rápida fosse simplesmente esta: «o direito da União não pode ajudar, tente a CEDH».

24 — N.º 66. M. Dereci era um nacional turco cuja mulher e filhos eram austríacos e tinham residido sempre na Áustria, onde desejava residir com eles.

25 — N.º 67. V. também acórdão Iida (já referido na nota 18, *supra*, n.º 71).

26 — Acórdão Dereci (já referido na nota 19, *supra*, n.º 68).

27 — *Ibidem* (n.º 72).

28 — No acórdão Iida (já referido na nota 18, *supra*, n.º 80), o Tribunal de Justiça parece ter aplicado um critério ligeiramente diferente [nomeadamente, o de saber se Y. Iida tinha direito a um determinado benefício ao abrigo direito da União (o cartão de residência)] para decidir se a aplicação de uma legislação nacional que transpunha o direito da União podia ser abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União.

59. Porém, penso que se pode abordar a questão de outra forma.

60. A Carta só é aplicável se o direito da União for aplicável [29]. Assim, a Carta não é aplicável a uma situação interna, como a de S. McCarthy, em que um cidadão da União não é impedido de exercer direitos de livre circulação e permanência ao abrigo do direito da União, nem privado do direito essencial da cidadania separado de residir no território da União pela medida nacional. Nessas situações, é claro que, pelo menos atualmente, a Carta não concede direitos fundamentais «autónomos» — i. é, direitos sem qualquer ligação com o conteúdo das competências da União — que possam nesse caso ser utilizados para exigir a um órgão jurisdicional nacional que não aplique uma medida nacional que impede o cidadão da União de organizar a sua vida familiar como gostaria.

61. Assim, não sendo possível identificar uma disposição pertinente do direito da União, a Carta não é aplicável. Dito de uma forma ligeiramente diferente, é necessário considerar a situação jurídica através do prisma da Carta se, *mas apenas se*, a disposição de direito da União impuser uma obrigação positiva ou negativa ao Estado-Membro (independentemente de essa obrigação resultar dos Tratados ou do direito derivado da União) [30].

62. Se e na medida em que uma dada situação relativa aos cidadãos da União seja abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União, a interpretação dada a qualquer disposição de direito da União que conceda direitos a esses cidadãos (e, portanto, que imponha a obrigação aos Estados-Membros de respeitarem esses direitos) deve ser compatível com quaisquer direitos pertinentes da Carta [31], incluindo o direito ao respeito pela vida privada e familiar garantido pelo artigo 7.º da Carta. Isso significa que as disposições como os artigos 20.° ou 21.° TFUE não constituem apenas fundamentos do estatuto de residência distintos do artigo 7.º da Carta. Com efeito, as considerações relativas ao exercício do direito à vida familiar permeiam o essencial dos direitos conferidos pela cidadania da União. Os direitos conferidos pela cidadania ao abrigo do artigo 20.º ou 21.° TFUE devem, por conseguinte, ser interpretados de uma forma que assegure que o seu conteúdo normativo material é «conforme à Carta». Esse processo não se confunde com a questão de saber se uma justificação proposta para a restrição dos direitos da cidadania da União, *quando estes sejam desencadeados*, é compatível com a Carta [32].

63. Tal abordagem não «alarga» o âmbito de aplicação de direito da União, nem viola, desse modo, a separação de competências entre a União e os Estados-Membros que a constituem. Limita-se a respeitar o princípio geral de que, numa União que assenta no princípio do Estado de Direito, todo o direito pertinente (incluindo, naturalmente, o direito primário pertinente sob a forma da Carta) deve ser tido em conta na interpretação de uma disposição dessa ordem jurídica. Nesta perspetiva, a tomada em devida conta da Carta não é mais «intrusiva», ou «desrespeitosa da competência do Estado-Membro», do que uma interpretação correta da livre circulação de mercadorias.

29 — Artigo 51.º da Carta. V. ainda acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, n.os 20 e 21), recentemente confirmado no acórdão de 26 de setembro de 2013, Texdata Software (C-418/11, n.º 73).

30 — V., a esse respeito, as minhas conclusões apresentadas em 14 de novembro de 2013 no processo Pfleger (C-390/12), pendente no Tribunal de Justiça (n.os 35 a 47), que se baseiam no conteúdo das Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais (JO 2007, C 303, p. 17). Nos termos do artigo 52.º, n.º 7, da Carta, os órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros devem ter «em devida conta» as anotações. No quadro da cidadania da União, um exemplo de uma obrigação negativa seria o caso de um Estado-Membro procurar invocar motivos de ordem pública para excluir do seu território um cidadão da União nacional de outro Estado-Membro. A liberdade de ação do Estado-Membro está, nesse caso, limitada pelas exigências do direito da União, que não pode violar. Para uma discussão mais abrangente, v. n.os 151 a 177 das minhas conclusões no processo que deu origem ao acórdão Ruiz Zambrano, acima referido na nota 19.

31 — V., por exemplo, acórdão Iida (já referido na nota 18, *supra*, n.º 77 e jurisprudência aí referida).

32 — V., por exemplo, acórdão Carpenter (já referido na nota 16, *supra*, n.º 40 e jurisprudência aí referida).

64. Além disso, se a Carta é aplicável e sempre que direitos previstos na Carta correspondam a direitos já abrangidos pela CEDH, o direito da União deve ser interpretado tomando em consideração a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») [33]. O artigo 7.º da Carta, que protege o direito à vida familiar, é um desses artigos; e existe jurisprudência abundante do TEDH que clarifica o significado a atribuir ao seu direito homólogo da CEDH (artigo 8.º CEDH).

65. Daí resulta que é irrelevante se se considera que uma determinada medida nacional violou o artigo 7.º da Carta ou o artigo 8.º CEDH. O padrão que é aplicado (seja pelo órgão jurisdicional nacional, pelo Tribunal de Justiça ou pelo TEDH) é, por definição, o mesmo. Portanto, devia ser impossível chegar a uma conclusão diferente consoante a norma invocada. (Para os presentes efeitos, deixo de fora a terceira componente na trilogia das fontes de proteção dos direitos fundamentais, o direito constitucional nacional, a qual também pode, como é óbvio, ser pertinente.)

66. No contexto de um pedido de decisão prejudicial, é obviamente necessário que o Tribunal de Justiça forneça ao órgão jurisdicional nacional uma orientação clara quanto às circunstâncias em que é desencadeada a aplicação de um direito da União, interpretado de modo conforme à Carta. No mesmo sentido, cabe ao órgão jurisdicional nacional — que é o único competente para avaliar os factos — efetuar a necessária apreciação detalhada desses factos e determinar, com base nessa orientação, se o direito da União assim interpretado se opõe à aplicação da medida nacional. Deste modo, o órgão jurisdicional nacional efetua o mesmo exercício em relação à alegação de que «de outro modo os meus direitos fundamentais serão violados» que está habituado a realizar quando aprecia uma alegação semelhante nos termos da CEDH à luz da jurisprudência do TEDH.

D – *Diretiva 2004/38*

67. A Diretiva 2004/38 aplica o artigo 21.º, n.º 1, TFUE. Destina-se a facilitar e a reforçar o exercício desse direito fundamental e individual de circular e de residir [34]. Segundo jurisprudência assente, tal regulamentação de direito derivado não pode ser interpretada de modo restritivo [35] e as suas disposições «[…] não devem [de qualquer modo] ficar privadas do seu efeito útil» [36].

68. Apenas os titulares na aceção do artigo 3.º de Diretiva 2004/38 podem prevalecer-se dos direitos de livre circulação e residência ao abrigo dessa diretiva. Tais titulares podem ser cidadãos da União ou os membros das suas famílias definidos no artigo 2.º, n.º 2 [37].

33 — O artigo 52.º, n.º 3, da Carta refere que: «Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela [CEDH], o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos [pela CEDH]». Contudo, o artigo 52.º, n.º 3, «não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla».

34 — Acórdão McCarthy (já referido na nota 6, *supra*, n.º 28 e jurisprudência aí referida).

35 — Acórdão Eind (já referido na nota 4, *supra*, n.º 43 e jurisprudência aí referida).

36 — Acórdão de 25 de julho de 2008, Metock e o. [C-127/08, Colet., p. I-6241, n.º 84, onde é feita referência ao acórdão Eind (já referido na nota 4, *supra*, n.º 43)].

37 — Artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38.

69. Contudo, embora a Diretiva 2004/38 seja aplicável a categorias definidas de membros da família de um cidadão da União e independentemente de estes já terem residido de forma legal, ou não, noutro Estado-Membro [38] ou sequer de terem residido num Estado-Membro [39], os seus direitos são adquiridos através do seu estatuto de membros da família do cidadão da União em causa [40]. São, nesse sentido, automáticos [41]. Por conseguinte, o cidadão da União com quem partilham laços familiares deve, em primeiro lugar, ser abrangido pelo âmbito de aplicação dessa diretiva.

70. Não é contestado que O, B, S e G são membros da família na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alíneas a) e d) da Diretiva 2004/38. Esse facto é suficiente: não é necessário demonstrar que, de outro modo, se produziria um efeito restritivo nos direitos de livre circulação e de residência da cidadania da União, para estabelecer que, se a Diretiva 2004/38 for aplicável, eles têm um direito derivado de residência [42]. O problema é outro.

71. O artigo 3.º, n.º 1, é aplicável a todos cidadãos da União «que se desloquem *ou* residam» num Estado-Membro diferente do Estado-Membro de que se é nacional [43]. Para residir num Estado-Membro, um cidadão da União que não nasceu aí deve normalmente deslocar-se [44]. Em contrapartida, a deslocação para um Estado-Membro é possível sem residir nesse Estado. Nesse caso, o cidadão da União exerce apenas o seu direito de livre circulação e não o de residência, e apenas se aplicam as disposições da Diretiva 2004/38 relativas à saída e à entrada. Em princípio, o direito da União não confere aos nacionais de países terceiros um direito de residência num Estado-Membro se o respetivo membro da família que é um cidadão da União não solicitar ele próprio um direito de residência e não residir nesse Estado-Membro [45]. Existe, assim, um elemento de paralelismo entre os direitos do cidadão da União e os direitos derivados dos membros da sua família.

72. Os nacionais de países terceiros só podem reclamar um tal direito no Estado-Membro de acolhimento quando acompanhem ou se reúnam ao cidadão da União que exerce o direito de residir nesse território em conformidade com as condições previstas nos artigos 6.°, n.º 1, 7.°, n.º 1, ou 16.°, n.º 1, da Diretiva 2004/38 [46].

73. O artigo 3.º, n.º 1, não estabelece nenhuma distinção em função da finalidade do exercício dos direitos de livre circulação e de residência, embora as condições de exercício dos direitos de residência superior a três meses possam diferir consoante o cidadão da União seja, ou não, um trabalhador migrante assalariado ou não assalariado [47]. Com efeito, a própria finalidade da Diretiva 2004/38 consistiu em remediar a anterior abordagem fragmentada desses direitos, mantendo simultaneamente certos benefícios para os cidadãos da União que exercem atividades económicas noutro Estado-Membro [48].

38 — Acórdão Metock e o. (já referido na nota 36, *supra*, n.ºs 54, 58, 70 e 80). No acórdão Metock e o., o Tribunal de Justiça reconsiderou a sua posição no acórdão Akrich (já referido na nota 9, *supra*,. n.º 58). O acórdão Metock e o. foi posterior à decisão de B de se transferir para Marrocos, mas, em todo o caso, B e a requerente do reagrupamento B ainda não estavam casados nessa altura. V. n.º 27, *supra*.

39 — *Ibidem* (n.º 49).

40 — Acórdão Dereci (já referido na nota 19, *supra*, n.º 55), e, em relação aos cônjuges, acórdão McCarthy (já referido na nota 6, *supra*, n.º 42 e jurisprudência aí referida).

41 — V. também n.º 48, *supra*.

42 — Acórdão Iida (já referido na nota 18, *supra*, n.º 57). V. também n.º 48, *supra*.

43 — Sublinhado meu.

44 — Também é possível nascer no Estado-Membro A e jamais ter saído do mesmo, mas nunca ter outra nacionalidade para além da nacionalidade do Estado-Membro B [v., por exemplo, Catherine Zhu no acórdão de 19 de outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, Colet., p. I-9925)], mas essa não é uma situação comum.

45 — Compare-se, por exemplo, com o acórdão Iida (já referido na nota 18, *supra*, n.º 64).

46 — Acórdão Iida (já referido na nota, 18 *supra*, n.º 64 e a jurisprudência aí referida). No n.º 51 (e na jurisprudência aí referida), o Tribunal de Justiça considerou que os direitos derivados de entrada *e* residência dependem de o cidadão da União ter «exercido o seu direito de livre circulação ao *estabelecer-se* num Estado-Membro diferente daquele de que é nacional».

47 — V. artigos 7.°, n.º 1, e 16.°, n.º 1, da Diretiva 2004/38.

48 — V. considerandos 4 e 19 da Diretiva 2004/38.

74. Seja como for, a redação do artigo 3.º, n.º 1, delimita o âmbito de aplicação da Diretiva 2004/38 em relação à direção em que os cidadãos da União se deslocam: para um Estado-Membro que não aquele de que são nacionais [49].

75. Por conseguinte, em princípio, os cidadãos da União que tenham sempre residido no respetivo Estado-Membro de origem e nunca tenham feito uso dos seus direitos de livre circulação não podem ser «titulares» na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38 [50]. Consequentemente, também não podem ser titulares os membros das suas famílias.

76. Nenhum dos requerentes do reagrupamento nos processos em apreços se encontra nessa situação. Todos eles exerceram pelo menos alguma forma do direito de livre circulação.

77. Em termos gerais, os cidadãos da União podem deslocar-se em três direções dentro da União Europeia: (i) entre dois Estados-Membros dos quais não são nacionais; (ii) do Estado-Membro de origem para outro Estado-Membro e (iii) de outro Estado-Membro de volta para o Estado-Membro de origem. Podem, obviamente, deslocar-se diversas vezes e em diferentes direções [51].

78. É claro que a Diretiva 2004/38 é aplicável às deslocações (i) e (ii). Nessas circunstâncias, um nacional de um país terceiro que é membro da família do cidadão da União (que se deslocou numa das duas direções) tem o direito de acompanhar ou de se reunir a esse cidadão da União [52].

79. No entanto, não se aplica à deslocação (iii). Embora esteja firmemente convencido de que um cidadão da União (e quaisquer membros da família nacionais de um país terceiro) que tenha beneficiado de proteção ao abrigo da Diretiva 2004/38 não deveria ser privado dessa proteção quando se desloca uma segunda vez [53], uma conclusão diferente sobre o âmbito de aplicação da própria Diretiva 2004/38 implicaria a eliminação da expressão «que não aquele de que são nacionais» contida no artigo 3.º, n.º 1.

80. Acrescento que, se o legislador tivesse pretendido englobar a deslocação (iii), teria de redigir disposições pormenorizadas que regulassem essa situação. Tais disposições não existem.

81. No acórdão McCarthy, o Tribunal de Justiça disse quase o mesmo quando declarou que «a Diretiva 2004/38 [...] não se pode aplicar a um cidadão da União que goze do direito de residência incondicional em razão do facto de residir no Estado-Membro da sua nacionalidade» [54]. No acórdão Iida, a advogada-geral V. Trstenjak considerou que a Diretiva 2004/38 «não [abrangia], de modo algum, o presente caso relativo ao direito de residência do nacional de um país terceiro no Estado-Membro de origem do cidadão de União» [55], muito embora não parecesse excluir totalmente a possibilidade de uma resposta diferente, noutras circunstâncias [56].

49 — Não vejo qualquer motivo para concluir que, apesar da redação do artigo 3.º, n.º 1, os redatores tivessem pretendido alargar o âmbito de aplicação da Diretiva 2004/38 ao referirem-se, noutras disposições, ao «Estado-Membro de acolhimento» ou a «outro Estado-Membro».

50 — V. acórdão McCarthy (já referido na nota 6, *supra*, n.º 39), e acórdão Dereci (já referido na nota 19, *supra*, n.º 54).

51 — Circunstâncias mais específicas poderiam envolver, por exemplo, cidadãos da União com nacionalidade dupla e que se deslocam entre os Estados-Membros de que são nacionais.

52 — Acórdão Iida (já referido na nota 18, *supra*, n.º 64 e jurisprudência aí referida).

53 — V. n.º 95, *infra*.

54 — Acórdão McCarthy, já referido na nota 6, *supra*, n.º 34, e ainda n.º 37. V. também n.ºs 28 e 29 das conclusões da advogada-geral J. Kokott apresentadas em 25 de novembro de 2010.

55 — Conclusões da advogada-geral V. Trstenjak apresentadas em 15 de maio de 2012 no processo Iida, já referido na nota 18, *supra*, em especial n.ºs 48 e 54.

56 — V., por exemplo, n.º 47 das suas conclusões no processo Iida, já referido na nota 18, *supra*.

82. É verdade que, no acórdão Singh [57], o Tribunal de Justiça reconheceu direitos de residência derivados aos membros da família de um trabalhador migrante que regressa [ao Estado de origem], com base no artigo 52.º do Tratado CEE (atual artigo 59.º TFUE) e na Diretiva 73/148 [58] (revogada e substituída pela Diretiva 2004/38 [59]). A Diretiva 73/148, tal como a Diretiva 2004/38, não previa a circunstância de uma pessoa regressar ao Estado-Membro de que era nacional; e o raciocínio do Tribunal de Justiça parece basear-se exclusivamente nas disposições do Tratado e não nessa diretiva. Em meu entender, esta decisão é especialmente relevante para a análise do artigo 21.º TFUE [60].

83. Uma vez que a Diretiva 2004/38 não é aplicável, a situação de O, B, S e G e dos respetivos requerentes do reagrupamento deve ser considerada ao abrigo dos Tratados. Se resultar dessa análise que aos membros da família nacionais de um país terceiro devem ser reconhecidos direitos derivados para que os cidadãos da União possam exercer efetivamente os seus direitos de livre circulação ao abrigo do artigo 21.º TFUE, será depois adequado aplicar no Estado-Membro de origem o tratamento mínimo garantido pela Diretiva 2004/38 nos Estados-Membros de acolhimento [61].

E – *Artigo 21.º TFUE*

1. Direitos de residência derivados no Estado-Membro de origem

84. Nos termos do artigo 21.º, n.º 1, TFUE (e sem prejuízo das medidas adotadas em sua aplicação), os Estados-Membros devem permitir aos cidadãos da União que não sejam seus nacionais circular e permanecer no seu território com os respetivos cônjuges e eventualmente outros membros da família que não sejam cidadãos da União.

85. Nos processos em apreço, os Países Baixos *recusam*, no essencial, a concessão, ao abrigo do direito da União, de direitos de permanência a nacionais de um país terceiro, membros da família *próprios nacionais seus* em circunstâncias em que, ao abrigo do direito da União, é em princípio *exigido* conceder tais direitos a nacionais de um país terceiro, membros da família de cidadãos da União *que são nacionais de outros Estados-Membros*.

86. É, portanto, curioso que um Estado-Membro deseje tratar os seus próprios nacionais de um modo menos favorável do que outros cidadãos da União (que, exceto pela sua nacionalidade, podiam estar em circunstâncias idênticas ou semelhantes). De tal forma que, ao recusar a permanência, é possível que esse Estado-Membro corra o risco de, na realidade, «expulsar» os seus próprios nacionais, obrigando-os a deslocar-se para outro Estado-Membro onde o direito da União lhes garante a possibilidade de permanecerem com os membros da sua família ou até a abandonar a União Europeia. Uma tal medida é dificilmente compatível com a solidariedade que se presume existir nas relações entre um Estado-Membro e os seus próprios nacionais. Também é difícil conciliá-la com o princípio da cooperação leal que, a meu ver, é aplicável entre Estados-Membros, tal como é aplicável entre os Estados-Membros e a União [62].

87. No entanto, as observações escritas e orais apresentadas nos presentes processos mostram que um número considerável de Estados-Membros considera que o direito da União não se opõe a que façam exatamente isso.

57 — Referido na nota 3, *supra*.

58 — Diretiva 73/148/CEE do Conselho, de 21 de maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços (JO L 172, p. 14).

59 — V. artigo 38.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38.

60 — V. n.os 91 a 96, *infra*.

61 — V. n.os 91 a 97 e 110 e 111, *infra*.

62 — Artigo 4.º, n.º 3, TUE, nos termos do qual «[e]m virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados».

88. Uma reação simples a este argumento seria a de que, nos termos do artigo 21.º, n.º 1, TFUE, os Estados-Membros não podem limitar o direito dos cidadãos da União de circular e permanecer livremente no território da União Europeia. Ou, como afirmou o advogado-geral F. G. Jacobs, «sem prejuízo das limitações referidas [nesse] próprio artigo […], não pode ser imposto um ónus injustificado» [63].

89. Esse mesmo princípio é aplicável aos cidadãos da União que pretendem exercer o direito de livre circulação que casam com um nacional de um país terceiro. Esse casal desejará frequentemente (talvez, normalmente) exercer o seu direito à vida familiar na proximidade física um do outro. Se não lhes for permitido viver juntos no Estado-Membro de que é nacional o cidadão da União (para o qual este regressa depois de ter estado no território de outro Estado-Membro ou a partir do qual exerce direitos de livre circulação), ou não vivem juntos ou são obrigados a permanecer noutro país. Poderiam transferir-se para um país fora da União Europeia, o que lhes permitiria residir legalmente juntos; ou poderiam deslocar-se para outro Estado-Membro da União e invocar a Diretiva 2004/38. No primeiro caso, o cidadão da União é efetivamente privado da sua cidadania da União porque esse estatuto tem uma importância limitada fora da União Europeia [64]. No segundo caso, poder-se-ia dizer que a medida incrementa a circulação. Porém, embora facilitar a livre circulação seja efetivamente um objetivo previsto no artigo 21.º, n.º 1, TFUE, impor a livre circulação não o é. Ora, aos cidadãos da União é garantido o direito de circular e permanecer *livremente* na União Europeia. Se uma medida é suscetível de afetar a liberdade de escolha do cidadão da União de exercer esse direito, trata-se de uma restrição que, salvo justificação, é contrária ao artigo 21.º, n.º 1, TFUE.

90. Na minha opinião, o mesmo raciocínio é aplicável quando estão em causa outros membros da família próximos (por exemplo sogros, como no caso de S), desde que se demonstre que, de outro modo, o cidadão da União deslocar-se-á para outro Estado com a sua família (incluindo esses outros membros da família) para poder viver com eles, ou deixará de exercer direitos de livre circulação.

91. O Tribunal de Justiça já aplicou este critério em casos em que um cidadão da União exerceu direitos de livre circulação e permanência e regressa para residir no Estado-Membro de origem (acórdãos Singh e Eind), ou exerceu direitos de livre circulação e continuou a residir no Estado-Membro de origem (acórdão Carpenter [65], proferido depois do acórdão Singh [66] mas antes do acórdão Eind [67]). No essencial, as primeiras duas decisões mostram [68] que, sempre que um cidadão da União se deslocou *e* residiu noutro Estado-Membro, os membros da família podem acompanhá-lo ou reunir-se a ele no Estado-Membro de origem em condições que não podem ser menos favoráveis às aplicáveis ao abrigo do direito da União, no Estado-Membro de acolhimento.

92. S. Singh e R. Eind tinham-se deslocado e residiam, enquanto trabalhadores migrantes, num Estado-Membro diferente do Estado-Membro de que eram nacionais. Cada um deles regressou ao seu próprio Estado-Membro. S. Singh tornou-se trabalhador não assalariado; R. Eind não trabalhava. Cada um deles tinha um membro da família que era nacional de um país terceiro que tinha vivido consigo no Estado-Membro de acolhimento e que pretendia viver consigo no Estado-Membro de origem.

63 — Conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs apresentadas em 20 de novembro de 2003 no processo Pusa (C-224/02, Colet., p. I-5763, n.º 22).

64 — Essa privação extrema de um direito essencial da cidadania é tratada pelo acórdão Dereci que reformula o princípio do acórdão Ruiz Zambrano (já acima referidos os dois acórdãos na nota 19). Por uma questão de clareza, recordo que determinadas disposições, como o artigo 20.º, n.º 2, alínea c), TFUE (proteção diplomática num país terceiro) conferem direitos aos cidadãos da União que podem ser gozados fora do território da União Europeia.

65 — Já referido na nota 16, *supra*.

66 — Já referido na nota 3, *supra*.

67 — Já referido na nota 4, *supra*.

68 — Analisarei o acórdão Carpenter (já referido na nota 16, *supra*, a seguir, no n.º 113 e segs.).

93. O Tribunal de Justiça decidiu que, ao regressar ao Estado-Membro de que era nacional, S. Singh devia beneficiar de condições pelo menos equivalentes às condições de que teria beneficiado no Estado-Membro de acolhimento de onde se tinha transferido [69]. Um membro da família podia, assim, acompanhá-lo no Estado-Membro de origem, nas mesmas condições que as previstas na legislação da Comunidade Europeia que foi substituída pela Diretiva 2004/38 [70].

94. No acórdão Singh, o Tribunal de Justiça deu pouca atenção expressa ao direito ao respeito da vida familiar, embora o seu raciocínio fosse o de que se um cidadão da União for impedido de exercer esse direito de viver com a mulher e os filhos quando regressa ao Estado-Membro de que é nacional, poderá ser dissuadido de exercer as liberdades fundamentais de entrar e residir no território de outro Estado-Membro (o chamado «efeito dissuasivo») [71]. No acórdão Eind, o Tribunal de Justiça foi mais explícito no seu reconhecimento de que os obstáculos ao reagrupamento familiar são suscetíveis de se traduzirem em obstáculos ao direito de livre circulação dos cidadãos da União [72]. Ao contrário do acórdão Singh (que foi proferido em 1992), o acórdão Eind, que é de 2007, é posterior à introdução da cidadania da União.

95. Por conseguinte, um cidadão da União adquire o direito de ser acompanhado ou de que se lhe reúna um grupo definido de membros da família quando exerça direitos de livre circulação e permanência. É provável que o facto de saber que perderá esse direito quando regressar ao Estado-Membro de origem o dissuada, desde logo, de se deslocar, ou lhe imponha limitações ao que poderá fazer depois da primeira deslocação. Para o efeito, não é relevante que, antes da primeira deslocação, o membro da família não tivesse beneficiado de um direito de permanência no Estado-Membro de origem: A Diretiva 2004/38 garante que os cidadãos da União podem residir, depois da segunda deslocação, com membros da família que residiam com eles antes da primeira deslocação, que se reúnam a eles de fora da União Europeia ou que se tornaram membros da família depois da primeira deslocação [73]. Por esse motivo, o Estado-Membro de origem não pode dar aos seus próprios nacionais que regressam para residir no seu território um tratamento menos favoravelmente do que o tratamento de que beneficiavam enquanto cidadãos da União no Estado-Membro de acolhimento. O que interessa é o tratamento a que *tinha direito* um cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento. O tratamento de que o cidadão da União *beneficiou* efetivamente não é importante [74]. Porque, depois da primeira deslocação, os direitos ao abrigo do direito da União são «passados» e permanecem com o cidadão da União quando este regressa ao Estado-Membro de origem, as condições e limitações previstas na Diretiva 2004/38 também são indiretamente aplicáveis aos cidadãos da União que regressam ao Estado-Membro de origem.

2. Definição de residência

96. Se o cidadão da União não fixou residência noutro Estado-Membro, é menos evidente que a recusa aos membros da família, no Estado-Membro de origem, de um direito de residência ao abrigo do direito da União, prejudique os direitos de livre circulação do cidadão da União. Mas o que significa residir noutro Estado-Membro? Esta questão está subjacente à segunda e terceira questões do processo C-456/12.

69 — Acórdão Singh (já referido na nota 3, *supra*, n.os 19 e 23).

70 — *Ibidem* (n.º 21). V., também, acórdão Eind (já referido na nota 4, *supra*, n.º 39), e acórdão de 7 de outubro de 2010, Lassal (C-162/09, Colet., p. I-9217, n.º 59 e jurisprudência aí referida).

71 — N.º 20.

72 — N.os 37 e 44 e jurisprudência aí referida, que inclui uma referência ao acórdão Carpenter, já referido na nota 16, *supra*. V. também acórdão Iida (já referido na nota 18, *supra*, n.º 70).

73 — V., designadamente, acórdão Metock e o. (já referido na nota 36, *supra*, n.os 88, 89 e 92), relativamente à constituição de família após ter exercido o direito de livre circulação.

74 — Tal resulta do modo como o Tribunal de Justiça formulou os n.os 19 e 23 do seu acórdão Singh, já referido na nota 3, *supra*. V. também as passagens do acórdão Metock e o. referidas na nota anterior.

97. A Diretiva 2004/38 estabelece as condições em que um cidadão da União pode residir noutro Estado-Membro sem definir o conceito de «residência». Os Tratados também não contêm uma definição geral. Certos instrumentos de direito secundário definem «residência» para efeitos dessa legislação concreta, referindo-se a noções como «residência normal» [75] ou «residência habitual» [76].

98. A residência tem diferentes funções no direito da União. Em determinados contexto, pode ser utilizado como um critério para determinar a lei aplicável (por exemplo, no direito fiscal e no direito internacional privado) e para evitar o chamado «turismo das prestações sociais» [77]. Noutros, pode constituir a essência de um direito [78] ou um elemento cuja ausência exclui o acesso a uma prestação [79]. Em alguns contextos, é expressamente definido. Noutros, não. Assim, a residência não é um conceito uniforme no direito da União.

99. No contexto do direito da cidadania da União, a residência noutro Estado-Membro, para além de ser um direito, é por vezes uma condição para exercer direitos acessórios associados a esse estatuto (por exemplo, o direito de eleger e de se candidatar nas eleições para o Parlamento Europeu e nas eleições autárquicas [80]), mas também pode ser um requisito que restringe outras liberdades garantidas ao abrigo do direito da União.

100. No acórdão Swaddling, o Tribunal de Justiça declarou que o termo «residência», previsto no artigo 1.º, alínea h), do Regulamento n.º 1408/71 [81] significava «residência habitual» e sugeriu que possuía, assim, um alcance ao nível do direito da União [82]. O Tribunal de Justiça interpretou a expressão «Estado-Membro em que residam» como o local «no qual também se encontra o centro habitual dos seus interesses», que deve ser determinado tomando em consideração a situação familiar do trabalhador, as razões que o levaram a deslocar-se, a duração e a continuidade da sua residência, o facto de dispor, eventualmente, de um emprego estável e a intenção de trabalhar, tal como resulta de todas as circunstâncias» [83]. Ao dizer isto, o Tribunal de Justiça indicou que o entendimento adequado da questão de saber se uma pessoa é ou não residente não se deve basear, num único fator mas sim numa série de elementos que permitam no seu conjunto avaliar e classificar a situação de um indivíduo como residência ou não.

101. Noutras áreas do direito da União, o Tribunal de Justiça enunciou um entendimento semelhante de residência: é o lugar onde uma pessoa tem o centro habitual ou normal dos seus interesses e deve ser determinado à luz dos factos em questão, o que inclui elementos objetivos e subjetivos [84].

75 — V., por exemplo, artigo 7.º da Diretiva 83/182/CEE do Conselho, de 28 de março de 1983, relativa às isenções fiscais aplicáveis na Comunidade, em matéria de importação temporária de certos meios de transporte (JO L 105, p. 59), conforme alterada.

76 — V., por exemplo, Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social (JO L 166, p. 1), conforme alterada em diversas ocasiões; Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) (JO L 177, p. 6); Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II») (JO L 199, p. 40) e Diretiva 2009/138/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II) (JO L 335, p. 1).

77 — V., por exemplo, acórdão de 15 de maio de 2013, Wencel (C-589/10 n.ºs 48 a 51), sobre a possibilidade de ter dois lugares de residência habitual ao abrigo do Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho, de 14 de junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade (JO L 149, p. 2; EE 05 F1 p. 98), que foi revogado pelo Regulamento (CE) n.º 883/2004.

78 — V., por exemplo, Diretiva 2004/38.

79 — V., por exemplo, acórdão de 9 de outubro de 1984, Witte/Parlamento (188/83, Recueil, p. 3465, n.ºs 8 a 11) sobre a concessão de um subsídio de expatriação.

80 — V. artigo 22.º TFUE.

81 — Referido na nota 77, *supra*.

82 — Acórdão de 25 de fevereiro de 1999 (C-90/97, Colet., p. I-1075, n.º 28).

83 — *Ibidem* (n.º 29 e a jurisprudência aí referida).

84 — V., por exemplo, acórdãos de 17 de fevereiro de 1977, Di Paolo (76/76, Recueil, p. 315, Colet., p. 131); e de 8 de julho de 1992, Knoch (C-102/91, Colet., p. I-4341). V., também, as conclusões apresentadas pelo advogado-geral A. Saggio no processo Swaddling (já referido na nota 82, *supra*, n.º 17). V. também, designadamente, acórdãos de 23 de abril de 1991, Ryborg (C-297/89, Colet., p. I-1943, n.ºs 24 e 25), e de 12 de julho de 2001, Louloudakis (C-262/99, Colet., p. I-5547, n.º 55).

102. Não penso que a residência exija a permanência física constante no território de um único Estado-Membro (a terceira questão no processo C-456/12). Caso contrário, só se poderia considerar residente num Estado-Membro uma pessoa que não tivesse exercido o direito de livre circulação (por definição, antes de se deslocar, a pessoa deve ter residido noutro lugar) [85]. É razoável, contudo, exigir uma presença preponderante.

103. Também não penso que a questão de saber se um cidadão da União fixou residência noutro Estado-Membro dependa do facto de este ser o seu único lugar de residência. Em muitos casos, o exercício do direito de permanecer livremente na União Europeia implica uma mudança de residência de um Estado-Membro para outro, sem manter qualquer ligação significativa com o lugar de residência anterior. Noutros casos, no entanto, haverá interesse, por diversas razões, em manter ligações importantes.

104. Desde que os cidadãos da União satisfaçam o critério de fixação da residência num Estado-Membro, é irrelevante se mantêm alguma forma de residência noutro lugar [86]. Não existe nenhuma regra geral de direito da União nos termos da qual a residência num Estado-Membro exclua a residência simultânea noutro Estado-Membro [87]. Isso também parece estar implícito nas disposições da Diretiva 2004/38 que sujeitam a residência por mais de três meses à condição de um cidadão da União exercer uma atividade assalariada ou não assalariada e dispor de recursos suficientes a fim de não se tornar uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento. Em contrapartida, deve haver solidariedade plena (quando a condição dos «recursos suficientes» deixa de ser aplicável) em relação aos residentes permanentes [88].

105. Embora os cidadãos da União que não sejam trabalhadores migrantes assalariados ou não assalariados no Estado-Membro de acolhimento tenham que demonstrar que dispõem de recursos suficientes, a Diretiva 2004/38 é neutra no que diz respeito às fonte(s) desses recursos, que podem, por conseguinte, ser provenientes de atividades ou interesses situados noutro lugar dentro ou fora da União Europeia. Se assim não fosse, haveria uma limitação flagrante das liberdades fundamentais.

106. É relevante se um cidadão da União se deslocou inicialmente para o Estado-Membro de acolhimento para exercer um direito económico e se regressou ao Estado-Membro de origem para exercer aí uma atividade económica?

107. Penso que não.

108. R. Eind deslocou-se dos Países Baixos para o Reino Unido para o exercício nesse país de uma atividade económica; quando regressou aos Países Baixos, não trabalhava. Não obstante, a sua filha pôde instalar-se com ele nos Países Baixos, embora sujeita às condições previstas no Regulamento n.º 1612/68 relativamente à residência dos descendentes de um trabalhador migrante [89]. Era esse o tratamento a que R. Eind tinha direito no Reino Unido e, no seu regresso aos Países Baixos, não podia perdê-lo.

85 — Para evitar este paradoxo lógico, a maior parte dos critérios da residência legal especificam um período «mínimo» de presença que é fixo (e, portanto, necessariamente arbitrário) antes de ser obtida a residência. Contudo, não existe nenhuma diferença objetiva entre a presença no dia anterior e a presença no dia posterior ao da obtenção desse número mágico.

86 — V., designadamente, acórdão Di Paolo (já referido na nota 84, *supra*, n.os 17 e 21).

87 — Por exemplo, os Estados-Membros nunca consideram que uma pessoa não pode ser residente fiscal no seu território só porque é (também) residente fiscal noutro território.

88 — V. artigo 16.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38.

89 — Acórdão Eind (já referido na nota 4, *supra*, n.os 38 e 39). O Regulamento n.º 1612/68 foi alterado pela Diretiva 2004/38 e revogado pelo Regulamento n.º 492/2011.

109. Assim, um cidadão da União pode exigir no Estado-Membro de origem um tratamento não menos favorável do que aquele a que tinha direito como trabalhador assalariado ou não assalariado no Estado-Membro de acolhimento. O facto de já não exercer uma atividade económica não altera esse direito. Nem o facto de que o cidadão da União não tinha um estatuto de trabalhador assalariado ou não assalariado no Estado-Membro de acolhimento, porque os direitos de livre circulação e permanência do cidadão da União já não dependem do exercício de uma atividade económica. Porém, as condições em que os membros da sua família podem residir no Estado-Membro de acolhimento podem variar [90].

110. Não me convence o argumento de que um cidadão da União (seja ou não um trabalhador migrante assalariado ou não assalariado) deve ter residido noutro Estado-Membro por um período consecutivo de pelo menos três meses ou outro período «significativo» para que os membros da sua família que são nacionais de um país terceiro possam beneficiar, no Estado-Membro de origem, de direitos de residência resultantes do direito da União (o objeto da segunda questão no processo C-456/12). Esse argumento pressupõe que a separação forçada de um membro da família, como um cônjuge, não dissuadirá o cidadão da União que deseja deslocar-se e fixar residência temporariamente noutro Estado-Membro do exercício dos seus direitos de livre circulação e residência. Não encontro motivos para que, nessas circunstâncias, o cidadão da União deva ser obrigado a sacrificar temporariamente o seu direito à vida familiar (ou, dito de um modo ligeiramente diferente, estar disposto a pagar esse preço a fim de poder mais tarde invocar o direito da União no próprio Estado-Membro de que é nacional). De facto, ao abrigo da Diretiva 2004/38, os membros da família podem acompanhar imediatamente o cidadão da União para o Estado-Membro de acolhimento. A Diretiva 2004/38 não sujeita o benefício desse direito derivado a um período mínimo de residência do cidadão da União. As condições aplicáveis aos dependentes, essas sim, variam consoante a duração da residência no território.

111. A duração da estadia de um cidadão da União noutro Estado-Membro é (obviamente) um critério quantitativo pertinente. Contudo, considero que este não pode ser aplicado como um limiar absoluto para decidir quem exerceu ou não direitos de residência e pode, portanto, ser reunido ou acompanhado [91] por membros da sua família. É um dos critérios que devem ser tomados em consideração.

3. Livre circulação sem residência

112. E se um cidadão da União se deslocar para um Estado-Membro que não aquele de que é nacional, mas não fixar aí residência? Os membros da sua família nacionais de um país terceiro podem nesse caso reunir-se a esse cidadão no Estado-Membro de que é nacional e onde reside? É este o cerne da primeira e segunda questões no processo C-457/12.

113. O raciocínio desenvolvido nos acórdãos Singh [92] e Eind [93] não abrange esta situação (não se deixa o Estado-Membro de acolhimento de residência para regressar ao Estado-Membro de origem). No entanto, o acórdão Carpenter [94] já mostra que podem estar disponíveis direitos de residência derivados no Estado-Membro da nacionalidade e da residência para os membros da família nacionais de um país terceiro de cidadãos da União que exerçam liberdades do mercado único (por exemplo, prestar serviços) mas *não* transfiram o seu local de residência para outro Estado-Membro.

90 — V. n.os 135 a 142, *infra*.

91 — Com efeito, se o cidadão da União tivesse de residir de forma permanente por um período de x meses antes de poder ter a sua família consigo, só poderia ser «acompanhado» por esta se deixasse o território depois de ter cumprido o período mágico e reentrasse depois levando a sua família consigo, o que não facilitaria muito o exercício dos seus direitos de livre circulação.

92 — Já referido na nota 3, *supra*.

93 — Já referido na nota 4, *supra*.

94 — Já referido na nota 16, *supra*.

114. No acórdão Carpenter, o órgão jurisdicional nacional tinha concluído que a guarda dos filhos e os trabalhos domésticos efetuados por M. Carpenter podiam indiretamente assistir e ajudar o seu cônjuge no exercício do seu direito à livre prestação de serviços noutros Estados-Membros. Isso significava que P. Carpenter podia consagrar mais tempo à sua atividade, uma parte considerável da qual era realizada noutros Estados-Membros [95]. O Tribunal de Justiça decidiu que a recusa de residência a M. Carpenter e, portanto, a separação dos cônjuges Carpenter «prejudicaria a sua vida familiar e, portanto, as condições do exercício de uma liberdade fundamental de P. Carpenter» [96]. Aplicando a fundamentação do acórdão Singh, o Tribunal de Justiça concluiu que essa liberdade não poderia produzir a plenitude dos seus efeitos se existissem obstáculos colocados pelo país de origem de P. Carpenter à entrada e à permanência do seu cônjuge [97].

115. Ao examinar se essa restrição podia ser justificada, o Tribunal de Justiça considerou em seguida que a decisão de expulsão de M. Carpenter constituía uma ingerência no exercício do direito de P. Carpenter ao respeito da sua vida familiar na aceção do artigo 8.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [98].

116. Analisemos o acórdão Carpenter um pouco mais detidamente.

117. O raciocínio desenvolvido pelo Tribunal de Justiça baseia-se na premissa de que havia um nexo causal entre o exercício por P. Carpenter de um direito económico de livre circulação e a residência da sua mulher filipina no Estado-Membro de que era nacional e onde residia o primeiro. A atividade económica assegurava o sustento da sua mulher nacional de um país terceiro. Inversamente, P. Carpenter dependia da sua mulher na medida em que esta cuidava dos seus filhos e realizava os trabalhos domésticos, contribuindo deste modo indiretamente para o seu sucesso [99]. As condições em que era exercido o direito à vida familiar eram, portanto, suscetíveis de afetar o exercício de direitos de livre circulação. A negação a M. Carpenter de um direito de residência no Estado-Membro de que era nacional e onde residia P. Carpenter era suscetível de obrigá-lo a (i) deslocar-se para outro Estado-Membro para permitir à sua mulher reunir-se a ele nesse país (sem prejuízo das condições previstas na Diretiva 2004/38) ou (ii) aceitar a limitação ao seu direito à vida familiar e privar-se da presença da mulher consigo no Estado-Membro de origem, o que afetaria as condições em que exercia a sua liberdade de prestação de serviços noutro Estado-Membro (sem residir nesse Estado). Não se sabe se, de facto, isso levaria à cessação das suas atividades no estrangeiro e essa consideração não foi incluída na fundamentação do Tribunal de Justiça.

118. Qual é a relevância desta análise, em primeiro lugar, para o exercício ativo de direitos de circulação sem residência enquanto trabalhador e, em segundo lugar, para o exercício «passivo» do direito a beneficiar de um serviço?

4. Circulação fronteiriça enquanto trabalhador sem transferência da residência

119. Os cidadãos da União que, sem transferirem residência, exercem o direito de livre circulação no âmbito de uma atividade que contribui para o sustento, ou que os torna dependentes de membros da família, podem, por esse motivo, necessitar que se lhe reúnam determinados membros da família no respetivo Estado-Membro de origem. Nesses casos, a ligação entre residência e o exercício de direitos de livre circulação pode ser bastante visível e fácil de estabelecer. Por exemplo, se for recusada a

95 — N.os 14 e 19.

96 — *Ibidem* (n.º 39).

97 — *Idem.*

98 — *Ibidem* (n.º 41).

99 — O Immigration Adjudicator deu como provado que M. Carpenter contribuía desta maneira indiretamente para o êxito crescente da empresa do seu marido: acórdão Carpenter (já referido na nota 16, *supra*, n.º 18). A advogada-geral C. Stix-Hackl considerou que este facto não era relevante para o direito de residência ao abrigo do direito da União (v. n.os 103 a 105 das suas conclusões). A referência expressa pelo Tribunal de Justiça a este facto indica, a meu ver, a sua discordância com a advogada-geral a este respeito.

residência aos membros da família de um trabalhador transfronteiriço, este último poderá ser dissuadido de trabalhar noutro Estado-Membro ou ser obrigado a mudar de residência e a deslocar-se com a sua família para outro Estado-Membro. O mesmo acontece com os cidadãos da União que dependem de um membro da família porque este último facilita ou permite o seu exercício do direito de livre circulação. Tal decorre diretamente das considerações do Tribunal de Justiça no acórdão Carpenter em relação à prestação «ativa» de serviços a clientes residentes noutro Estado-Membro.

120. Existe uma diferença essencial entre viver no Estado-Membro A e trabalhar para um empregador com sede no Estado-Membro B (a situação do requerente do reagrupamento G), e viver no Estado-Membro A, trabalhar para um empregador que também é residente no Estado-Membro A mas realizar uma atividade que obriga o trabalhador a deslocar-se a outro Estado-Membro (a situação de requerente do reagrupamento S)? Este problema resulta da matéria de fundo das duas questões prejudiciais no processo C-457/12.

121. Penso que não. Nos dois casos, a atividade do trabalhador obriga-o a atravessar fronteiras em execução do seu contrato de trabalho. Não pode simultaneamente conservar o seu emprego e não sair do Estado-Membro de origem. A questão seguinte é esta: a limitação da presença do membro da família nacional de um país terceiro no Estado-Membro de acolhimento impede o trabalhador de atravessar a fronteira em execução do seu contrato de trabalho ou faz com que isso seja muito mais difícil? Pode suceder que, no caso concreto, não faça nenhuma diferença para o exercício do direito de livre circulação. Se, porém, a capacidade de o trabalhador executar o contrato for consideravelmente prejudicada no caso de não poder contar com o apoio proporcionado pelo membro da família nacional de um país terceiro (ou se o trabalho transfronteiriço se tornar realmente impossível), o exercício efetivo de direitos de livre circulação pelo cidadão da União dita a concessão ao membro da família, nacional de um país terceiro, de direitos de residência derivados no Estado-Membro de origem, ao abrigo do direito da União.

122. A questão de saber se o membro da família, nacional de um país terceiro, pode reclamar um tal direito no Estado-Membro de origem do cidadão da União depende das mesmas três variáveis que constituíram inicialmente o fundamento da constituição dos direitos derivados para os nacionais de países terceiros ao abrigo do direito da União. São estas:

— A ligação familiar com o cidadão da União;

— O exercício de direitos de livre circulação pelo cidadão da União e

— O nexo causal entre a residência do nacional de um país terceiro e o exercício de direitos de livre circulação pelo cidadão da União.

123. A avaliação desses critérios não pode conduzir automaticamente a uma simples resposta «sim» ou «não». A magnitude de qualquer limitação do direito de livre circulação pode variar consideravelmente dependendo, por exemplo, da proximidade da ligação familiar. Ao mesmo tempo, a relevância dessa ligação e dependência para a escolha pelo cidadão da União do exercício ou não do direito de livre circulação também pode variar consideravelmente. A limitação dessa escolha existe se for demonstrado que é plausível que a recusa da permanência ao membro da família, nacional de um país terceiro, obrigue o cidadão da União a deslocar-se, a cessar a deslocação ou a abandonar a probabilidade real de se deslocar.

5. Gozo da liberdade «passiva» de beneficiar de um serviço noutro Estado-Membro sem se transferir para esse Estado

124. Este é o cerne da primeira questão no processo C-456/12.

125. No âmbito da aplicação do direito da União, deve ser garantido a todos os cidadãos da União o mesmo nível de proteção das suas liberdades fundamentais e o direito à vida familiar. Um cidadão da União que se desloca a outro Estado-Membro para aí beneficiar de um serviço, seja que serviço for, é abrangido pelo direito da União [100]. Contudo, daí não resulta que qualquer exercício do direito de livre circulação para beneficiar de um serviço produza necessariamente, no Estado-Membro de origem, direitos de residência derivados para os membros da família do cidadão da União que são nacionais de um país terceiro. Com efeito, nem toda a recusa de residência constitui uma barreira ao reagrupamento familiar suscetível de limitar o direito fundamental de circulação de um cidadão da União [101].

126. Uma sociedade ou economia sem serviços tornou-se inconcebível [102]. Cada vez mais, os cidadãos da União atravessam as fronteiras para beneficiar de serviços. Para muitos, esse poderá ser o único tipo de direitos de livre circulação que poderão alguma vez exercer: vão de férias, fazem visitas de um dia, encomendam livros *online*, e assim sucessivamente.

127. Contudo, nem todas estas formas de exercício, por um cidadão da União, da liberdade passiva de receber serviços dependem de os membros da família nacionais de um país terceiro serem também residentes no Estado-Membro onde esse cidadão da União reside.

128. Embora a deslocação para outro Estado-Membro para beneficiar de um serviço seja indubitavelmente uma forma de exercício de uma liberdade económica, normalmente não é este tipo de atividade que permite aos cidadãos da União apoiar os respetivos membros da família ou que os torna dependentes deles (possivelmente por causa do custo de oportunidade de exercer o direito de livre circulação). Por estes motivos, os obstáculos à reunificação da família são menos suscetíveis de afetar as considerações que levam um cidadão da União a deslocar-se e/ou a residir noutro lugar.

129. Na maior parte dos casos, os direitos de residência derivados em relação aos membros da família (que podem conduzir a residência permanente) *não* são necessários para um cidadão da União poder beneficiar de um serviço que é essencialmente temporário «não apenas em função da duração da prestação, mas também em função da sua frequência, periodicidade ou continuidade» [103], e que é frequentemente um serviço ao consumidor, pelo qual o cidadão da União paga, mais do que uma atividade que gera receitas.

130. O facto de o serviço poder ser mais agradável quando usufruído com um membro da família é, em si mesmo, insuficiente para estabelecer uma limitação ao direito de livre circulação, pois essa consideração não é inerente às razões que levam os cidadãos da União a atravessar as fronteiras para beneficiarem de um serviço (por exemplo, uma refeição num bom restaurante) em vez de ficarem, para esse efeito, no Estado-Membro de que são nacionais e onde residem.

131. Não excluo, no entanto, a possibilidade de, excecionalmente, os direitos de residência derivados do membro da família nacional de um país terceiro poderem ser necessários. Isso seria o caso, em especial, de uma situação em que o cidadão da União se torna dependente de um membro da família devido às próprias circunstâncias que o levaram a atravessar as fronteiras para beneficiar de serviços noutro Estado-Membro. Suponhamos, por exemplo, que um nacional alemão que reside na Alemanha e casou com uma nacional chinesa que não foi autorizada a residir nesse país, adoece e necessita de um tratamento de longa duração. Decide, por razões médicas, receber esse tratamento na Bélgica. Não tenciona mudar de residência e fixar-se nesse país. Necessita, porém, de assistência para viajar regularmente à Bélgica. Também necessita de ajuda para tratar de outras coisas de que já não pode

100 — V., a esse respeito, acórdão de 24 de setembro de 2013, Demirkan (C-221/11, n.os 35 e 36).

101 — V. também, a esse respeito, n.º 5 das conclusões do advogado-geral G. Tesauro no processo Singh, já referido na nota 3, *supra*.

102 — V. também, por exemplo, as conclusões do advogado-geral P. Cruz Villalón no processo Demirkan, já referido na nota 97, *supra*, em especial n.os 49 e 50.

103 — Acórdão de 30 de novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, Colet., p. I-4165, n.º 27).

tratar sozinho. Torna-se dependente de alguém que lhe preste cuidados. Compreensivelmente, deseja que essa pessoa prestadora de cuidados seja a sua mulher de nacionalidade chinesa. Trata-se de uma decisão que pertence à esfera da sua vida privada e familiar; mas está, ao mesmo tempo, relacionada com as condições em que exerce direitos de livre circulação.

6. Deslocação entre Estados-Membros para gozar do direito à vida familiar

132. E se um cidadão da União se deslocar com o único objetivo de exercer o seu direito a uma vida familiar com um membro da família que reside noutro lugar da União Europeia? Poderá o mesmo invocar posteriormente a limitação do exercício da sua liberdade de circulação se não for permitido a esse membro da família, ao abrigo do direito da União, fixar residência legal no Estado-Membro de que é nacional e onde reside o cidadão da União? Estas questões são relevantes para a situação de B e de O (processo C-456/12), que terão ambos atravessado fronteiras para poderem estar com o respetivo parceiro ou cônjuge.

133. Poder-se-ia alegar que, se uma tal medida nacional restritiva tiver a consequência de o cidadão da União fixar residência noutro Estado-Membro, essa é a própria função da cidadania da União e que o exemplo mostra como os direitos de livre circulação podem reforçar o exercício do direito à vida familiar.

134. Contudo, o que está em causa não é saber se uma tal medida nacional tem como consequência (ou permite) que a livre circulação tenha lugar. O que interessa é a *liberdade de escolher entre deslocar-se ou não*. Uma medida que impõe a deslocação limita essa escolha. É, portanto, contrária ao artigo 21.º, n.º 1, TFUE [104].

F – *Que condições regulam o exercício de direitos de residência derivados*

135. Embora as questões do órgão jurisdicional de reenvio incidam na existência de direitos de residência derivados, tais direitos não são incondicionais. O seu exercício pode ser regulado pelos Tratados ou pela legislação adotada em sua aplicação.

136. O artigo 21.º, n.º 1, TFUE refere que o direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros está sujeito às «limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação».

137. Um cidadão da União que se desloca para um Estado-Membro diferente daquele de que é nacional tem o direito de entrar no seu território e residir aí nas condições previstas na Diretiva 2004/38. Em relação à residência até três meses, por exemplo, necessita apenas de ser titular de um bilhete de identidade ou passaporte válido [105]. Isso é aplicável aos membros da família nacionais de um país terceiro que acompanhem ou se reúnam aí ao cidadão da União [106]. Em relação à residência por um período superior a três meses e à residência permanente, vigoram outras condições. Quando, posteriormente, o cidadão da União regressa ao Estado-Membro de origem, deve gozar do direito de ser acompanhado ou de aí se reunir aos membros da família nacionais de um país terceiro em condições não menos favoráveis às aplicáveis, ao abrigo do direito da União, no Estado-Membro de acolhimento.

104 — V., também, n.º 89, *supra*. Recordo que, com base nos factos, não há qualquer sugestão de casamentos de conveniência, de fraude ou de abuso de direito (v. n.º 42, *supra*).

105 — Artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38.

106 — Artigo 6.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38. Naturalmente, ao entrarem no território do Estado-Membro, esses nacionais de países terceiros também necessitam de cumprir as eventuais exigências de visto aplicáveis. V. artigo 5.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38.

138. Suponhamos que um cidadão da União residiu durante dois meses no Estado-Membro de acolhimento e aí se reuniu ao seu cônjuge nacional de um país terceiro. Circunstâncias (eventualmente uma doença grave do pai ou da mãe) obrigam-no a regressar ao Estado-Membro de origem onde tenciona residir com a mulher no futuro previsível. Pode fazê-lo, desde que a mulher preencha as condições pertinentes da Diretiva 2004/38. O facto de esta só ter vivido com ele durante dois meses no Estado-Membro de acolhimento não implica que a duração da sua residência no Estado-Membro de origem do cidadão da União deva ser limitada da mesma forma. Se assim fosse, o cidadão da União poderia ser obrigado a não regressar ao seu próprio Estado-Membro e a continuar a residir noutro lugar na União Europeia com o cônjuge, ou a deixá-la ficar quando regressasse ao Estado-Membro de que é nacional porque ela só podia beneficiar de direitos de residência derivados por um período de dois meses e ele necessitava de permanecer no seu Estado de origem por um período mais longo. Se tivessem permanecido no Estado-Membro de acolhimento, e desde que fossem satisfeitas as condições pertinentes, a sua mulher poderia ter permanecido por mais de três meses e obter aí possivelmente a residência permanente.

139. Por último, o direito derivado de residência caduca se decorrer um lapso de tempo (indefinido) entre o regresso do cidadão da União ao Estado-Membro de origem e a chegada a esse país do membro da família? Este é o problema suscitado na quarta questão no processo C-456/12 (relativo a B).

140. A resposta depende, em meu entender, do motivo pelo qual o cidadão da União e o(s) membro(s) da família não se deslocaram juntos.

141. Nos termos da Diretiva 2004/38, o Estado-Membro de acolhimento não pode recusar a residência a um nacional de um país terceiro com base no tempo decorrido. O seu direito é o de «acompanhar ou reunir-se» ao cidadão da União com quem partilham laços familiares relevantes [107]. Esta redação implica que um lapso de tempo decorrido depois de o cidadão da União ter entrado e fixado residência não pode impedir que o nacional de um país terceiro «se reúna» a ele mais tarde. Com efeito, o Tribunal de Justiça decidiu que a Diretiva 2004/38 não exige que os membros da família dos cidadãos da União entrem no Estado-Membro de acolhimento ao mesmo tempo que o cidadão da União cujo estatuto lhes confere direitos [108].

142. Não considero que a razão do atraso seja relevante. O que interessa é que a decisão de se transferir para residir com um cidadão da União seja tomada no âmbito do exercício do direito à vida familiar. Os cidadãos da União gozam da liberdade de decidir por si próprios como exercer o direito à vida familiar (se assim não fosse, o direito valeria de pouco). Muitos preferem viver com os membros da família; outros poderiam, num determinado momento, ter outras prioridades (que também poderiam mudar com o tempo) ou poderia haver obstáculos práticos a que vivessem juntos de imediato. Em contrapartida, se um membro da família nacional de um país terceiro e um cidadão da União tiverem decidido que já não desejam viver juntos como casal e exercer o direito à vida familiar, não haver um direito derivado de residência para o nacional de um país terceiro.

143. Neste contexto, abordarei agora brevemente o modo como o órgão jurisdicional de reenvio deve analisar as situações de O, B, S e G.

107 — V., por exemplo, artigos 6.°, n.° 2, 7.°, n.° 2, e 16.°, n.° 2, da Diretiva 2004/38. V. também acórdão Eind (já referido na nota 4, *supra*, n.° 38).

108 — V., por exemplo, acórdão Metock e o. (já referido na nota 36, *supra*, n.° 90); despacho de 19 de dezembro de 2008, Sahin (C-551/07, Colet., p. I-10453, n.° 28), e acórdão O e S (já referido na nota 16, *supra*, n.° 54).

G – *O que determina os direitos de residência derivados de O, B, S e G*

1. O

144. A requerente do reagrupamento O deslocou-se dos Países Baixos, casou com O em França e, em seguida, transferiu-se com o marido para Espanha. Se O residisse legalmente em Espanha com a requerente do reagrupamento O como um nacional de um país terceiro que é membro da família de um cidadão da União ao abrigo da Diretiva 2004/38, quando regressa aos Países Baixos para trabalhar e viver, a requerente do reagrupamento O não poderia ser tratada menos favoravelmente do que quando se transferiu para Espanha para fixar aí residência. Daí resulta, se esses factos forem confirmados (o que cabe, naturalmente, ao órgão jurisdicional nacional), que O teria tido direito, ao abrigo do direito da União, a residência legal nos Países Baixos. Esse direito não é incondicional, nem absoluto. Está sujeito às condições e limitações previstas na Diretiva 2004/38 da mesma forma que o seu direito anterior a residência em Espanha.

2. B

145. A requerente do reagrupamento B exerceu direitos de livre circulação e possivelmente fixou residência na Bélgica para aí residir com o seu (à data) parceiro B. (se a requerente do reagrupamento B procurou ou não trabalho na Bélgica não é claro e deve ser averiguado pelo órgão jurisdicional nacional.) No entanto, enquanto mero parceiro, B não estava abrangido pelo artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, não lhe conferindo o direito da União um direito de residência na Bélgica derivado em virtude da presença nesse país da requerente do reagrupamento B. Portanto, a questão de saber se a requerente do reagrupamento B fixou residência na Bélgica não é decisiva para o pedido de B de residência nos Países Baixos.

146. Também não é relevante, para efeitos do artigo 21.º, n.º 1, TFUE que a requerente do reagrupamento B tenha vivido com B ou visitado B em Marrocos depois de casarem, porque essa disposição garante apenas direitos de livre circulação e permanência na União Europeia.

147. De igual modo, não parece haver uma ligação entre a recusa a B da residência nos Países Baixos e o exercício pela requerente do reagrupamento B de direitos garantidos nos termos do artigo 21.º, n.º 1, TFUE. Qualquer forma de exercício desses direitos foi concluída numa altura em que não havia ainda uma ligação familiar entre B e a requerente do reagrupamento B.

148. Porém, o simples lapso de tempo decorrido entre o regresso da requerente do reagrupamento B aos Países Baixos e a chegada de B não afeta a possibilidade de este último beneficiar de um direito derivado de residência, desde que a decisão de se reunir à requerente do reagrupamento B nos Países Baixos tenha sido tomada no exercício do seu direito à vida familiar [109].

3. S

149. O requerente do reagrupamento S não é um «nacional de um Estado-Membro, independentemente do seu lugar de residência e da sua nacionalidade, que tenha exercido o direito de livre circulação dos trabalhadores e que tenha exercido uma atividade profissional noutro Estado-Membro diferente do de residência» [110]. Trabalha no Estado-Membro onde reside e de que é

109 — V. n.os 141 a 142, *supra*.

110 — Acórdão de 13 de dezembro de 2012, Caves Krier Frères (C-379/11, n.º 25 e jurisprudência aí referida).

nacional e quando se desloca à Bélgica e a outros Estados-Membros não acede ao mercado do trabalho desses países [111]. Não é um trabalhador destacado [112], nem atravessa as fronteiras para prestar serviços na Bélgica na aceção do artigo 56.º TFUE. Presumivelmente, é o seu empregador quem presta serviços noutros Estados-Membros por intermédio do requerente do reagrupamento S.

150. Ora, não se pode deixar de observar que o requerente do reagrupamento S exerce o seu direito de livre circulação no âmbito de uma atividade económica (o seu emprego nos Países Baixos), cujos resultados (o que deve ser verificado pelo órgão jurisdicional nacional) contribuem para o bem-estar da sua família. O custo de oportunidade de aceitar este tipo de trabalho é a sua necessidade de assegurar a prestação de cuidados ao seu filho. Cabe ao órgão jurisdicional nacional averiguar se o requerente do reagrupamento necessitaria de assegurar essa prestação de cuidados (e em caso afirmativo, se esta teria a mesma amplitude) se trabalhasse apenas nos Países Baixos.

151. E quanto às outras duas variáveis, acima identificadas [113], a saber a ligação familiar e o nexo causal?

152. No que diz respeito à ligação familiar entre S e o requerente do reagrupamento S, o órgão jurisdicional de reenvio decidiu que S é um membro da família ascendente a cargo na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2004/38. Essa conclusão implica que o órgão jurisdicional nacional considera que o requerente do reagrupamento S sustenta S (no contexto da aceção estrita do Tribunal de Justiça do conceito de «[pessoa] a cargo» ao abrigo da Diretiva 2004/38). Por sua vez, o requerente do reagrupamento S parece depender de S na medida em que esta última cuida do filho durante o período de tempo em que ele exerce direitos de livre circulação no âmbito da respetiva atividade profissional.

153. O Rechtbank, que reviu inicialmente a decisão do Ministro, parece ter considerado que este facto não era pertinente porque tanto a mulher do requerente do reagrupamento S (que também reside nos Países Baixos) como serviços profissionais de acolhimento de crianças podiam cuidar do seu filho.

154. Com base nessas considerações, o órgão jurisdicional de reenvio adotou o entendimento preliminar de que se não fosse permitido a S residir nos Países Baixos, o requerente do reagrupamento S não estaria em situação pior em relação ao exercício de direitos de livre circulação. Para determinar se existe, efetivamente, um nexo causal razoável entre esses dois fatores, o órgão jurisdicional de reenvio terá de averiguar se a recusa de residência a S obrigaria o requerente do reagrupamento S a procurar um emprego alternativo que não envolvesse o exercício de direitos de livre circulação ou a deslocar-se com a sua família, incluindo S, para outro Estado-Membro.

4. G

155. O requerente do reagrupamento G é um trabalhador transfronteiriço e continuou a sê-lo depois do seu casamento no Peru com G, com quem tem filhos. Enquanto cônjuges, G e o requerente do reagrupamento G devem presumir-se dependentes um do outro em termos materiais, legais e afetivos. O emprego do requerente do reagrupamento G noutro Estado-Membro parece ser importante para essa ligação familiar.

111 — Acórdão de 9 de agosto de 1994, Vander Elst (C-43/93, Colet., p. I-3803, n.º 21 e jurisprudência aí referida).

112 — V. artigo 1.º, n.º 3, da Diretiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços (JO L 18, p. 1).

113 — No n.º 122, *supra*.

156. É plausível que a recusa a G da residência nos Países Baixos possa levar o requerente do reagrupamento G, que deseja viver com G, a fixar residência na Bélgica (para poderem residir juntos com base na Diretiva 2004/38) e, assim, tornar-se um trabalhador migrante residente noutro Estado-Membro. Tal constituiria uma limitação do seu direito de escolha de ser um trabalhador transfronteiriço — uma liberdade económica que está, no entanto, garantida nos termos do artigo 45.º TFUE.

157. Se tal recusa o levaria a deixar de trabalhar no estrangeiro é menos certo. Mesmo ignorando o facto de que uma tal decisão se traduziria na perda dos meios através dos quais sustenta a sua família, incluindo G, esse facto não produziria qualquer melhoria na situação de residência de G nos Países Baixos.

V – Nota adicional

158. Independentemente de o Tribunal de Justiça concordar com a minha análise, convido-o a aproveitar a oportunidade que lhe é oferecida por estes dois pedidos de decisão prejudicial para emitir uma orientação clara e estruturada sobre as circunstâncias em que o membro da família, nacional de um país terceiro, de um cidadão da União que reside no Estado-Membro de origem mas que *exerce* os seus direitos de livre circulação, pode invocar um direito derivado de residência no Estado-Membro de origem ao abrigo do direito da União.

VI – Conclusão

159. À luz destas considerações, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões apresentadas pelo Raad van State do seguinte modo:

No processo C-456/12, O:

1) A Diretiva 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 não é diretamente aplicável aos cidadãos da União que regressam ao Estado-Membro de que são nacionais. Porém, o Estado-Membro de que são nacionais esses cidadãos da União não lhes pode conceder um tratamento menos favorável do que aquele que lhes era devido, ao abrigo do direito da União, no Estado-Membro de onde se transferiram para o Estado-Membro de que são nacionais. Consequentemente, a Diretiva 2004/38 estabelece indiretamente o padrão mínimo de tratamento de que devem gozar o cidadão da União que regressa ao Estado-Membro de que é nacional e os membros da sua família.

2) O direito da União não exige que um cidadão da União tenha residido por um período mínimo de tempo noutro Estado-Membro para que os membros da sua família, nacionais de um país terceiro, possam beneficiar de um direito derivado de residência no Estado-Membro de que é nacional e para onde regressa o cidadão da União.

3) Um cidadão da União exerce o seu direito de residência noutro Estado-Membro se fixar nesse Estado-Membro o lugar onde se encontra o centro habitual dos seus interesses. Desde que que, considerados todos os factos relevantes, esse critério seja satisfeito, é irrelevante, nesse contexto, que esse cidadão da União mantenha outra forma de residência noutro lugar ou que a sua presença física no Estado-Membro de residência seja regular ou irregularmente interrompida.

4) Quando decorre um lapso de tempo entre o regresso do cidadão da União ao Estado-Membro de que é nacional e a chegada a esse Estado-Membro do membro da família nacional de um país terceiro, o direito derivado de residência nesse Estado-Membro do membro da família não caduca desde que a decisão de se reunir ao cidadão da União seja tomada no âmbito do exercício do seu direito à vida familiar.

No processo C-457/12, S:

Quando um cidadão da União que reside no Estado-Membro de que é nacional exerce direitos de livre circulação no âmbito da sua atividade profissional, o direito dos membros da sua família, nacionais de um país terceiro, de residirem nesse Estado depende da proximidade da sua ligação familiar ao cidadão da União e da ligação causal entre o lugar da residência da família e o exercício de direitos de livre circulação pelo cidadão da União. Em especial, o membro da família deve gozar de um direito de residência se a recusa desse direito obrigar o cidadão da União a procurar outro trabalho que não envolva o exercício de direitos de livre circulação ou a deslocar-se para outro Estado-Membro. É irrelevante, para o efeito, saber se o cidadão da União é um trabalhador transfronteiriço ou exerce o seu direito de livre circulação em execução de um contrato de trabalho celebrado com um empregador que tem sede no Estado-Membro de que é nacional e onde reside esse cidadão.