



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MELCHIOR WATHELET
apresentadas em 11 de janeiro de 2018¹

Processo C-673/16

**Relu Adrian Coman,
Robert Clabourn Hamilton,
Asociația Accept
contra
Inspectoratul General pentru Imigrări,
Ministerul Afacerilor Interne,
Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional, Roménia)]

«Reenvio prejudicial — Cidadania da União Europeia — Diretiva 2004/38/CE — Artigo 2.º, n.º 2, alínea a) — Conceito de “cônjuge” — Direito dos cidadãos da União de circular e de residir no território da União — Casamento entre pessoas do mesmo sexo — Não reconhecimento do casamento pelo Estado de acolhimento — Artigo 3.º — Conceito de “outro membro da família” — Artigo 7.º — Direito de residência por mais de três meses — Artigos 7.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia»

I. Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial tem por objeto o artigo 2.º, n.º 2, alínea a), o artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, alíneas a) e b), e o artigo 7.º, n.º 2, da 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, 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/CEE².

2. Este pedido proporciona ao Tribunal de Justiça a ocasião de se pronunciar, pela primeira vez, sobre o conceito de «cônjuge» na aceção da Diretiva 2004/38 no contexto de um casamento celebrado entre dois homens. O exercício é delicado, uma vez que, tratando-se do casamento enquanto instituição *jurídica*, no âmbito específico e limitado da livre circulação dos cidadãos da União Europeia, a definição que será adotada do conceito de «cônjuge» afetará, necessariamente, a própria identidade dos homens e das mulheres em causa — e, por conseguinte, a sua dignidade —, mas igualmente a conceção pessoal e social que os cidadãos da União têm do casamento, a qual pode variar de pessoa para pessoa, de um Estado-Membro para outro.

¹ Língua original: francês.

² JO 2004, L 158, p. 77, e retificações JO 2004, L 229, p. 35, e JO 2005, L 197, p. 34.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Carta

3. O artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), sob a epígrafe «Respeito pela vida privada e familiar», dispõe que:

«Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.»

4. Segundo o artigo 9.º da Carta, «[o] direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respetivo exercício.»

5. O artigo 21.º, n.º 1, da Carta proíbe, por sua vez, «a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.»

2. Tratado FUE

6. Nos termos do artigo 21.º TFUE, «[q]ualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação».

3. Diretiva 2004/38

7. Os considerandos 2, 5, 6 e 31 da Diretiva 2004/38 estabelecem que:

«(2) A livre circulação das pessoas constitui uma das liberdades fundamentais do mercado interno que compreende um espaço sem fronteiras internas, no qual a liberdade é assegurada de acordo com as disposições do Tratado.

[...]

(5) 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. Para efeitos da presente diretiva, a definição de “membro da família” deverá incluir igualmente o parceiro registado se a legislação do Estado-Membro de acolhimento considerar as parcerias registadas como equiparadas ao casamento.

(6) A fim de manter a unidade da família numa aceção mais lata e sem prejuízo da proibição da discriminação por motivos de nacionalidade, a situação das pessoas que não são abrangidas pela definição de “membros da família” constante da presente diretiva e que não gozam, por conseguinte, do direito automático de entrada e residência no Estado-Membro de acolhimento, deverá ser analisada pelo Estado-Membro de acolhimento à luz da sua legislação nacional, a fim de decidir se a entrada e residência dessas pessoas podem ser autorizadas, tendo em conta a sua relação com o cidadão da União ou com quaisquer outras circunstâncias, como a sua dependência física ou financeira em relação ao cidadão da União.

[...]

(31) A presente diretiva respeita os direitos e liberdades fundamentais e cumpre os princípios reconhecidos, nomeadamente, na [Carta]. A proibição de discriminação contida na Carta implica que os Estados-Membros darão execução ao disposto na presente diretiva sem discriminação dos seus beneficiários em razão designadamente do sexo, raça, cor, origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, haveres, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.»

8. O artigo 2.º da Diretiva 2004/38, sob a epígrafe «Definições», prevê que:

«Para os efeitos da presente diretiva, entende-se por:

[...]

2) “Membro da família”:

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

[...]»

9. O artigo 3.º da Diretiva 2004/38, sob a epígrafe «Titulares», tem a seguinte redação:

«1. A presente diretiva aplica-se 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.

2. Sem prejuízo de um direito pessoal à livre circulação e residência da pessoa em causa, o Estado-Membro de acolhimento facilita, nos termos da sua legislação nacional, a entrada e a residência das seguintes pessoas:

- a) Qualquer outro membro da família, independentemente da sua nacionalidade, não abrangido pelo ponto 2) do artigo 2.º, que, no país do qual provenha, esteja a cargo do cidadão da União que tem direito de residência a título principal ou que com este viva em comunhão de habitação, ou quando o cidadão da União tiver imperativamente de cuidar pessoalmente do membro da sua família por motivos de saúde graves;
- b) O parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada.

O Estado-Membro de acolhimento procede a uma extensa análise das circunstâncias pessoais e justifica a eventual recusa de entrada ou de residência das pessoas em causa.»

10. O artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2004/38, sob a epígrafe «Direito de residência por mais de três meses», estabelece que:

«1. Qualquer cidadão da União tem o direito de residir no território de outro Estado-Membro por período superior a três meses, desde que:

- a) Exerça uma atividade assalariada ou não assalariada no Estado-Membro de acolhimento; ou
- b) Disponha de recursos suficientes para si próprio e para os membros da sua família, a fim de não se tornar uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período de residência, e de uma cobertura extensa de seguro de doença no Estado-Membro de acolhimento; ou,
- c) Esteja inscrito num estabelecimento de ensino público ou privado, reconhecido ou financiado por um Estado-Membro de acolhimento com base na sua legislação ou prática administrativa, com o objetivo principal de frequentar um curso, inclusive de formação profissional e

disponha de uma cobertura extensa de seguro de doença no Estado-Membro de acolhimento, e garanta à autoridade nacional competente, por meio de declaração ou outros meios à sua escolha, que dispõe de recursos financeiros suficientes para si próprio e para os membros da sua família a fim de evitar tornar-se uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período de residência; ou

- d) Seja membro da família que acompanha ou se reúne a um cidadão da União que preencha as condições a que se referem as alíneas a), b) ou c).

2. O direito de residência disposto no n.º 1 é extensivo aos membros da família de um cidadão da União que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro, quando acompanhem ou se reúnam ao cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento, desde que este preencha as condições a que se referem as alíneas a), b) ou c) do n.º 1.»

B. Direito romeno

11. Segundo o artigo 259.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil:

«1. O casamento é a união, livremente consentida de um homem e de uma mulher, celebrada segundo os requisitos legalmente previstos.

2. O homem e a mulher têm o direito de se casar com vista a constituírem família.»

12. Nos termos do artigo 277.º, n.ºs 1, 2 e 4, do Código Civil:

«1. É proibido o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

2. Os casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados ou contraídos no estrangeiro por cidadãos romenos ou por estrangeiros não são reconhecidos na Roménia. [...]

4. São aplicáveis as disposições legais relativas à livre circulação no território da Roménia dos cidadãos dos Estados-Membros da [União] e do Espaço Económico Europeu continuam.»

III. Factos do litígio no processo principal

13. Relu Adrian Coman é um cidadão romeno que possui igualmente nacionalidade americana. Conheceu Robert Clabourn Hamilton, cidadão americano, em Nova Iorque (Estados Unidos) no mês de junho de 2002. Aí coabitaram entre o mês de maio de 2005 e o mês de maio de 2009. Nessa data, R. Coman estabeleceu-se em Bruxelas para trabalhar no Parlamento Europeu enquanto assistente parlamentar, ao passo que R. Hamilton ficou em Nova Iorque. Em 5 de novembro de 2010 casaram-se em Bruxelas.

14. No mês de março de 2012, R. Coman deixou de trabalhar no Parlamento tendo ficado em Bruxelas. No mês de dezembro de 2012, R. Coman e o seu cônjuge iniciaram diligências administrativas junto da Administração romena com vista à obtenção dos documentos necessários para que R. Coman possa, com o seu cônjuge não cidadão da União, trabalhar e residir legalmente na Roménia por um período superior a três meses.

15. Por correspondência de 11 de janeiro de 2013, a Inspectoratul General pentru Imigrări (Inspeção Geral da Imigração, Roménia) indeferiu o seu pedido. Considerou que a prorrogação do direito de residência temporária de um cidadão americano nas condições previstas na legislação romena em matéria de imigração, conjugada com outras disposições legais pertinentes neste domínio não pode ser concedida ao abrigo do reagrupamento familiar.

16. Em 28 de outubro de 2013, R. Coman e R. Hamilton interpuseram, juntamente com a Asociația Accept, recurso da decisão da Inspectoratul General pentru Imigrări (Inspeção Geral da Imigração) no Judecătoria Sectorului 5 București (Tribunal de Primeira Instância do Setor 5 de Bucareste, Roménia).

17. No âmbito desse litígio, suscitaram uma exceção de inconstitucionalidade das disposições do artigo 277.º, n.ºs 2 e 4, do Código Civil. Consideraram que o não reconhecimento dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados no estrangeiro, para efeitos do exercício do direito de residência, constitui uma violação das disposições da Constituição romena que protegem o direito à vida íntima, à vida familiar e à vida privada, assim como das disposições relativas ao princípio da igualdade.

18. Em 18 de dezembro de 2015, o Judecătoria Sectorului 5 București (Tribunal de Primeira Instância do Setor 5 de Bucareste) submeteu a questão à Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional, Roménia) a fim de que esse Tribunal se pronunciasse sobre a referida exceção. Este último considerou que o presente processo dizia unicamente respeito ao reconhecimento dos efeitos de um casamento legalmente celebrado no estrangeiro entre um cidadão da União e o seu cônjuge do mesmo sexo, nacional de um país terceiro, ao abrigo do direito à vida familiar e do direito à livre circulação, apreciados sob a perspetiva da proibição da discriminação em razão da orientação sexual. Neste contexto, teve dúvidas sobre a interpretação que deve ser dada a vários conceitos utilizados pela Diretiva 2004/38, lidos à luz da Carta e da jurisprudência recente do Tribunal de Justiça e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «Tribunal EDH») relativa ao direito à vida familiar. Por conseguinte, decidiu suspender a instância e questionar o Tribunal de Justiça a título prejudicial.

IV. Pedido de decisão prejudicial e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

19. Por decisão de 29 de novembro de 2016, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 30 de dezembro de 2016, a Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) decidiu submeter ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

- «1) O termo “cônjuge”, constante do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38, em conjugação com os artigos 7.º, 9.º, 21.º e 45.º da Carta, abrange o cônjuge do mesmo sexo, proveniente de um Estado que não é membro da União, de um cidadão da União com o qual o cidadão se tenha legalmente casado ao abrigo da lei de um Estado-Membro diferente do Estado de acolhimento?
- 2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, os artigos 3.º, n.º 1, e 7.º, n.º [2]³, da Diretiva 2004/38, em conjugação com os artigos 7.º, 9.º, 21.º e 45.º da Carta, exigem que o Estado-Membro de acolhimento conceda o direito de residência no seu território ou por um período superior a três meses ao cônjuge do mesmo sexo de um cidadão da União?
- 3) Em caso de resposta negativa à primeira questão, pode o cônjuge do mesmo sexo, proveniente de um Estado-Membro que não é membro da União, de um cidadão da União com o qual esse cidadão se casou legalmente ao abrigo da lei de um Estado-Membro diferente do Estado de acolhimento, ser qualificado de “qualquer outro membro da família” na aceção do artigo 3.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38 ou “parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada” na aceção do artigo 3.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva 2004/38, com a correspondente obrigação do Estado de acolhimento de facilitar a sua entrada e residência, mesmo quando o Estado de acolhimento não reconheça o casamento entre pessoas do mesmo sexo nem preveja qualquer outra forma alternativa de reconhecimento jurídico, como as parcerias registadas?
- 4) Em caso de resposta afirmativa à terceira questão, os artigos 3.º, n.º 2, e 7.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, em conjugação com os artigos 7.º, 9.º, 21.º e 45.º da Carta, exigem que o Estado-Membro de acolhimento conceda o direito de residência no seu território ou por um período superior a três meses ao cônjuge do mesmo sexo de um cidadão da União?»

20. Foram apresentadas observações escritas pelos recorrentes no processo principal, pelos Governos romeno, húngaro, neerlandês e polaco, assim como pela Comissão Europeia.

21. Além disso, com exceção do Governo dos Países Baixos, todos se pronunciaram na audiência, realizada em 21 de novembro de 2017. O Governo letão e o Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, que não tinham apresentado observações escritas, tiveram igualmente a oportunidade de apresentar os seus argumentos nesta audiência.

V. Análise

A. Quanto à aplicabilidade da Diretiva 2004/38

22. O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38 define os beneficiários desta diretiva como «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»⁴.

3 Afigura-se que existe um erro de redação na segunda questão. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio refere o artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38. Ora, uma vez que R. Hamilton é um cidadão de um Estado terceiro, esta disposição não é aplicável à sua situação, contrariamente ao artigo 7.º, n.º 2, da referida diretiva. Aliás, é esta última disposição que está em causa na quarta questão.

4 O sublinhado é meu.

23. Assim, no âmbito do litígio no processo principal, R. Hamilton não pode invocar a diretiva em seu proveito. Com efeito, como o Tribunal de Justiça já declarou de forma particularmente clara, «resulta de uma interpretação literal, sistemática e teleológica das disposições da Diretiva 2004/38 que as mesmas não permitem servir de base a um direito de residência derivado a favor dos nacionais de Estados terceiros, membros da família de um cidadão da União, no Estado-Membro de que esse cidadão é nacional»⁵.

24. Todavia, o Tribunal de Justiça reconheceu que um direito de residência derivado podia, em determinadas circunstâncias, basear-se no artigo 21.º, n.º 1, TFUE e que, neste âmbito, a Diretiva 2004/38 devia ser aplicada por analogia⁶.

25. Com efeito, se o nacional de um Estado terceiro, membro da família de um cidadão da União, não dispusesse de um direito de residência no Estado-Membro de que é nacional o cidadão da União, este poderia ser dissuadido a abandonar esse Estado para exercer uma atividade no território de outro Estado-Membro devido à incerteza de poder prosseguir, após o seu regresso ao Estado-Membro de origem, uma vida familiar eventualmente iniciada no Estado-Membro de acolhimento⁷. Para poder beneficiar deste direito de residência derivado, a residência do cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento deve, no entanto, ter sido caracterizada por uma efetividade suficiente para lhe permitir desenvolver ou consolidar uma vida familiar⁸.

26. Por conseguinte, é atualmente ponto assente que, «quando, por ocasião de uma residência efetiva do cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento, nos termos e no respeito dos requisitos enunciados no artigo 7.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2004/38, se tenha desenvolvido ou consolidado uma vida em família neste último Estado-Membro, o efeito útil dos direitos que o artigo 21.º, n.º 1, TFUE confere ao cidadão da União em causa exige que a vida familiar que esse cidadão levou no Estado-Membro de acolhimento possa ser prosseguida no seu regresso ao Estado-Membro de que é nacional, através da concessão de um direito de residência derivado ao membro da família em causa, nacional de um Estado terceiro. Com efeito, não havendo um tal direito de residência derivado, esse cidadão seria dissuadido de abandonar o Estado-Membro de que é nacional a fim de exercer o seu direito de residência, ao abrigo do artigo 21.º, n.º 1, TFUE, noutro Estado-Membro, pelo facto de esse cidadão não ter a certeza de poder prosseguir no Estado-Membro de que é originário uma vida em família com os seus familiares próximos assim desenvolvida ou consolidada no Estado-Membro de acolhimento»⁹.

5 Acórdão de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 37). V., igualmente, acórdãos de 10 de maio de 2017, Chavez-Vilchez e o. (C-133/15, EU:C:2017:354, n.º 53), e de 14 de novembro de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, n.º 33).

6 V., neste sentido, acórdãos de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.ºs 50 e 61); de 10 de maio de 2017, Chavez-Vilchez e o. (C-133/15, EU:C:2017:354, n.ºs 54 e 55); de 14 de novembro de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, n.ºs 46 e 61); assim como, a propósito do Regulamento (CEE) n.º 1612/68, do Conselho, de 15 de outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade (JO 1968, L 257, p. 2; EE 05 F1 p. 77), acórdão de 11 de dezembro de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, n.º 39).

7 V., neste sentido, acórdãos de 11 de dezembro de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, n.ºs 35, 36 e 45); de 8 de novembro de 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, n.º 70); assim como de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 46). Desde o ano 1992, o Tribunal de Justiça declara que os direitos de circulação e de estabelecimento reconhecidos ao cidadão da União pelos Tratados «direitos não [podiam] produzir a plenitude dos seus efeitos se esse cidadão [fosse] dissuadido de os exercer em virtude de obstáculos colocados pelo seu país de origem à entrada e à permanência do seu cônjuge. É por esta razão que o cônjuge de um cidadão [da União] que tenha feito uso destes direitos deve, quando regressa ao seu país de origem, dispor pelo menos dos mesmos direitos de entrada e de permanência que os que lhe seriam reconhecidos pelo direito [da União] se o seu cônjuge escolhesse entrar e permanecer noutro Estado-Membro» (acórdão de 7 de julho de 1992, Singh, C-370/90, EU:C:1992:296, n.º 23). Para uma aplicação desta jurisprudência, v., igualmente, acórdão de 11 de julho de 2002, Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, n.ºs 38 e 39).

8 V., neste sentido, acórdão de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 51).

9 Acórdão de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 54).

27. No caso em apreço, constitui um dado adquirido que R. Coman e R. Hamilton consolidaram realmente uma vida familiar por ocasião da residência efetiva na Bélgica do primeiro, cidadão da União. De facto, após terem coabitado durante quatro anos em Nova Iorque e fundado, nessa ocasião, uma vida familiar¹⁰, a relação destes foi incontestavelmente consolidada através do seu casamento, em Bruxelas, no dia 5 de novembro de 2010.

28. O facto de R. Hamilton não ter vivido de forma ininterrupta com R. Coman nessa cidade não me parece suscetível de retirar à sua relação o carácter efetivo desta. Com efeito, num mundo globalizado, não é raro que um casal, em que um dos membros trabalha no estrangeiro, não partilhe do mesmo alojamento durante períodos mais ou menos longos devido à distância que separa os dois países, à acessibilidade dos meios de transporte, ao emprego do outro cônjuge ou ainda à escolaridade dos filhos. Esta falta de coabitação não pode, em si mesma, ter impacto na existência de uma relação estável comprovada — o que é o caso — e, por conseguinte, na existência de uma vida familiar¹¹.

29. Assim, as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio permanecem pertinentes, uma vez que a interpretação das disposições referidas no pedido de decisão prejudicial pode ser útil para decidir o processo sobre o qual a Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional) foi chamada a pronunciar-se.

B. Quanto à primeira questão prejudicial

30. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o conceito de «cônjuge» utilizado no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38, lido à luz dos artigos 7.º, 9.º, 21.º e 45.º da Carta, é aplicável a um nacional de um Estado terceiro do mesmo sexo que o cidadão da União com o qual está legalmente casado em conformidade com a lei de um Estado-Membro distinto do Estado de acolhimento.

31. As partes que apresentaram observações propõem duas respostas totalmente opostas. Segundo os recorrentes no processo principal, o Governo dos Países Baixos e a Comissão, o artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38 deve ser objeto de uma interpretação autónoma e uniforme. No termo desta interpretação, o nacional de um Estado terceiro do mesmo sexo que o cidadão da União com o qual está legalmente casado em conformidade com o direito de Estado-Membro seria abrangido pelo conceito de «cônjuge». Em contrapartida, os Governos romeno, letão, húngaro e polaco consideram que este conceito não está abrangido pelo direito da União mas deve ser definido à luz da lei do Estado-Membro de acolhimento.

32. Não me parece que esta última tese possa ser acolhida. Pelo contrário, considero que a interpretação autónoma se impõe e que esta leva a que o conceito de «cônjuge» seja entendido na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38, independentemente do sexo da pessoa que é casada com um cidadão da União.

10 Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, «os nacionais de países terceiros, membros da família de um cidadão da União, o direito de se reunirem a esse cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento, independentemente de este aí se ter estabelecido antes ou depois de ter constituído família» (acórdão de 25 de julho de 2008, *Metock e o.*, C-127/08, EU:C:2008:449, n.º 90; o sublinhado é meu).

11 V., neste sentido, Tribunal EDH, 7 de novembro de 2013, *Vallianatos e o. c. Grécia*, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, n.º 73; Tribunal EDH, 21 de julho de 2015, *Oliari e o. c. Itália*, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, n.º 169; assim como Tribunal EDH, 23 de fevereiro de 2016, *Pajić c. Croácia*, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, n.º 65. A veracidade da vida de casal de R. Coman e R. Hamilton anteriormente à sua «consolidação» num Estado-Membro da União permite distinguir a sua situação das situações que estão na origem do acórdão de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135).

1. Uma interpretação autónoma do conceito de «cônjuge»

33. Embora o artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2004/38, relativo à parceria registada remeta para as «condições estabelecidas na legislação aplicável do Estado-Membro de acolhimento», o artigo 2.º, n.º 2, alínea a), desta diretiva não inclui qualquer remissão para o direito dos Estados-Membros para determinar a qualidade de «cônjuge».

34. Ora, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, decorre das exigências tanto da aplicação uniforme do direito da União como do princípio da igualdade que os termos de uma disposição do direito da União que não admita nenhuma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e alcance devem normalmente ser, em toda a União, objeto de uma interpretação autónoma e uniforme¹². Esta interpretação deve ser procurada tendo em conta não só os termos da disposição, mas igualmente o seu contexto e o objetivo prosseguido pela regulamentação em causa¹³.

35. Esta metodologia foi expressamente utilizada no quadro da Diretiva 2004/38; não vejo qualquer razão para a afastar no que respeita à interpretação do conceito de «cônjuge»¹⁴.

36. É certamente ponto assente que a legislação sobre o estado civil está abrangida pela competência dos Estados-Membros e que o direito da União não restringe esta competência¹⁵. Todavia, há que fazer duas observações a este respeito.

37. Por um lado, segundo jurisprudência constante e transversal, os Estados-Membros devem exercer as suas competências no respeito do direito da União¹⁶. As matérias relativas ao estado civil das pessoas não derogam esta regra, tendo o Tribunal de Justiça declarado expressamente que as disposições referentes ao princípio da não discriminação deviam ser respeitadas no exercício destas competências¹⁷.

38. Por outro lado, o problema jurídico no cerne do litígio no processo principal não é o da legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo mas o da livre circulação de um cidadão da União. Ora, embora os Estados-Membros possam livremente prever, ou não, o casamento entre pessoas do mesmo sexo na sua ordem jurídica interna¹⁸, o Tribunal de Justiça declarou que uma situação que é regida por regulamentações que *a priori* estão abrangidas pela competência dos Estados-Membros pode ter «uma relação intrínseca com a liberdade de circulação de um cidadão da União, o que impede que o direito de entrada e de residência seja recusado aos [...] nacionais [de países terceiros] no Estado-Membro em que reside o cidadão da União, [e isso] para que a sua liberdade de circulação não seja afetada»¹⁹.

12 V., entre inúmeros exemplos, acórdão de 18 de outubro de 2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774, n.º 28 e jurisprudência referida).

13 V., para aplicações recentes, acórdãos de 18 de maio de 2017, Hummel Holding (C-617/15, EU:C:2017:390, n.º 22), de 27 de setembro de 2017, Nintendo (C-24/16 e C-25/16, EU:C:2017:724, n.º 70).

14 V., a propósito da expressão «que tenham residido legalmente» utilizada no artigo 16.º, n.º 1, primeiro período, da Diretiva 2004/38, acórdão de 21 de dezembro de 2011, Ziolkowski e Szeja (C-424/10 e C-425/10, EU:C:2011:866, n.ºs 31 a 34). V., igualmente, conclusões do advogado-geral Y. Bot no processo Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:174, n.º 39), e conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo Reyes (C-423/12, EU:C:2013:719, n.º 29).

15 V., neste sentido, acórdãos de 10 de maio de 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, n.º 38); de 12 de dezembro de 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, n.º 26); de 1 de abril de 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, n.º 59); assim como de 24 de novembro de 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, n.º 58).

16 V., em matéria de cidadania, a propósito dos nomes das pessoas, acórdão de 2 de outubro de 2003, Garcia Avello (C-148/02, EU:C:2003:539, n.º 25); em matéria de fiscalidade direta, acórdão de 14 de fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, n.º 21); em matéria penal, acórdão de 19 de janeiro de 1999, Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, n.º 17).

17 V., neste sentido, acórdãos de 1 de abril de 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, n.º 59), de 24 de novembro de 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, n.º 58).

18 V., neste sentido, acórdão de 24 de novembro de 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, n.º 59).

19 Acórdão de 8 de novembro de 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, n.º 72). Tratava-se, no caso, de uma legislação respeitante ao direito de entrada e de residência dos nacionais de países terceiros fora do âmbito de aplicação da Diretiva 2003/109/CE do Conselho, de 25 de novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração (JO 2004, L 16, p. 44), ou da Diretiva 2004/38.

39. A inclusão do casamento — entendido este como a única união de um homem e de uma mulher — em determinadas Constituições nacionais²⁰ não é suscetível de alterar esta abordagem.

40. Com efeito, mesmo que se considerasse que a conceção do casamento afeta a identidade nacional de alguns Estados-Membros — o que não foi sustentado expressamente por nenhum dos Estados-Membros que apresentaram observações escritas, mas unicamente pelo Governo letão na audiência de 21 de novembro de 2017 —, a obrigação de respeitar esta identidade, que figura no artigo 4.º, n.º 2, TUE, não pode ser interpretada independentemente da obrigação de cooperação legal que consta do n.º 3 da mesma disposição. De acordo com esta, os Estados-Membros têm de garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União.

41. Ora, no caso em apreço, as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio inserem-se exclusivamente no quadro da aplicação da Diretiva 2004/38. Assim, trata-se apenas de precisar o alcance de uma obrigação que resulta de um ato da União. Por conseguinte, a interpretação do conceito de «cônjuge», limitada ao âmbito da aplicação da Diretiva 2004/38, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, não porá em causa a atual liberdade dos Estados-Membros quanto à legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo²¹.

42. Além disso, como exporei na análise ao contexto e aos objetivos da Diretiva 2004/38, os direitos fundamentais ligados ao conceito de «cônjuge» opõem-se igualmente a uma interpretação suscetível de impedir ou de tornar mais difícil o acompanhamento de um cidadão da União homossexual pela pessoa com a qual está casado.

2. Quanto ao conceito de «cônjuge» na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38

43. Importa, assim, interpretar o termo «cônjuge» utilizado no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38 tendo em conta os termos da disposição, o seu contexto e o objetivo prosseguido pela Diretiva 2004/38.

a) Quanto à redação e à estrutura do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38

44. A Diretiva 2004/38 não define o termo «cônjuge» por ela utilizado várias vezes, nomeadamente, no artigo 2.º, n.º 2, alínea a).

45. Não obstante, a estrutura do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 conjugada com o artigo 3.º, n.º 2, alínea b), da mesma diretiva, permite afirmar que o conceito de «cônjuge» remete para o de «casamento».

46. Com efeito, além dos descendentes diretos e dos ascendentes diretos referidos no artigo 2.º, n.º 2, alíneas c) e d), da Diretiva 2004/38, os «membros da família» na aceção da Diretiva 2004/38 são o cônjuge e o parceiro com o qual o cidadão da União contraiu uma parceria registada. O artigo 3.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2004/38 acrescenta aos titulares da diretiva «[o] parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada».

²⁰ Trata-se da República da Bulgária, da República da Letónia, da República da Lituânia e da República da Polónia.

²¹ A reflexão formulada por Silvia Pfeiff no âmbito de um estudo aprofundado sobre a «portabilidade do estatuto pessoal» é transponível para efeitos da Diretiva 2004/38. Segundo esta autora, «[o] principal argumento contra o reconhecimento do casamento homossexual é relativo à vontade de proteger o casamento tradicional. No entanto, o reconhecimento do casamento homossexual estrangeiro não afeta diretamente o casamento tradicional no Estado do foro. Não impede os casais heterossexuais de se casarem. Também não permite aos casais do mesmo sexo casarem-se no Estado de acolhimento. O efeito do reconhecimento do casamento homossexual estrangeiro limita-se, assim, aos casais em causa e não afeta a superestrutura» [tradução livre] (Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Coll. Europe(s), 2017, em especial n.º 636, p. 572; o sublinhado é meu).

47. Sob pena de serem desprovidas de pertinência, estas três hipóteses dizem necessariamente respeito a situações diferentes, da mais restritiva à mais flexível de um ponto de vista jurídico. Uma vez que a simples relação fora de qualquer vínculo jurídico está prevista no artigo 3.º da Diretiva 2004/38 e que a existência de uma parceria registada é referida no artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da diretiva, o termo «cônjuge» abrange a terceira e última hipótese juridicamente possível, ou seja, uma relação assente no casamento²².

48. Aliás, o Tribunal de Justiça, implícita mas efetivamente, já associou ao casamento o conceito de «cônjuge» utilizado no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38. Com efeito, no acórdão de 25 de julho de 2008, Metock e o. (C-127/08, EU:C:2008:449), o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38 devia ser interpretado no sentido de que «o nacional de um país terceiro, *cônjuge de um cidadão da União* que reside num Estado-Membro de que não possui a nacionalidade, que acompanha ou se reúne a esse cidadão da União beneficia das disposições dessa diretiva, *independentemente do local ou da data do seu casamento* ou das circunstâncias em que esse nacional de um país terceiro entrou no Estado-Membro de acolhimento»²³.

49. Assim, embora o termo «cônjuge» utilizado no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38 remeta certamente para o casamento, é neutro do ponto de vista do género e indiferente ao local onde o casamento foi contraído.

50. A irrelevância do lugar onde o casamento foi celebrado é confirmada, *a contrario*, pela opção do legislador da União de remeter expressamente para o direito do Estado-Membro de acolhimento no que respeita à hipótese da parceria registada. Esta diferença pode explicar-se facilmente pelo facto de a instituição jurídica do casamento apresentar uma certa universalidade — supostamente, pelo menos — nos direitos e obrigações que confere aos cônjuges, enquanto as legislações relativas à «parceria» são diversas e variadas nos seus âmbitos de aplicação pessoal e material, assim como nas suas consequências jurídicas²⁴. De resto, o legislador da União reservou o benefício do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2004/38 às parcerias registadas «equiparadas ao casamento»²⁵.

51. Os trabalhos preparatórios da Diretiva 2004/38 permitem, por si só, confirmar o carácter deliberado da neutralidade da palavra escolhida. Com efeito, enquanto o termo «cônjuge» já era utilizado sem qualquer outra indicação pela Comissão na sua proposta inicial²⁶, o Parlamento pretendia que a indiferença do sexo da pessoa fosse mencionada mediante aditamento dos termos

22 Para ser preciso, é ainda possível distinguir a união livre da situação em que um casal celebrou um contrato de direito privado para reger a sua relação (neste sentido, Franq, St., «Nouvelles formes de relation de couple, mariage entre personnes de même sexe, partenariat enregistré, pacs, etc.», em *Actualités du contentieux familial international*, Larcier, 2005, pp. 253 a 281, em especial pp. 255 a 256). No âmbito da Diretiva 2004/38, estas duas hipóteses afiguram-se, todavia, abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 3.º, n.º 2, alínea b).

23 N.º 99 e n.º 2 do dispositivo do acórdão, o sublinhado é meu. V., igualmente, acórdão de 17 de abril de 1986, Reed (59/85, EU:C:1986:157). Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou, a propósito da interpretação do conceito de «cônjuge» na aceção do diploma anterior à Diretiva 2004/38 [ou seja, o Regulamento (CEE) n.º 1612/68] que, «ao utilizar a palavra “cônjuge”, [este] regulamento vis[ava] apenas uma relação baseada no casamento», excluindo uma relação de «parceria estável» (n.º 15).

24 Estes critérios permitem distinguir pelo menos cinco categorias de parcerias registadas na União. Neste sentido, Goossens, E., «Different regulatory regimes for registered partnership and marriage: out-dated or indispensable?», em *Confronting the frontiers of family and succession law: liber amicorum Walter Pintens*, vol. 1, Intersentia, Slp ed., 2012, pp. 633 a 650, em especial pp. 634 a 638.

25 Todavia, questiono a validade, atualmente, desta remissão para o direito do Estado-Membro de acolhimento, ainda mais quando está indiscutivelmente associada à limitação do âmbito de aplicação do artigo 2.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2004/38 às parcerias registadas equiparadas ao casamento. Com efeito, o Tribunal EDH declarou de forma bastante clara que o artigo 8.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950 (a seguir «CEDH»), impunha aos Estado partes na CEDH a obrigação de oferecerem aos casais homossexuais a possibilidade de obterem um reconhecimento legal e a proteção jurídica da sua relação enquanto casal. Em concreto, isto significa que um Estado que limita o casamento aos casais heterossexuais sem instituir a parceria registada disponível aos casais homossexuais viola o artigo 8.º da CEDH e, por conseguinte, o artigo 7.º da Carta (V., neste sentido, Tribunal EDH, 21 de julho de 2015, Oliari e o. c. Itália, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611). Com efeito, nos termos do artigo 52.º, n.º 3, da Carta, o sentido e o âmbito dos direitos correspondentes aos direitos garantidos pela CEDH são iguais aos conferidos pela CEDH. Ora, à luz das anotações relativas à Carta — que «[os] órgãos jurisdicionais da União e [os] Estados-Membros têm em devida conta», nos termos do artigo 52.º, n.º 7, da Carta — os direitos garantidos no artigo 7.º da Carta correspondem ao garantidos no artigo 8.º da CEDH. Assim, os primeiros têm o mesmo sentido e o mesmo âmbito que os segundos.

26 V. artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao direito à livre circulação e residência dos cidadãos da União e membros das suas famílias no território dos Estados-Membros [COM (2001) 257 final, JO 2001, C 270 E, p. 150].

«independentemente do seu sexo, nos termos da legislação nacional pertinente»²⁷. Todavia, o Conselho da União Europeia manifestou a sua hesitação em optar por uma definição do termo «cônjuge» que abrangesse explicitamente os cônjuges do mesmo sexo, uma vez que, à data, apenas dois Estados-Membros tinham adotado uma legislação que autorizava o casamento entre pessoas do mesmo sexo e que o Tribunal de Justiça tinha igualmente podido concluir que a definição do casamento geralmente aceite à data pelos Estados-Membros visava a união entre duas pessoas de sexo oposto²⁸. Baseando-se nas preocupações do Conselho, a Comissão terá preferido «limitar a [sua] proposta a uma noção de cônjuge que se entenda, em princípio, como cônjuge de sexo diferente, salvo evolução futura»²⁹.

52. Parece-me, portanto, que não é possível extrair qualquer argumento destes trabalhos a favor de uma tese ou de outra. Com efeito, é certo que o legislador da União estava plenamente consciente da controvérsia que podia resultar da sua interpretação do termo «cônjuge» não definido de qualquer outra forma. Ora, não pretendeu precisar este conceito quer no sentido de o limitar ao casamento heterossexual quer, pelo contrário, para visar o casamento entre pessoas do mesmo sexo — sublinhando a Comissão, não obstante, a possibilidade de evolução a este respeito. Tal reserva da Comissão é essencial. Exclui que o sentido do conceito de «cônjuge» seja definitivamente estanque e hermético aos desenvolvimentos da sociedade³⁰.

53. Por conseguinte, resulta desta primeira apreciação que a redação do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38 é neutra. Esta opção do legislador autoriza uma interpretação do conceito de «cônjuge» independente do lugar de celebração do casamento e da questão do sexo das pessoas em causa. O contexto e o objetivo da Diretiva 2004/38 confirmam esta interpretação.

b) Quanto ao contexto do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38

54. Quando a Diretiva 2004/38 foi adotada apenas dois Estados-Membros da União — o Reino da Bélgica e o Reino dos Países Baixos — previam uma lei que permitia o casamento às pessoas do mesmo sexo. Como referi anteriormente, esta circunstância influenciou a opção do Conselho de não seguir a proposta de alteração do Parlamento a favor de uma formulação do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38 mais explícita.

55. Parece-me, no entanto, que deve ser tida em conta a evolução que, à data, a Comissão equacionava na sua proposta alterada. Além disso, o conceito de «cônjuge» está também estreitamente ligado a vários direitos fundamentais, aos quais uma interpretação contextual não pode ser hermética.

27 V. Relatório do Parlamento Europeu de 23 de janeiro de 2003, sobre a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao direito à livre circulação e residência dos cidadãos da União e membros das suas famílias no território dos Estados-Membros (A5-0009/2003).

28 V. Posição Comum (CE) n.º 6/2004 adotada pelo Conselho em 5 de dezembro de 2003, tendo em vista a adoção da Diretiva 2004/.../CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 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 2004, C 54 E, p. 28). Embora o Conselho não precise a jurisprudência a que faz alusão, a Comissão remete, na sua Proposta alterada de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao direito à livre circulação e residência dos cidadãos da União e membros das suas famílias no território dos Estados-Membros [COM (2003) 199 final] para o acórdão de 31 de maio de 2001, D e Reino da Suécia/Conselho (C-122/99 P e C-125/99 P, EU:C:2001:304, n.º 34).

29 V. Proposta alterada de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao direito à livre circulação e residência dos cidadãos da União e membros das suas famílias no território dos Estados-Membros [COM (2003) 199 final, p. 11]. O sublinhado é meu.

30 De resto, este risco e a dificuldade mais geral de determinar a intenção do legislador fazem com que seja concedida à interpretação histórica um papel secundário. V., neste sentido, Titshaw, Sc., «Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret “Spouse” in the E.U. Family Migration Directives», *Bodson University International Law Journal*, 2016, vol. 34:45, pp. 45 a 112, em especial pp. 76 a 78.

1) Quanto à interpretação evolutiva do conceito de «cônjuge»

56. Como vários advogados-gerais já tiveram ocasião de afirmar, o direito da União deve ser interpretado «em função das circunstâncias do presente»³¹, ou seja, atendendo à «realidade contemporânea»³² da União. Com efeito, o direito «não pode ignorar a realidade social e não pode deixar de se adaptar à mesma o mais rapidamente possível. Se assim não for, corre-se o risco de impor pontos de vista ultrapassados e de assumir um papel estático»³³. Não há dúvida de que é especificamente este o caso das matérias que afetam a sociedade. Como explicava o advogado-geral L. A. Geelhoed, «[s]e o Tribunal de Justiça ignorasse essa evolução, correr-se-ia o risco de eliminar parte da eficácia das normas jurídicas em causa»³⁴. Como o próprio Tribunal de Justiça afirmou, uma disposição de direito da União deve ser interpretada à luz do seu estado de evolução à data em que a aplicação da disposição em causa deve ser feita³⁵.

57. Por este motivo, a solução acolhida pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 31 de maio de 2001, D e Reino da Suécia/Conselho (C-122/99 P e C-125/99 P, EU:C:2001:304), segundo a qual «o termo “casamento”, segundo a definição *communmente aceite pelos Estados-Membros*, designa[ria] uma união entre duas pessoas de sexo diferente»³⁶, afigura-se atualmente ultrapassada.

58. Com efeito, embora no final de 2004 só dois Estados-Membros autorizassem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, outros onze Estados-Membros alteraram posteriormente a sua legislação neste sentido e o casamento homossexual será igualmente possível na Áustria, o mais tardar, em 1 de janeiro de 2019³⁷. Este reconhecimento jurídico do casamento homossexual mais não faz do que traduzir uma evolução geral da sociedade relativamente à questão. Os inquéritos estatísticos confirmam-no³⁸; a autorização do casamento entre pessoas do mesmo sexo por via referendária na Irlanda é disso igualmente ilustrativa³⁹. Apesar de ainda existirem sensibilidades diferentes sobre a

31 V., neste sentido, conclusões do advogado-geral N. Wahl no processo Haralambidis (C-270/13, EU:C:2014:1358, n.º 52).

32 V., neste sentido, conclusões do advogado-geral M. Szpunar no processo McCarthy e o. (C-202/13, EU:C:2014:345, n.º 63).

33 Conclusões do advogado-geral G. Tesouro no processo P./S. (C-13/94, EU:C:1995:444, n.º 9).

34 Conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed no processo Baumbast e R (C-413/99, EU:C:2001:385, n.º 20).

35 V. acórdão de 6 de outubro de 1982, Cilfit e o. (283/81, EU:C:1982:335, n.º 20).

36 N.º 34, o sublinhado é meu.

37 Com efeito, com o acórdão de 4 de dezembro de 2017 (G 258-259/2017-9), o Tribunal Constitucional austríaco anulou as disposições do Código Civil que limitam o direito ao casamento aos casais heterossexuais e, além disso, declarou que, salvo intervenção do legislador antes desta data, o casamento entre pessoas do mesmo sexo será possível a partir de 1 de janeiro de 2019. Os Estados-Membros que já alteraram a sua legislação são, por ordem cronológica: o Reino dos Países Baixos, o Reino da Bélgica, o Reino de Espanha, o Reino da Suécia, a República Portuguesa, o Reino da Dinamarca, a República Francesa, o Reino Unido da Grã-Bretanha (com exceção da Irlanda do Norte), o Grão-Ducado do Luxemburgo, a Irlanda, a República da Finlândia, a República federal da Alemanha e a República de Malta.

38 Enquanto 44% da população dos Estados-Membros questionada era a favor do casamento entre pessoas do mesmo sexo durante o ano 2006 (v. Standard Eurobarometer 66, outono 2006, p. 43), este número subiu para 61% em menos de dez anos (v. Special Eurobarometer 437, «Discrimination in the EU in 2015», p. 12).

39 A questão de saber se a Constituição devia ser alterada para que fosse possível, em conformidade com a lei, o casamento de duas pessoas sem distinção com base no sexo, foi colocada aos irlandeses no referendo de 22 de maio de 2015. Em 1 935 907 votantes, 1 201 607 votaram a favor da proposta, ou seja, 62,07% (v. resultados publicados no Iris Oifigiúil de 26 de maio de 2015, n.º 42, pp. 1067 a 1069: www.irisoifigiuil.ie/archive/2015/may/Ir260515.PDF).

questão, incluindo na União⁴⁰, a evolução partilha, no entanto, de um movimento generalizado. Com efeito, em todos os continentes está atualmente previsto este tipo de casamento⁴¹. Por conseguinte, não se trata de um facto ligado a uma cultura ou a uma história específica mas corresponde, pelo contrário, a um reconhecimento universal da pluralidade das famílias⁴².

2) Quanto aos direitos fundamentais relacionados com o conceito de «cônjuge»

59. O conceito de «cônjuge» na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38 está necessariamente ligado à vida familiar e, por conseguinte, à proteção que lhe confere o artigo 7.º da Carta. O alcance deste artigo deve, assim, ser tido em conta numa interpretação contextual⁴³. A este respeito, a evolução da jurisprudência do Tribunal EDH não pode ser ignorada.

60. Com efeito, segundo o artigo 52.º, n.º 3, da Carta, o sentido e o âmbito dos direitos correspondentes a direitos garantidos pela CEDH são iguais aos conferidos pela referida Convenção. Ora, segundo as anotações relativas à Carta — que «[o]s órgãos jurisdicionais da União [...] têm em devida conta»⁴⁴ —, os direitos garantidos no artigo 7.º da Carta correspondem aos garantidos pelo artigo 8.º da CEDH. Assim, os primeiros têm o mesmo sentido e o mesmo âmbito que os segundos⁴⁵.

61. Ora, a evolução da jurisprudência do Tribunal EDH relativa ao artigo 8.º da CEDH é significativa.

40 Ao contrário da Irlanda, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi, por exemplo, rejeitado por via referendária na Croácia em 1 de dezembro de 2013.

41 Salvo erro da minha parte, o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi autorizado, atualmente e pelo menos, por via legislativa no Canadá (Civil Marriage Act, S.C. 2005, c. 33); na Nova Zelândia [Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act 2013, 2013 n.º 20]; na África do Sul (Civil Union Act, 2006, Act n.º 17 of 2006); na Argentina [Ley 26.618 (Ley de Matrimonio Igualitario)]; no Uruguai (Ley n.º 19.075, Matrimonio Igualitario), ou ainda no Brasil (Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça) e, por via jurisprudencial, no México (acórdão do Supremo Tribunal n.º 155/2015 de 3 de junho de 2015) nos Estados Unidos [acórdão do Supremo Tribunal de 26 de junho de 2015, «Obergefell et al. v. Hodges, Diretor, Ohio Department of Health, et al», 576 U.S. (2015)] na Colômbia (acórdão do Tribunal Constitucional SU-214/16 de 28 de abril de 2016, processo T 4167863 AC) ou ainda em Taiwan [acórdão do Tribunal Constitucional da República da China (Taiwan) de 24 de maio de 2017, J.Y. Interpretation n.º 748, sobre os pedidos consolidados de Hwei-Tai12674 e Hwei-Tai12771].

42 Além dos treze Estados-Membros que legalizaram o casamento homossexual, outros nove Estados-Membros reconheceram uma parceria registada aberta aos casais do mesmo sexo. Trata-se da República Checa, da República da Estónia, da República helénica, da República da Croácia, da República italiana, da República do Chipre, da Hungria, da República da Áustria (como indicado anteriormente, aqui o casamento homossexual será, além disso, autorizado, o mais tardar, em 1 de janeiro de 2019) e da República da Eslovénia. Apesar da obrigação positiva que decorre do artigo 8.º da CEDH — e, por conseguinte, do artigo 7.º da Carta — de facultar aos casais homossexuais a possibilidade de obterem um reconhecimento legal e a proteção jurídica da sua relação enquanto casal (v. Tribunal EDH, 21 de julho de 2015, Oliari e o. c. Itália, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, n.º 185), seis Estados-Membros não admitem qualquer forma de reconhecimento oficial e jurídico dos casais do mesmo sexo (a República da Bulgária, a República da Letónia, a República da Lituânia, a República da Polónia, a Roménia e a República Eslovaca).

43 O considerando 31 da Diretiva 2004/38 recorda expressamente que a diretiva respeita os direitos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta. O órgão jurisdicional de reenvio invoca igualmente os artigos 9.º (Direito de contrair casamento e de constituir família), 21.º (Não discriminação) e 45.º (Liberdade de circulação e de permanência) da Carta. O artigo 9.º da Carta não se afigura pertinente. Com efeito, por um lado, os desenvolvimentos das anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais (JO 2007, C 303, p. 17) consagrados neste artigo precisam que embora a sua redação «[tenha sido] modernizada [, em relação ao artigo 12.º da CEDH,] de modo a abranger os casos em que as legislações nacionais reconhecem outras formas de constituir família além do casamento [, e]ste artigo não proíbe nem impõe a concessão do estatuto de casamento a uniões entre pessoas do mesmo sexo» (o sublinhado é meu). A liberdade dos Estados-Membros é, a este respeito, confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça (v., neste sentido, acórdão de 24 de novembro de 2016, Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, n.º 59) e do Tribunal de EDH (v., nomeadamente, Tribunal EDH, 9 de junho de 2016, Chapin e Charpentier c. França, CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, n.ºs 38 e 39). Por outro lado, R. Coman e R. Hamilton, no caso em apreço, puderam exercer este direito na Bélgica. A liberdade de circulação consagrada ao artigo 45.º da Carta é, por si só, precisada na Diretiva 2004/38. Apreciarei o impacto deste direito sobre a interpretação do conceito de «cônjuge» na apreciação do objetivo prosseguido pela Diretiva 2004/38.

44 Artigo 52.º, n.º 7, da Carta.

45 V., neste sentido, anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, «Anotação ad artigo 7.º — Respeito pela vida privada e familiar» (JO 2007, C 303, p. 20).

62. Com efeito, embora o Tribunal EDH confirme de forma constante a liberdade de os Estados permitirem o casamento às pessoas do mesmo sexo⁴⁶, declarou, no início dos anos 2010, que era «artificial continuar a considerar que, ao contrário de um casal heterossexual, um casal homossexual não pode ter uma “vida familiar” para efeitos do artigo 8.º [da CEDH]»⁴⁷. Desde então, esta interpretação foi confirmada várias vezes⁴⁸. O Tribunal EDH confirmou igualmente que o artigo 8.º da CEDH impunha aos Estados a obrigação de oferecerem aos casais homossexuais a possibilidade de obterem um reconhecimento legal e proteção jurídica do seu casal⁴⁹.

63. O impacto desta evolução na compreensão da vida familiar sobre o direito de residência dos nacionais de países terceiros é certo. Com efeito, embora o artigo 8.º da CEDH não incluía qualquer obrigação geral de aceitar a instalação de cônjuges não nacionais ou de autorizar o reagrupamento familiar no território de um Estado contratante, as decisões tomadas pelos Estados em matéria de imigração podem, em determinados casos, constituir uma ingerência no exercício do direito ao respeito da vida privada e familiar protegido no artigo 8.º da CEDH⁵⁰. É, nomeadamente, este o caso quando os interessados têm, no Estado de acolhimento, ligações pessoais ou familiares suficientemente fortes que podem ser gravemente comprometidas em caso de aplicação da medida em questão⁵¹.

64. Ora, segundo o Tribunal EDH, embora «a proteção da família tradicional p[ossa], em determinadas circunstâncias, constituir um objetivo legítimo [...], [este Tribunal] considera que, no domínio em causa, isto é, a concessão de uma autorização de residência por razões familiares a um parceiro estrangeiro homossexual, não pode constituir uma razão “particularmente sólida e convincente” suscetível de justificar, nas circunstâncias do caso em apreço, uma discriminação assenta na orientação sexual»⁵².

65. Afigura-se mesmo que o Tribunal EDH tende a julgar que uma diferença de tratamento baseada unicamente — *ou de forma decisiva* — em considerações relativas à orientação sexual do recorrente é simplesmente inaceitável à luz da CEDH⁵³. Noutro contexto, o advogado-geral N. Jääskinen manifestou um ponto de vista semelhante. Com efeito, parecia-lhe «manifesto que o objetivo relativo à proteção do casamento ou da família não pode legitimar uma discriminação em razão da orientação sexual [, uma vez que é] difícil conceber uma relação causal que possa ligar este tipo de discriminação, enquanto meio, à proteção do casamento, enquanto efeito positivo que dela possa resultar»⁵⁴.

66. Em meu entender, esta evolução do direito ao respeito da vida familiar conduz a uma interpretação do conceito de «cônjuge» necessariamente independente do sexo das pessoas em causa quando está circunscrito ao âmbito da aplicação da Diretiva 2004/38.

46 V., neste sentido, para uma confirmação recente e uma recapitulação da jurisprudência anterior, Tribunal EDH, 9 de junho de 2016, Chapin e Charpentier c. França, CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, n.ºs 38 e 39 (no que respeita ao artigo 12.º da CEDH) e n.º 48 (no que respeita ao artigo 8.º conjugado com o artigo 14.º da CEDH, que proíbe as discriminações).

47 Tribunal EDH, 24 de junho de 2010, Schalk e Kopf c. Áustria, CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, n.º 94.

48 V., neste sentido, Tribunal EDH, 7 de novembro de 2013, Vallianatos e o. c. Grécia, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, n.º 73; Tribunal EDH, 23 de fevereiro de 2016, Pajić c. Croácia, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, n.º 64; Tribunal EDH, 14 de junho de 2016, Aldeguer Tomás c. Espanha, CE:ECHR:2016:0614JUD003521409, n.º 75, assim como Tribunal EDH, 30 de junho de 2016, Taddeucci e McCall c. Itália, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, n.º 58.

49 V. Tribunal EDH, 21 de julho de 2015, Oliari e o. c. Itália, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, n.º 185.

50 V., neste sentido, Tribunal EDH, 30 de junho de 2016, Taddeucci e McCall c. Itália, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, n.º 56.

51 V., neste sentido, Tribunal EDH, 30 de junho de 2016, Taddeucci e McCall c. Itália, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, n.º 56.

52 Tribunal EDH, 30 de junho de 2016, Taddeucci e McCall c. Itália, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, n.º 93. Quanto à inexistência de uma «razão sólida e convincente», incluindo a proteção da família «na aceção tradicional do termo», para justificar uma diferença de tratamento baseada na orientação sexual, v., igualmente, Tribunal EDH, 7 de novembro de 2013, Vallianatos e o. c. Grécia, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109. Neste caso, tratava-se da exclusão dos casais do mesmo sexo da lei relativa à parceria registada, quando a República Helénica não oferecia a estes casais qualquer outro reconhecimento oficial e jurídico, contrariamente aos casais heterossexuais.

53 V., neste sentido, Tribunal EDH, 23 de fevereiro de 2016, Pajić c. Croácia, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, n.ºs 59 e 84, e Tribunal EDH, 30 de junho de 2016, Taddeucci e McCall c. Itália, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, n.º 89.

54 Conclusões do advogado-geral N. Jääskinen no processo Römer (C-147/08, EU:C:2010:425, n.º 175).

67. Com efeito, esta interpretação assegura de forma otimizada o respeito da vida familiar garantido pelo artigo 7.º da Carta, deixando simultaneamente aos Estados-Membros a liberdade de autorizarem, ou não, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em contrapartida, uma interpretação contrária constituiria uma diferença de tratamento entre os casais casados consoante sejam homossexuais ou de sexos diferentes, uma vez que nenhum Estado-Membro proíbe o casamento heterossexual. Baseado na orientação sexual, tal diferença de tratamento seria inaceitável ao abrigo da Diretiva 2004/38, assim como da Carta, tal como esta deve ser interpretada à luz da CEDH.

c) Quanto ao objetivo prosseguido pela Diretiva 2004/38

68. O objetivo prosseguido pela Diretiva 2004/38 corrobora igualmente uma interpretação do termo «cônjuge» independente da orientação sexual.

69. Com efeito, resulta de jurisprudência constante que a Diretiva 2004/38 visa facilitar o exercício do direito fundamental e individual de circular e de residir livremente no território dos Estados-Membros, que o artigo 21.º, n.º 1, TFUE confere diretamente aos cidadãos da União, e reforçar esse direito⁵⁵.

70. Este objetivo é recordado a partir do considerando 1 da Diretiva 2004/38. O considerando 2 acrescenta que a livre circulação de pessoas constitui uma das liberdades fundamentais do mercado interno, estando, de resto, consagrada no artigo 45.º da Carta.

71. O considerando 5 da Diretiva 2004/38 insiste, por outro lado, no facto de 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 nacionalidade⁵⁶. Com efeito, como o Tribunal de Justiça declarou várias vezes, o exercício das liberdades que o Tratado garante aos cidadãos da União ficaria seriamente comprometido se não fossem autorizados a ter uma vida familiar normal no Estado-Membro de acolhimento⁵⁷.

72. Assim, como recordei na apreciação da aplicabilidade da Diretiva 2004/38 ao caso em apreço, os cidadãos da União poderiam ser dissuadidos de abandonar o Estado-Membro da sua nacionalidade e de se estabelecer no território de outro Estado-Membro se não tivessem a certeza de poder prosseguir, após regressarem ao seu Estado-Membro de origem, uma vida familiar eventualmente iniciada, por casamento ou reagrupamento familiar, no Estado-Membro de acolhimento⁵⁸.

55 V., neste sentido, acórdãos de 25 de julho de 2008, Metock e o. (C-127/08, EU:C:2008:449, n.º 82); de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 35); de 18 de dezembro de 2014, McCarthy e o. (C-202/13, EU:C:2014:2450, n.º 31); assim como de 14 de novembro de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, n.º 31).

56 V., neste sentido, acórdãos de 18 de dezembro de 2014, McCarthy e o. (C-202/13, EU:C:2014:2450, n.º 33), e de 14 de novembro de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, n.º 31).

57 V., neste sentido, acórdão de 25 de julho de 2008, Metock e o. (C-127/08, EU:C:2008:449, n.º 62), e, anteriormente à Diretiva 2004/38, acórdão de 11 de julho de 2002, Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, n.ºs 38 e 39).

58 V., neste sentido, acórdãos de 7 de julho de 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, n.ºs 19, 20 e 23); de 11 de julho de 2002, Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, n.º 38); de 11 de dezembro de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, n.ºs 35 e 36); de 25 de julho de 2008, Metock e o. (C-127/08, EU:C:2008:449, n.º 64); de 8 de novembro de 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, n.º 70); e de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 46).

73. Devido a estes objetivos, o Tribunal de Justiça tem considerado de forma constante que as disposições da Diretiva 2004/38 não podem ser interpretadas de forma restritiva e não devem, de qualquer forma, ser privadas do seu efeito útil⁵⁹. O Tribunal de Justiça reconheceu inclusivamente que se tratava de um princípio em virtude do qual «as disposições que, como a Diretiva 2004/38, consagram a livre circulação dos cidadãos da União, um dos princípios em que se funda a União, devem ser objeto de interpretação ampla»⁶⁰.

74. Por conseguinte, entre uma interpretação do termo «cônjuge» que limita o âmbito da aplicação da Diretiva 2004/38 e outra que, no respeito da redação da disposição interpretada e do seu contexto, facilita a livre circulação de um maior número de cidadãos, há que acolher a segunda interpretação.

75. Esta opção interpretativa justifica-se tanto mais que está em adequação com outro objetivo da Diretiva 2004/38, enunciado no seu considerando 31, que pretende que os Estados-Membros executem o disposto na Diretiva 2004/38 «sem discriminação dos seus beneficiários em razão designadamente [...] [da] orientação sexual». Ora, uma definição do termo «cônjuge» limitada ao casamento heterossexual conduziria inevitavelmente a situações de discriminação em razão da orientação sexual⁶¹.

76. Por último, a interpretação do conceito de «cônjuge» independente da questão do sexo das pessoas em causa é igualmente suscetível de garantir um elevado nível de segurança jurídica e de transparência, uma vez que o cidadão da União que é legalmente casado sabe que o seu cônjuge, seja qual for o seu sexo, será considerado seu cônjuge na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38 nos outros 27 Estados-Membros da União⁶².

3. Conclusão intermédia

77. As interpretações textual, contextual e teleológica do conceito de «cônjuge» utilizado no artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38 conduzem a conceder-lhe uma definição autónoma, independente da orientação sexual⁶³.

78. Antes de mais, a aplicação uniforme do direito da União e o princípio da igualdade impõem que os termos de uma disposição do direito da União que não é definida e que não inclui nenhuma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e o seu âmbito sejam objeto, em toda a União, de uma interpretação autónoma e uniforme.

79. Em seguida, embora a estrutura do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, conjugado com o artigo 3.º, n.º 2, alínea b), da mesma diretiva imponha que o conceito de «cônjuge» seja associado ao casamento, o legislador, quanto ao restante, optou voluntariamente por utilizar um termo neutro, não precisado de qualquer outra forma.

59 V. acórdãos de 25 de julho de 2008, *Metock e o.* (C-127/08, EU:C:2008:449, n.º 84), e de 18 de dezembro de 2014, *McCarthy e o.* (C-202/13, EU:C:2014:2450, n.º 32).

60 Acórdão de 16 de janeiro de 2014, *Reyes* (C-423/12, EU:C:2014:16, n.º 23). Para aplicações deste princípio aos diplomas anteriores à Diretiva 2004/38, v. acórdãos de 17 de setembro de 2002, *Baubast e R* (C-413/99, EU:C:2002:493, n.º 74), assim como de 11 de dezembro de 2007, *Eind* (C-291/05, EU:C:2007:771, n.º 43).

61 V., neste sentido, *Titshaw, Sc.*, «Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret “Spouse” in the E.U. Family Migration Directives», *Bodson University International Law Journal*, 2016, vol. 34:45, pp. 45 a 112, em especial p. 106.

62 Para uma ilustração da tomada em consideração da segurança jurídica e da transparência na interpretação de uma disposição da Diretiva 2004/38, v. acórdãos de 15 de setembro de 2015, *Alimanovic* (C-67/14, EU:C:2015:597, n.º 61), e de 25 de fevereiro de 2016, *García-Nieto e o.* (C-299/14, EU:C:2016:114, n.º 49).

63 V., neste sentido, *Titshaw, Sc.*, «Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret “Spouse” in the E.U. Family Migration Directives», *Bodson University International Law Journal*, 2016, vol. 34:45, pp. 45 a 112, em especial pp. 83 e 111.

80. Por último, tanto a evolução da sociedade europeia — de que são reflexo o número de legislações que autorizam o casamento entre pessoas do mesmo sexo e a definição atual da vida familiar na aceção do artigo 7.º da Carta — como os objetivos da Diretiva 2004/38 — facilitar a livre circulação dos cidadãos da União no respeito da sua orientação sexual — conduzem a uma interpretação do conceito de «cônjuge» independentemente da orientação sexual⁶⁴.

C. Quanto à segunda questão prejudicial

81. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 3.º, n.º 1, e o artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, lidos à luz dos artigos 7.º, 9.º, 21.º e 45.º da Carta, exigem que o Estado-Membro de acolhimento conceda o direito de residência no seu território por mais de três meses ao cônjuge de um cidadão da União do mesmo sexo.

82. O artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 é claro: o direito de um cidadão da União residir mais de três meses no território de outro Estado-Membro é extensivo ao seu cônjuge, nacional de um Estado terceiro, quando o acompanhe ou a ele se junte no Estado-Membro de acolhimento, desde que o primeiro preencha os requisitos do artigo 7.º, n.º 1, alíneas a), b) ou c), da Diretiva 2004/38.

83. Trata-se, então, de um direito automático. O artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 confirma-o.

84. Com efeito, como declarou o Tribunal de Justiça, «decorre quer da redação do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 quer da sua sistemática geral que o legislador da União previu uma distinção entre os membros da família do cidadão da União definidos no artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, que beneficiam, nas condições previstas nesta diretiva, de um direito de entrada e de residência no Estado-Membro de acolhimento do referido cidadão, e os outros membros da família visados no artigo 3.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea a), [desta] diretiva, cuja entrada e residência apenas devem ser facilitadas por esse Estado-Membro»⁶⁵.

85. No entanto, vimos, no âmbito do processo principal, que R. Hamilton não podia invocar a diretiva em seu proveito, uma vez que as disposições da Diretiva 2004/38 não permitem fundamentar um direito de residência derivado a favor dos nacionais de Estados terceiros, membros da família de um cidadão da União, no Estado-Membro de que é nacional este cidadão⁶⁶.

86. No entanto, R. Hamilton deve, em princípio, poder beneficiar de um direito de residência derivado, assente no artigo 21.º, n.º 1, TFUE e da aplicação da Diretiva 2004/38 por analogia⁶⁷.

⁶⁴ O impacto da livre circulação, do direito ao respeito da vida familiar e da proibição das discriminações sobre o conceito de «cônjuge» na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38 é geralmente determinante na análise da doutrina. A conclusão a que os autores consultados chegaram é semelhante à minha. V., nomeadamente, Tryfonidou, A., «EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: the Case for Mutual Recognition», *Columbia Journal of European Law*, 2015, vol. 21, pp. 195 a 248; Bell, Chl. e Bačić Selanec, N., «Who is a “spouse” under the Citizens’ Rights Directive? The prospect of mutual recognition of same-sex marriages in the EU», *European Law Review*, 2016, vol. 41, n.º 5, pp. 655 a 686; Borg-Barthet, J., «The Principled Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU», *Journal of Private International Law*, 2012, vol. 8, n.º 2, p. 359 a 388; assim como Bonini Baraldi, M., «EU Family Policies Between Domestic “Good Old Values” and Fundamental Rights: The Case of Same-Sex Families», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, vol. 15, n.º 4, pp. 517 a 551.

⁶⁵ Acórdão de 5 de setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:519, n.º 19).

⁶⁶ V., neste sentido, acórdão de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 37). V., igualmente, acórdãos de 10 de maio de 2017, Chavez-Vilchez e o. (C-133/15, EU:C:2017:354, n.º 53), e de 14 de novembro de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, n.º 33).

⁶⁷ V., neste sentido, acórdãos de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.ºs 50 e 61); de 10 de maio de 2017, Chavez-Vilchez e o. (C-133/15, EU:C:2017:354, n.ºs 54 e 55); assim como de 14 de novembro de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, n.ºs 46 e 61). V., igualmente, desenvolvimentos ao Título V, alínea A. Quanto à aplicabilidade da Diretiva 2004/38, as presentes conclusões.

87. Nestas circunstâncias, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os requisitos de concessão de um direito de residência derivado aplicáveis no Estado-Membro de origem do seu cônjuge não deveriam, em princípio, ser mais estritos do que os previstos pela referida diretiva se o mesmo se encontrasse numa situação em que o seu cônjuge exercia o seu direito de livre circulação ao estabelecer-se num Estado-Membro distinto do da sua nacionalidade⁶⁸.

88. Concretamente, numa aplicação por analogia da Diretiva 2004/38, os requisitos de concessão de um direito de residência por mais de três meses ao nacional de um Estado terceiro, cônjuge do mesmo sexo de um cidadão da União, não deveriam, em princípio, ser mais estritos do que os previstos no artigo 7.º, n.º 2, desta mesma diretiva.

D. Quanto às terceira e quarta questões prejudiciais

89. As terceira e quarta questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio apenas se colocam no caso de o conceito de «cônjuge» na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38 dever ser interpretado no sentido de que apenas se refere aos casais heterossexuais unidos pelos laços do casamento.

90. Em meu entender, sendo esta conclusão contrária à redação e ao contexto da disposição em causa, assim como aos objetivos prosseguidos pela Diretiva 2004/38, não deveria ser necessário responder-lhe. Contudo, por razões de exaustividade, irei apreciá-las brevemente. Por outro lado, podem ser apreciadas em conjunto.

91. Com efeito, com as suas terceira e quarta questões, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se o nacional de um Estado terceiro, do mesmo sexo que o cidadão da União com o qual está casado em conformidade com a lei de um Estado-Membro distinto do Estado de acolhimento, pode, se não for considerado «cônjuge» na aceção da Diretiva 2004/38, ser qualificado como «outro membro da família» ou de «parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada» na aceção do artigo 3.º, n.º 2, alíneas a) ou b), da referida diretiva e quais são as consequências desta eventual qualificação.

92. Como expliquei anteriormente, no contexto atual é artificial considerar que um casal homossexual não pode ter uma vida familiar na aceção do artigo 7.º da Carta⁶⁹.

93. Por conseguinte, é certo que um nacional de um Estado terceiro, do mesmo sexo que o cidadão da União com o qual está casado em conformidade com a lei de um Estado-Membro, pode ser abrangido pelo âmbito da aplicação do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, enquanto «outro membro da família» ou como parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada.

94. Todavia, resulta do acórdão de 5 de setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:519) que o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 não obriga os Estados-Membros a reconhecerem um direito de entrada e de residência a favor das pessoas abrangidas pelo âmbito da aplicação desta disposição. Apenas lhes impõem a obrigação de atribuírem uma certa vantagem, relativamente aos pedidos de entrada e de residência de outros nacionais de Estados terceiros, aos pedidos apresentados por pessoas abrangidas pelo seu âmbito da aplicação⁷⁰.

68 V., neste sentido, acórdão de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 61).

69 V. desenvolvimentos ao Título V, alínea B, n.º 2, alínea b), Quanto aos direitos fundamentais relacionados com o conceito de «cônjuge» das presentes conclusões.

70 V., neste sentido, acórdão de 5 de setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:519, n.º 21).

95. O Tribunal de Justiça precisou que os Estados-Membros deviam, para cumprirem esta obrigação, «em conformidade com o artigo 3.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2004/38, prever a possibilidade de as pessoas referidas no n.º 2, primeiro parágrafo, do mesmo artigo obterem uma decisão sobre o seu pedido, fundada numa extensa análise das suas circunstâncias pessoais, e que, em caso de recusa, seja fundamentada»⁷¹.

96. O Tribunal de Justiça também declarou que os Estados-Membros dispunham de uma «ampla margem de apreciação na escolha dos fatores a tomar em consideração, [entendendo-se que] o Estado-Membro de acolhimento deve garantir que a sua legislação prevê critérios conformes com o sentido habitual do termo “facilita” [...] e que não privem esta disposição do seu efeito útil»⁷².

97. No entanto, parece-me que esta margem de apreciação deve ser reduzida na hipótese descrita pelo órgão jurisdicional de reenvio.

98. Por um lado, a recusa de deferir o pedido de entrada e de residência de um nacional de um Estado terceiro, do mesmo sexo que o cidadão da União com o qual está casado, em conformidade com a lei de um Estado-Membro, não pode ser fundamentada exclusivamente ou de forma decisiva na sua orientação sexual, sob pena de violar os artigos 7.º e 21.º da Carta⁷³. A este respeito, «[e]mbora a proteção da família tradicional possa, em determinadas circunstâncias, constituir um objetivo legítimo à luz do artigo 14.º [da CEDH, que proíbe as discriminações], o Tribunal [Europeu dos Direitos do Homem] considera que, no domínio em causa, ou seja, a concessão de uma *autorização de residência por razões familiares a um parceiro estrangeiro homossexual*, não pode constituir uma razão “particularmente sólida e convincente” suscetível de justificar, nas circunstâncias do caso em apreço, uma discriminação em razão da orientação sexual»⁷⁴.

99. Por outro lado, a obrigação de facilitar a entrada e a residência do nacional de um Estado terceiro do mesmo sexo que o cidadão da União com o qual está casado é ainda mais vinculativa e a margem de apreciação reduzida quando o Estado-Membro não autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo e também não oferece aos casais homossexuais a possibilidade de contraírem uma parceria registada. Com efeito, decorre do artigo 8.º da CEDH — e, por conseguinte, do artigo 7.º da Carta — uma obrigação positiva de oferecer a estas pessoas, tal como aos heterossexuais, a possibilidade de obterem um reconhecimento legal e a proteção jurídica da sua relação enquanto casal⁷⁵. Ora, a concessão de uma autorização de residência ao cônjuge de um cidadão da União constitui o reconhecimento e a garantia mínima que lhes pode ser dada.

VI. Conclusão

100. Tendo em consideração o exposto, proponho que o Tribunal de Justiça responda o seguinte às questões prejudiciais submetidas pela Curtea Constituțională (Tribunal Constitucional, Roménia):

«1) O artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da 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, 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,

71 Acórdão de 5 de setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:519, n.ºs 22 e 26).

72 Acórdão de 5 de setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:519, n.ºs 24 e 26).

73 V., neste sentido, Tribunal EDH, 23 de fevereiro de 2016, Pajić c. Croácia, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, n.ºs 59 e 84, assim como Tribunal EDH, 30 de junho de 2016, Taddeucci e McCall c. Itália, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, n.º 89.

74 Tribunal EDH, 30 de junho de 2016, Taddeucci e McCall c. Itália, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, n.º 93; o sublinhado é meu.

75 V., neste sentido, Tribunal EDH, 21 de julho de 2015, Oliari e o. c. Itália, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, n.º 185.

75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE deve ser interpretado no sentido de que o conceito de “cônjuge” é aplicável a um nacional de um Estado terceiro do mesmo sexo que o cidadão da União Europeia com o qual está casado.

- 2) O artigo 3.º, n.º 1, e artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 devem ser interpretados no sentido de que o cônjuge do mesmo sexo de um cidadão da União que acompanha o referido cidadão no território de outro Estado-Membro beneficia de um direito de residência por mais de três meses, desde que cumpra os requisitos do artigo 7.º, n.º 1, alíneas a), b) ou c), desta diretiva.

O artigo 21.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que, numa situação em que um cidadão da União desenvolveu ou consolidou uma vida familiar com um nacional de um Estado terceiro por ocasião de uma residência efetiva num Estado-Membro distinto do Estado-Membro de que é nacional, as disposições da Diretiva 2004/38 são aplicáveis por analogia quando o referido cidadão da União regressa, com o respetivo membro da sua família, para o seu Estado-Membro de origem. Nesta hipótese, os requisitos de concessão de um direito de residência por mais de três meses ao nacional de um Estado terceiro, cônjuge do mesmo sexo de um cidadão da União, não devem, em princípio, ser mais estritos que os previstos no artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38.

- 3) O artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 deve ser interpretado no sentido de que pode ser aplicado à situação de um nacional de um Estado terceiro, do mesmo sexo que o cidadão da União com o qual está casado em conformidade com a lei de um Estado-Membro, quer enquanto “outro membro da família”, quer como “parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada”.

- 4) O artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 deve ser interpretado no sentido de que:

- não impõe aos Estados-Membros o dever de concederem um direito de residência no seu território por mais de três meses ao nacional de um Estado terceiro legalmente casado com um cidadão da União do mesmo sexo;
- não obstante, incumbe aos Estados-Membros garantir que a sua legislação prevê critérios que permitem ao referido nacional obter uma decisão sobre o seu pedido de entrada e de residência, assente numa apreciação aprofundada da sua situação pessoal e que, em caso de recusa, a mesma é fundamentada;
- embora os Estados-Membros tenham uma ampla margem de apreciação na escolha dos referidos critérios, devem, no entanto, respeitar o sentido habitual do termo “facilita” e não privar esta disposição do seu efeito útil; e
- a recusa do pedido de entrada e de residência não pode, em qualquer caso, ter como fundamento a orientação sexual da pessoa em causa.»