Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
VERICA TRSTENJAK
apresentadas em 15 de maio de 2012 [1]

Processo C-40/11

Yoshikazu Iida
contra
Stadt Ulm

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verwaltungsgerichtshof de Baden-Württemberg (Alemanha)]

«Artigo 6.º TUE — Artigos 20.° e 21.° TFUE — Artigos 7.°, 24.° e 51.° da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Artigos 2.°, 3.°, 7.°, n.º 2, 10.° e 12.° da Diretiva 2004/38 — Artigo 8.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais — Menor nacional de um Estado-Membro que mudou a sua residência, conjuntamente com a sua mãe, para outro Estado-Membro — Direito de residência, no estado de origem do filho, do nacional de um país terceiro titular da autoridade parental — Âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Aplicação do direito da União»

I — Introdução

1. O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a questão de saber se e, em caso de resposta afirmativa, até que ponto e em que condições o nacional de um país terceiro beneficia de um direito de residência ao abrigo do direito da União em virtude das suas relações familiares e pessoais com cidadãos menores da União Europeia. O pedido de decisão prejudicial está, deste modo, relacionado com a problemática discutida nos acórdãos Dereci [2] e Ruiz Zambrano [3], que se traduz na questão de saber até que ponto os direitos de residência de que beneficiam os cidadãos europeus se estendem aos nacionais de países terceiros. A este respeito, o presente caso apresenta a particularidade de o nacional do país terceiro não requerer o direito de residência no Estado-Membro em que a sua filha, cidadã da União Europeia, se encontra.

1 — Língua original das conclusões: alemão; língua do processo: alemão.

2 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de novembro de 2011, Dereci e o. (C-256/11, Colet., p. I-11315).

3 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de março de 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, Colet., p. I-1177).

II — Quadro jurídico

A — *Direito da União*

1. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

2. O artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta dos Direitos Fundamentais») — «Respeito pela vida privada e familiar» — determina:

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

3. O artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais — «Direito das crianças» — prevê:

«1. As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. […]

[...]

3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses.»

4. O primeiro período do n.º 1 do artigo 51.º da Carta dos Direitos Fundamentais dispõe:

«As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União.»

2. Diretiva 2004/38

5. O quinto considerando 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/CEE (a seguir «Diretiva 2004/38») [4], prevê:

«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. […]»

6. O artigo 1.º da Diretiva 2004/38 define o objeto da referida diretiva do seguinte modo:

«A presente diretiva estabelece:

a) 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;

[...]»

4 — JO L 158, p. 77 e retificações no JO L 229, p. 35, e JO L 197, p. 34, recentemente alterado pelo 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).

7. Segundo as definições constantes no artigo 2.º da Diretiva 2004/38, por «membro da família» entende-se, designadamente, «os ascendentes diretos que estejam a cargo, assim como os do cônjuge ou do parceiro […]» [artigo 2.º, n.º 2, alínea d)]. Nos termos do artigo 2.º, n.º 3, da referida diretiva, considera-se «Estado-Membro de acolhimento», o Estado-Membro para onde se desloca o cidadão da União a fim de aí exercer o seu direito de livre circulação e residência.

8. O artigo 3.º da Diretiva 2004/38 — «Titulares» — prevê:

«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;

[…]»

9. O n.º 2 do artigo 7.º da Diretiva 2004/38 prevê:

«O direito de residência […] 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, […].»

10. O artigo 10.º — «Emissão do cartão de residência» — determina:

«1. O direito de residência dos membros da família de um cidadão da União que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro é comprovado pela emissão de um documento denominado ‘cartão de residência de membro da família de um cidadão da União’, no prazo de seis meses a contar da apresentação do pedido. […]

2. Para a emissão do cartão de residência, os Estados-Membros exigem a apresentação dos seguintes documentos:

[…]

c) O certificado de registo ou, caso não haja sistema de registo, qualquer outra prova de que o cidadão da União que acompanham ou ao qual se reúnem reside no Estado-Membro de acolhimento;

[…]»

11. O artigo 12.º da Diretiva 2004/38 determina no que se respeita à «Conservação do direito de residência dos membros da família em caso de morte ou partida do cidadão da União»:

«[…]

3. A partida do Estado-Membro de acolhimento de um cidadão da União ou a sua morte não implicam a perda do direito de residência dos seus filhos ou de um dos pais que tenha a guarda efetiva dos filhos, independentemente da sua nacionalidade, desde que os filhos residam no Estado-Membro de acolhimento e estejam inscritos num estabelecimento de ensino para frequentarem um curso, até ao final dos seus estudos.»

B — *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*

12. O artigo 8.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «CEDH») tem por objeto o direito ao respeito da vida privada e familiar, dispondo o seguinte:

«1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.»

C — *Direito nacional*

1. Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet [5] (lei alemã sobre a residência, a atividade profissional e a integração de estrangeiros no território federal (a seguir «Lei da residência»).

13. O § 7 da Lei da residência tem por objeto a autorização de residência, prevendo o seguinte:

«1. A autorização de residência é um título temporário concedido para os fins indicados nas disposições seguintes. Nos casos em que haja uma justificação especial, a autorização de residência pode ser concedida para fins de residência não previstos na lei.

[...]»

14. O § 18, n.º 2, da Lei da residência determina:

«Pode ser concedido a um estrangeiro um título de residência para o exercício de uma atividade profissional [...]»

2. Lei da Livre Circulação dos Cidadãos da União Europeia

15. Nos termos do § 2 da Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern [6] (Lei da Livre Circulação dos Cidadãos da União Europeia, a seguir «Lei da livre circulação/UE»), os cidadãos da União Europeia com direito de livre circulação beneficiam do direito de entrada e de residência no território federal nos termos da presente lei. No entanto, os membros da sua família, em princípio,

5 — Aufenthaltsgesetz, na versão do aviso de 25 de fevereiro de 2008 (BGBl. I p. 162), alterada pelo artigo 2.º, n.º 25, da Lei de 22 de dezembro de 2011 (BGBl. I p. 3044).

6 — Freizügigkeitsgesetz/EU de 30 de julho de 2004 (BGBl. I p. 1950, 1986), alterada pelo artigo 14.º da Lei de 20 de dezembro de 2011 (BGBl. I p. 2854).

apenas beneficiam deste direito «quando acompanhem ou se reúnam ao cidadão da União» (§ 3, n.º 1, da Lei da livre circulação/UE), ou, então, quando, após residirem ininterruptamente no território federal há mais de cinco anos, adquiram um direito de residência permanente (§ 4a da Lei da livre circulação/UE).

16. O § 5 da Lei da livre circulação/UE determina, sob a epígrafe «Certificados relativos aos direitos de residência ao abrigo do direito comunitário, cartões de residência»:

«[…]

2. Será emitida oficiosamente, no prazo de seis meses a contar da data em que tenham sido apresentados os elementos pertinentes, aos membros da família com o direito de livre circulação que não sejam cidadãos da União, um cartão de residência de membros da família de um cidadão da União com validade de cinco anos. […]»

III — Matéria de facto do processo principal

17. O recorrente no processo principal tem nacionalidade japonesa e está casado desde 1998 com uma cidadã alemã. A filha de ambos nasceu nos E.U.A., em 2004, e tem, para além das nacionalidades americana e japonesa, igualmente nacionalidade alemã.

18. No final de dezembro de 2005, a família deslocou-se dos E.U.A. para Ulm (Alemanha). Em 9 de janeiro de 2006, o recorrente obteve uma autorização de residência nacional como cônjuge estrangeiro de uma cidadã alemã.

19. O recorrente trabalha a tempo inteiro desde fevereiro de 2006, em Ulm, no mediante contrato de trabalho por tempo indeterminado e auferindo um salário bruto mensal de 4 850 euros.

20. No verão de 2007, a mulher do recorrente começou a trabalhar em Viena e transferiu a sua residência permanente para essa cidade em março de 2008, levando a filha de ambos consigo. O recorrente permaneceu em Ulm. Os cônjuges exercem em comum a autoridade parental sobre a filha menor, que frequenta a escola em Viena. O recorrente visita a sua filha regularmente uma vez por mês, passando com ela um fim de semana inteiro, e presta-lhe alimentos no montante mensal de 300 euros. Além disso, a filha passa as férias principalmente com o recorrente.

21. Em junho de 2008, a esposa declarou, no serviço de estrangeiros alemão, já estar separada do recorrente desde 1 de janeiro de 2008. Nestas condições, não foi possível prorrogar, ao abrigo da Lei alemã da residência, a autorização de residência concedida inicialmente ao recorrente na sua qualidade de cônjuge de uma cidadã alemã.

22. Não obstante, o recorrente reside atualmente de forma legal na Alemanha depois de lhe ter sido concedida, nos termos do § 18 da Lei alemã da residência, uma autorização de residência nacional com base no exercício de uma atividade profissional.

23. No entanto, o recorrente considera que, com base no facto de exercer a autoridade parental sobre a sua filha menor residente na Áustria, beneficia igualmente de um direito de residência na Alemanha decorrente do direito da União. Este direito permitir-lhe-ia obter um «cartão de residência de membro da família de um cidadão da União», nos termos do artigo 10.º da Diretiva 2004/38.

24. Em 30 de maio de 2008, o recorrente requereu, mas sem êxito, a emissão desse cartão de residência. Esse pedido encontra-se agora em apreciação, em sede de recurso, no órgão jurisdicional de reenvio.

IV — Questões prejudiciais

25. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

«A. Sobre os artigos 2.°, 3.° e 7.° da Diretiva cidadania europeia 2004/38/CE:

1) Numa interpretação extensiva do artigo 2.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2004/38/CE, especialmente à luz do artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDF) e do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), pode considerar-se que o progenitor nacional de um país terceiro titular da autoridade parental sobre um filho menor (filho esse que goza do direito de livre circulação por ser cidadão da União Europeia), numa situação em que não está a cargo do filho, também é 'membro da família'?

2) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior: a Diretiva 2004/38/CE, numa interpretação extensiva do seu artigo 3.º, n.º 1, especialmente à luz dos artigos 7.° CDF e 8.° CEDH, aplica-se ao mencionado progenitor ainda que o mesmo não tenha acompanhado o filho menor nem a ele se tenha reunido no Estado-Membro de que o mesmo filho é nacional e a partir do qual se deslocou?

3) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior: decorre daqui que aquele progenitor, numa interpretação extensiva do artigo 7.º, n.º 2, Diretiva 2004/38/CE, especialmente à luz dos artigos 7.° e 24.° CDF e 8.° CEDH, tem um direito de residência por mais de três meses no Estado-Membro de que o filho (cidadão da União Europeia) é nacional, pelo menos enquanto detiver e exercer efetivamente a autoridade parental?

B. Sobre o artigo 6.º, n.º 1, TUE, em conjugação com a Carta dos Direitos Fundamentais:

1.ª questão

a) A Carta é aplicável, nos termos do seu artigo 51.º, n.º 1, primeiro período, quando o objeto do litígio depende da aplicação de uma lei (ou parte de lei) nacional que, além de outras disposições, também procedeu à transposição de diretivas europeias?

b) Em caso de resposta negativa à questão anterior: a Carta é aplicável, nos termos do seu artigo 51. º, n.º 1, primeiro período, pelo facto de o recorrente poder eventualmente beneficiar de um direito de residência ao abrigo do direito da União e, por consequência, nos termos do § 5, n.º 2, da Lei alemã sobre a livre circulação/UE, ter o direito de requerer um cartão de residência de membro da família de um cidadão da União com base no artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva cidadania europeia 2004/38/CE?

c) Em caso de resposta negativa à questão anterior: a Carta é aplicável, nos termos do seu artigo 51. º, n.º 1, primeiro período, na esteira da jurisprudência ERT (acórdão do TJCE de 18 de junho de 1991, C-260/89, n.ºs 41 a 45), se um Estado-Membro restringir o direito de residência do pai, nacional de um país terceiro, titular da autoridade parental sobre a sua filha menor cidadã da União Europeia, filha essa que, devido à atividade profissional da mãe, reside a maior parte do tempo noutro Estado-Membro da União Europeia?

2.ª questão

a) Se a Carta for aplicável: é possível deduzir diretamente do artigo 24.º, n.º 3, CDF um direito de residência ao abrigo do direito da União a favor do pai nacional de um país terceiro, pelo menos enquanto detiver e exercer efetivamente a autoridade parental sobre o seu filho nacional da União Europeia, mesmo que este último resida a maior parte do tempo noutro Estado-Membro da União Europeia?

b) Em caso de resposta negativa à questão anterior: o pai com nacionalidade de um país terceiro pode fundamentar o seu direito de residência ao abrigo do direito da União Europeia no direito de livre circulação do seu filho nacional da União Europeia consagrado no artigo 45.º, n.º 1, CDF, eventualmente em conjugação com o artigo 24.º, n.º 3, CDF, pelo menos enquanto detiver e efetivamente exercer a autoridade parental sobre o filho, para que o direito de livre circulação do filho não seja esvaziado de efeitos práticos?

C. Sobre o artigo 6.º, n.º 3, TUE em conjugação com os princípios gerais de direito da União Europeia:

1) Podem os direitos fundamentais não «escritos» da União Europeia, desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça desde o acórdão Stauder (processo 29/69, n.º 7) até, por exemplo, ao acórdão Mangold (processo C-144/04, n.º 75), ser plenamente aplicados ainda que, no caso concreto, a Carta dos Direitos Fundamentais não seja aplicável? Por outras palavras: os direitos fundamentais previstos no artigo 6.º, n.º 3, TUE, enquanto princípios gerais de direito da União Europeia, continuam a aplicar-se autónoma e independentemente dos novos direitos fundamentais da Carta dos Direitos Fundamentais reconhecidos no artigo 6.º, n.º 1, TUE?

2) Em caso de resposta afirmativa à questão anterior: pode o pai com nacionalidade de um país terceiro de um menor cidadão da União Europeia, a fim de poder exercer efetivamente a sua autoridade parental, fundamentar um direito de residência ao abrigo do direito da União nos princípios gerais da União Europeia, lidos à luz do direito ao respeito da vida familiar previsto no artigo 8.º CEDH, quando o menor reside a maior parte do tempo noutro Estado-Membro devido à atividade profissional da mãe?

D. Sobre o artigo 21.º, n.º 1, TFUE, em conjugação com o artigo 8.º CEDH:

Caso o artigo 6.º, n.ºs 1 ou 3, TUE não permitam fundamentar um direito de residência do recorrente ao abrigo do direito da União: pode o direito de livre circulação de uma menor com a cidadania europeia, que, devido à atividade profissional da mãe, resida a maior parte do tempo noutro Estado-Membro, fundamentar, nos termos do artigo 21.º, n.º 1, TFUE, eventualmente em conjugação com o artigo 8.º CEDH, e na esteira do acórdão Zhu e Chen (acórdão do TJUE de 19 de outubro de 2004, C-200/02, n.ºs 45 a 47), o direito de residência ao abrigo do direito da União do seu pai, nacional de um país terceiro, no país de que a filha é nacional, a fim de poder exercer efetivamente a sua autoridade parental?

E. Sobre o artigo 10.º da Diretiva cidadania europeia 2004/38/CE:

Caso seja reconhecido um direito de residência ao abrigo do direito da União: um progenitor nacional de um país terceiro na situação do recorrente tem o direito de obter um 'cartão de residência de membro da família de um cidadão da União' com base no artigo 10.º, n.º 1, primeiro período, da diretiva?»

26. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio admite que: «Todas as questões apresentadas podem naturalmente resumir-se a uma só:

«Resulta do direito da União Europeia que o progenitor com a nacionalidade de um Estado terceiro que tenha o direito de exercer a autoridade parental tem o direito de residir e de obter um «cartão de residência de membro da família de um cidadão da União» no Estado-Membro de origem do seu filho cidadão da União, para o efeito de com ele manter relações pessoais e parentais diretas, no caso de esse filho se mudar desse Estado-Membro para outro Estado-Membro no exercício do seu direito de livre circulação?» [7]

V — Apreciação das questões prejudiciais

A — *Ordem de análise*

27. Nas considerações que se seguem, deve ter-se como ponto de partida a questão sumária reproduzida acima no n.º 26, a qual deve ser esclarecida tendo em conta os diferentes aspetos jurídicos suscitados no n.º 25, quando pertinentes.

28. Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, na situação do processo principal, o recorrente beneficia de um direito de residência, ao abrigo do direito da União, no Estado-Membro de que a sua filha alemã é nacional. Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio procura determinar se este direito permite ao recorrente obter, nos termos do direito da União, um «cartão de residência de membro da família de um cidadão da União».

B — *Quanto ao direito de residência do nacional de um país terceiro, titular da autoridade parental, no Estado-Membro de que o menor com cidadania europeia é nacional e a partir do qual se deslocou para outro Estado-Membro*

29. O direito de residência do recorrente na Alemanha ao abrigo do direito da União pode resultar da Diretiva 2004/38 ou do direito primário.

30. Por conseguinte, em primeiro lugar, há que analisar se a Diretiva 2004/38 pode fundamentar esse direito de residência.

1. Diretiva 2004/38

31. Para efeitos da análise da questão de saber se a Diretiva 2004/38 pode fundamentar o direito de residência, importa, antes de mais, desenvolver algumas reflexões quanto ao teor literal das suas disposições, à sua sistemática, bem como ao seu sentido e finalidade. Em seguida, há que determinar se o resultado desta interpretação da Diretiva 2004/38 no que respeita à sua letra, sistemática e finalidade é compatível com os direitos fundamentais.

a) Interpretação literal da Diretiva 2004/38

32. O direito de residência do recorrente na Alemanha pode resultar do artigo 7.º, n.º 2 ou do artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2004/38. Deve ainda ter-se em consideração o quinto considerando.

7 — P. 16 do despacho de reenvio.

i) Artigo 7.º, n.º 2, em conjugação com o artigo 2.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2004/38

33. Caso um cidadão da União se desloque para outro Estado-Membro, do qual não é nacional, o artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, em conjugação com o seu artigo 2.º, n.º 2, alínea d), concede aos seus progenitores o direito de residência por mais de três meses nesse Estado-Membro, contanto que eles estejam a cargo do cidadão da União. No entanto, este direito de residência só é concedido se o membro da família em causa acompanhar ou se reunir efetivamente ao cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento.

34. As condições acima mencionadas não se encontram preenchidas no processo principal. De facto, por um lado, o pai, que é nacional de um país terceiro, não invoca o seu direito de residência no Estado-Membro de acolhimento para o qual a sua filha se deslocou, a Áustria, mas sim no Estado-Membro de que a sua filha é nacional, a Alemanha. Por outro lado, o artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 é, pela sua letra, não se aplica, pois o pai, de nacionalidade japonesa, não acompanhou nem se reuniu à filha no Estado-Membro de acolhimento. Por último, tão-pouco a condição prevista no artigo 2.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2004/38 se encontra preenchida, visto que *in casu* não é o pai que está a cargo da cidadã europeia, mas o contrário [8].

ii) Artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2004/38

35. É certo que o artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2004/38 concede a «um dos pais que tenha a guarda efetiva», independentemente da sua nacionalidade, um direito de residência até ao final dos estudos do filho. Mas esta disposição, de acordo com a sua clara formulação literal, só é aplicável ao caso em que um cidadão da União deixa o *Estado-Membro de acolhimento* e não ao caso aqui em análise, em que o cidadão da União deixa o *seu Estado-Membro de origem*. Por conseguinte, esta disposição não pode fundamentar qualquer direito de residência na Alemanha do pai japonês cuja filha de nacionalidade alemã se mudou para a Áustria.

iii) Quinto considerando da Diretiva 2004/38

36. A redação do quinto considerando da Diretiva 2004/38 permanece, à primeira vista, em aberto e, considerada isoladamente, parece conceder aos nacionais de países terceiros um direito de residência em toda a União («no território dos Estados-Membros»).

37. Porém, enquanto considerando, esta afirmação deve apenas ser considerada como um princípio a ter em conta na interpretação da Diretiva 2004/38. Este considerando não pode modificar a enumeração taxativa e as condições concretas dos direitos de residência previstos na diretiva, nem substituí-los por um direito de residência incondicional dos membros da família em toda a União [9]. Se assim fosse, os artigos 7.º, n.º 2 e 12.º, n.º 3, da Diretiva 2004/38 deixariam de ter qualquer âmbito de aplicação autónomo.

38. Consequentemente, o quinto considerando não permite igualmente fundamentar qualquer direito de residência a favor do nacional de um país terceiro no Estado-Membro de origem do seu filho.

8 — Neste sentido, v. igualmente, no que diz respeito à disposição comparável do artigo 1.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 90/364, o acórdão de 19 de outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, Colet., p. I-9925, n.º 44).

9 — V., a este respeito, Riesenhuber, Karl, «Die Auslegung» in Riesenhuber, K., *Europäische Methodenlehre*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York 2010, § 11, ponto 37: «os direitos devem ser sempre deduzidos da parte normativa de um ato jurídico».

iv) Conclusão intercalar

39. Da interpretação literal da Diretiva 2004/38 não é, portanto, possível deduzir qualquer direito de residência por parte do recorrente na Alemanha. Porém, nos termos de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, na interpretação de uma disposição de direito da União há que ter em conta não apenas os seus termos mas igualmente o seu contexto e os objetivos prosseguidos pela regulamentação de que faz parte [10].

40. Dado que a letra da Diretiva 2004/38 não permite fundamentar qualquer direito de residência do nacional de um país terceiro, titular de autoridade parental, no Estado-Membro de origem do menor cidadão da União Europeia, importa, portanto, examinar se a diretiva em questão, tendo em conta a sua sistemática e os seus objetivos, admite uma «interpretação extensiva» [11].

b) Interpretação sistemática da Diretiva 2004/38

41. Relativamente à questão de saber se a interpretação sistemática da Diretiva 2004/38, indo para além do seu teor literal, permite fundamentar um direito de residência do nacional de um país terceiro, titular da autoridade parental, no Estado-Membro de origem do seu filho, o qual se deslocou para outro Estado-Membro, a Comissão afirma acertadamente [12], que a sistemática da Diretiva 2004/38 não deixa qualquer margem de manobra para uma extensão do direito de residência a situações em que os membros da família de um cidadão da União, nacionais de países terceiros, pretendem permanecer no Estado-Membro de origem daquele, após o próprio cidadão da União se ter mudado para outro Estado-Membro.

42. Com efeito, o direito de residência conferido pela Diretiva 2004/38 aos membros da família que são nacionais de países terceiros depende, nos termos do seu artigo 7.º, n.º 2, do facto de o membro da família acompanhar ou se reunir ao cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento.

43. De facto, o Tribunal de Justiça salientou que, no interesse do efeito útil da Diretiva 2004/38, a condição precisamente de «membro da família [de um cidadão da União] que o acompanhe» não deve ser interpretada de forma restritiva e que é irrelevante se as pessoas em causa entraram ao mesmo tempo que o cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento [13].

44. No entanto, como o esclarece o próprio artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38, o seu sistema normativo regula em princípio apenas situações em que estão em causa direitos de residência do cidadão da União e dos membros da sua família em Estados-Membros diferentes daquele de que o cidadão da União é nacional [14].

10 — V., entre outros, acórdãos do Tribunal de Justiça de 18 de maio de 2000, KVS International (C-301/98, Colet., p. I-3583, n.º 21), de 23 de novembro de 2006, ZVK (C-300/05, Colet., p. I-11169, n.º 15), e de 29 de janeiro de 2009, Petrosian e o. (C-19/08, Colet., p. I-495, n.º 34). Quanto às particularidades a nível do método de interpretação do direito da União, v. Wendehorst, C., «Methodenlehre und Privatrecht in Europa» in Jabloner, C. e o., *Vom praktischen Wert der Methode, Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena 2011, pp. 827 e segs.; quanto aos riscos específicos do multilinguismo no direito da União, v. Müller, F./Christensen, R., *Juristische Methodik, Band II, Europarecht*, 2.ª ed., Duncker & Humblot, Berlim 2007, n.os 324 a 344.

11 — V. p. 16 do despacho de reenvio.

12 — V. n.º 45 das suas observações escritas. Devido à falta de elementos concretos nesse sentido, no caso vertente não é necessário examinar em detalhe a eventual relevância da Diretiva 2004/38 em caso de um ulterior regresso do cidadão da União ao seu Estado-Membro de origem. V., quanto a uma problemática similar, acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2007, Eind (C-291/05, Colet., p. I-10719).

13 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de julho de 2008, Metock e o. (C-127/08, Colet., p. I-6241, n.º 93), e despacho do Tribunal de Justiça de 19 de dezembro de 2008, Sahin (C-551/07, Colet., p. I-10453, n.º 28).

14 — Quanto ao conceito de «Titulares» na aceção da Diretiva 2004/38, v. n.os 25 a 45 das conclusões da advogada-geral J. Kokott apresentadas no processo McCarthy (C-434/09), Colet., p. I-3375.

45. Por conseguinte, o direito de residência do membro da família, nacional de um país terceiro, *no Estado-Membro de origem do cidadão da União* não é, em princípio, objeto da Diretiva 2004/38, mesmo quando o cidadão da União se desloque, e não o membro da sua família, do seu Estado-Membro de origem para um Estado-Membro de acolhimento.

46. O legislador da União não ignorou, no âmbito da Diretiva 2004/38, a problemática de uma eventual partida do cidadão da União, tendo-a regulado de forma pormenorizada no seu artigo 12.º Porém, o artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2004/38 apenas concede um direito de residência ao membro da família, nacional de um país terceiro, no Estado-Membro de acolhimento e não no Estado-Membro de origem do cidadão da União. Em termos concretos, esta disposição é aplicável, por exemplo, quando um cidadão da União titular da autoridade parental deixa o Estado-Membro de acolhimento, no qual se havia instalado num primeiro momento com o seu cônjuge nacional de um país terceiro e os seus filhos, e o outro progenitor nacional de um país terceiro pretende permanecer com os filhos nesse Estado até que eles terminem os seus estudos. Em contrapartida, o artigo 12.º da Diretiva 2004/38 nada prevê quanto à questão da manutenção do direito de residência do nacional de um país terceiro no Estado-Membro de origem, não se vislumbrando por que razão a valoração do artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2004/38 deveria ser aplicável, por analogia, para além do objeto normativo da diretiva em questão, igualmente ao Estado-Membro de origem. Mesmo perante uma aplicação analógica do artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2004/38, no presente caso esta aplicação não permitiria fundamentar qualquer direito de residência a favor do pai, visto que o n.º 3 do artigo 12.º da referida diretiva pressupõe manifestamente que o pai, nacional de um país terceiro, e o seu filho residam no mesmo Estado-Membro, o que não acontece no caso em apreço.

47. Em última análise, o fator comum à sistemática normativa do artigo 7.º, n.º 2 e do artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2004/38 é a dependência do direito de residência do nacional de um país terceiro do direito do cidadão da União, na medida em que o nacional do país terceiro deve, num primeiro momento, ter acompanhado o cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento, que é, portanto, um Estado diferente do Estado-Membro de que o cidadão da União é nacional. Isto não se verificou no processo principal, dado que a cidadã da União se instalou na Áustria apenas com a sua mãe.

48. Por conseguinte, à luz da sua sistemática, a Diretiva 2004/38 não permite fundamentar, a favor de nacionais de países terceiros titulares da autoridade parental, um direito de residência no Estado-Membro de origem do menor cidadão da União que se tenha mudado para outro Estado-Membro.

49. Em seguida, coloca-se a questão de saber se, para além da sua sistemática normativa, a Diretiva 2004/38 pode ser invocada, com base em considerações de índole teleológica, para fundamentar o direito de residência dos nacionais de países terceiros, titulares da autoridade parental, no Estado-Membro de origem do menor cidadão da União que se tenha mudado para outro Estado-Membro.

c) Quanto à interpretação teleológica da Diretiva 2004/38

50. Conforme foi acima referido, a Diretiva 2004/38 tem por objetivo regular situações em que estão em causa direitos de residência do cidadão da União e dos membros da sua família em Estados-Membros diferentes daquele de que o cidadão da União é nacional. Por conseguinte, de acordo com o seu espírito e teleologia, não se pode exigir que sejam abrangidas situações como a que está em causa no processo principal, em que se trata apenas do Estado-Membro de que o cidadão da União é nacional e a partir do qual se deslocou e do direito de residência de um membro da família eventualmente existente nesse Estado-Membro.

51. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio suscitou ainda a questão de saber se é possível ter em consideração uma «interpretação extensiva» da Diretiva 2004/38 à luz dos artigos 7.° e 24.° da Carta dos Direitos Fundamentais [15], artigos estes que defendem o respeito pela vida familiar e os direitos dos filhos a receber cuidados e a manter regularmente relações pessoais com os seus progenitores.

d) Quanto à interpretação da Diretiva 2004/38 em conformidade com os direitos fundamentais

52. Uma interpretação conforme com os direitos fundamentais poderá exigir um desenvolvimento normativo das disposições da Diretiva 2004/38.

53. De acordo com o artigo 6.º TUE, a Carta dos Direitos Fundamentais faz parte do direito primário. O direito derivado da União, como a referida diretiva, deve ser interpretado, na medida do possível, em conformidade com o direito primário e, portanto, com os direitos fundamentais. Sempre que um ato jurídico seja suscetível de mais do que uma interpretação, deve ter-se por base aquela que não entre em conflito com os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da União [16].

54. Nos termos do seu artigo 51.º, a Carta dos Direitos Fundamentais deve ser tida em conta na aplicação da Diretiva 2004/38. No entanto, a questão da interpretação e aplicação de um ato jurídico em conformidade com os direitos fundamentais não se pode colocar fora do campo de aplicação do referido ato. Após se ter concluído que a Diretiva 2004/38 não abrange, 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 deixa, pois, igualmente de se colocar a questão de uma apreciação das disposições da diretiva à luz da Carta dos Direitos Fundamentais [17].

55. O mesmo é válido para as disposições da CEDH [18], que, para efeitos de interpretação, tal como a Carta dos Direitos Fundamentais, apenas podem ser relevantes no âmbito de aplicação da Diretiva 2004/38. Uma vez que a diretiva em questão regula unicamente direitos de residência em Estados-Membros diferentes daquele de que o cidadão da União é nacional, também este aspeto não carece de ser aprofundado.

56. Porém, neste contexto coloca-se ainda a questão de saber se os direitos fundamentais podem ser diretamente aplicáveis por outros motivos e se podem conferir ao recorrente, sem passar pela Diretiva 2004/38, um direito de residência no Estado-Membro de origem. Esta questão será analisada nos n.os 75 e segs. destas conclusões.

57. Os direitos fundamentais não exigem o desenvolvimento normativo da Diretiva 2004/38 para fundamentar o direito de residência a favor dos nacionais de países terceiros, titulares da autoridade parental, no Estado-Membro origem do menor cidadão da União que se tenha mudado para outro Estado-Membro.

15 — Embora o órgão jurisdicional de reenvio sugira uma «interpretação extensiva», apenas a considera possível «remotamente» (v. p. 16 do despacho de reenvio).

16 — V., por exemplo, acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de junho de 2007, Ordre des barreaux francophones e germanophones e o. (C-305/05, Colet., p. I-5305, n.º 28 e jurisprudência aí referida), e de 19 de novembro de 2009, Sturgeon e o. (C-402/07 e C-432/07, Colet., p. I-10923, n.º 48); quanto à primazia dos direitos fundamentais e da interpretação conforme com os direitos fundamentais, v. Jarass, H. D., *EU-Grundrechte*, C. H. Beck, Munique 2005, § 3, ponto 7.

17 — No n.º 31 das suas conclusões apresentadas no processo McCarthy (C-434/09), a advogada-geral J. Kokott refere que a Diretiva 2004/38, enquanto tal, está em conformidade com o direito primário, como sublinha, aliás, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, o considerando 31 da referida diretiva.

18 — Quanto à sua relação com a Carta dos Direitos Fundamentais, v. as minhas conclusões apresentadas em 22 de setembro de 2011 no processo N.S. (C-411/10 e C-493/10, acórdão de 21 de dezembro de 2011, Colet., p. I-13905, n.os 142 a 148).

e) Conclusão intercalar

58. Como conclusão intercalar importa reter que a Diretiva 2004/38 não permite fundamentar qualquer direito de residência a favor dos nacionais de países terceiros, titulares da autoridade parental, no Estado-Membro de origem do menor cidadão da União que se tenha mudado para outro Estado-Membro.

59. Uma vez que o direito derivado não confere ao recorrente o alegado direito de residência ao abrigo do direito da União, há que examinar seguidamente o direito primário.

2. Direito primário

60. À luz dos direitos fundamentais garantidos pelos artigos 6.°, n.º 1 e 3.° TUE, o recorrente pode beneficiar, com base nos artigos 20.° e 21.° TFUE, de um direito de residência no Estado-Membro de origem da sua filha que se mudou para a Áustria.

a) Direito de residência do nacional de um país terceiro, titular da autoridade parental, para garantia efetiva do núcleo essencial da posição jurídica em matéria de cidadania europeia do menor cidadão da União

61. No caso vertente, o progenitor titular da autoridade parental, enquanto nacional de um país terceiro, não pode invocar diretamente o direito à livre circulação conferido pelos artigos 20.° e 21.° TFUE, nem o direito de permanência com base na cidadania europeia. Porém, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o estatuto de cidadão da União pode fundamentar, no caso concreto, a atribuição de um direito de residência ao abrigo do direito da União igualmente ao membro da família do cidadão da União que é nacional de um país terceiro.

i) Jurisprudência proferida até ao momento pelo Tribunal de Justiça [19]

62. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o reconhecimento do direito de residência ao abrigo do direito da União, com base no direito primário, a favor de um progenitor nacional de um país terceiro pressupõe que a tutela efetiva da posição jurídica do cidadão da União ficasse essencialmente prejudicada [20]se fosse recusado o direito de residência ao progenitor nacional de um país terceiro. Assim, reconheceu-se um direito de residência a favor do progenitor nacional de um país terceiro — bem entendido, no mesmo Estado-Membro em que o menor se encontrava —, por exemplo, quando uma «recusa de permanência [teria tido] a consequência de os […] filhos […] se verem obrigados a deixar o território da União para acompanhar os seus progenitores» [21], ou então, por exemplo, quando, caso contrário, se privasse «de qualquer efeito útil o direito de residência [do filho]» [22].

19 — V., para além dos já mencionados acórdãos Dereci e o. (já referido na nota 2), Ruiz Zambrano (já referido na nota 3) e Zhu e Chen (já referido na nota 8), por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 2002, Carpenter (C-60/00, Colet., p. I-6279, n.º 46) relativo à livre prestação de serviços «à luz do direito fundamental ao respeito da vida familiar» e o acórdão de 5 de maio de 2011, McCarthy (C-434/09, Colet., p. I-3375, n.º 57).

20 — Neste sentido, acórdão Ruiz Zambrano (já referido na nota 3), n.º 42, segundo o qual as medidas nacionais «[não podem] privar os cidadãos do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União».

21 — Acórdão Ruiz Zambrano (já referido na nota 3), n.º 44.

22 — Acórdão Zhu e Chen (já referido na nota 8), n.º 45.

63. Recentemente, no acórdão Dereci [23], remetendo para o critério do «essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União», o Tribunal de Justiça salientou novamente que o direito de residência de um nacional de um país terceiro, em princípio, apenas pode ser reconhecido de forma excecional, referindo a este respeito 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 membros da sua família que não têm a nacionalidade de um Estado-Membro possam residir com ele no território da União não basta, por si só, para considerar que o cidadão da União é obrigado a abandonar o território da União, se tal direito não for concedido». Ao mesmo tempo, o Tribunal de Justiça deixou expressamente em aberto «a questão de saber se existem outros fundamentos, designadamente relacionados com o direito à proteção da vida familiar, que se oponham a que o direito de residência seja recusado. Esta questão deve porém ser abordada no quadro das disposições relativas à proteção dos direitos fundamentais e em função da sua aplicabilidade respetiva».

ii) Aplicação dos princípios jurisprudenciais aos factos do processo principal

64. À primeira vista dificilmente se pode sustentar que, no caso vertente, o núcleo essencial da posição jurídica em matéria de cidadania europeia da menor cidadã da União será afetado, caso não seja concedido ao seu pai, nacional de um país terceiro, o direito de residência na Alemanha ao abrigo do direito da União.

65. Em sentido contrário aponta, desde logo, a circunstância de a cidadã da União já se ter efetivamente mudado com a sua mãe para a Áustria, apesar de ainda não ter sido concedido ao seu pai qualquer direito de residência na Alemanha ao abrigo do direito da União, e de a menor ter, portanto, exercido plenamente o seu direito de livre circulação. Uma vez que, no caso concreto, o efeito útil da posição jurídica da cidadã europeia em matéria de direito da União não está, assim, manifestamente ameaçado no seu núcleo essencial, de acordo com os princípios jurisprudenciais, deve negar-se, para já, um direito derivado de residência, ao abrigo do direito da União, a favor do seu pai baseado na cidadania europeia da filha ou na liberdade de circulação.

66. No entanto, importa ter em consideração que o pai nacional de um país terceiro, titular da autoridade parental, exerce o direito de fixar o local de residência, porventura, em conjunto com a mãe da criança, podendo consequentemente (co)decidir sobre o local de residência da sua filha. É possível que a mãe e o recorrente, caso a autorização de residência deste último na Alemanha não venha a ser prolongada ou lhe seja recusado um direito de residência ao abrigo do direito da União, ponderem voltar a estabelecer a residência da filha na Alemanha.

67. Porém, perante este cenário — ainda hipotético —, dificilmente se poderá reconhecer atualmente uma ingerência concreta no núcleo essencial das posições jurídicas da filha em matéria de direito da União.

iii) Conclusão intercalar

68. Face ao exposto, tendo em conta a linha jurisprudencial seguida até ao momento pelo Tribunal de Justiça, num caso como o do processo principal não é possível fundamentar qualquer direito de residência a favor do nacional de um país terceiro, titular da autoridade parental, no Estado-Membro de origem do menor cidadão da União.

23 — Acórdão Dereci e o. (já referido na nota 2)., n.os 65 a 69.

69. No entanto, a jurisprudência ainda não discutiu em pormenor a questão de saber se, em circunstâncias como as do processo principal, o direito primário fundamenta um direito de residência a favor do nacional de um país terceiro no Estado-Membro de origem do cidadão da União para garantia efetiva dos direitos fundamentais.

b) Direito de residência do nacional de um país terceiro para garantia efetiva dos direitos fundamentais

70. No acórdão Dereci, o Tribunal de Justiça considerou esta possibilidade, declarando: «Assim, […], se o órgão jurisdicional de reenvio considerar, à luz das circunstâncias […], que a situação dos recorrentes é abrangida pelo direito da União, deverá examinar se a recusa de concessão de um direito de residência a estes últimos ofende o direito ao respeito da vida privada e familiar previsto no artigo 7.º da Carta. Em contrapartida, se considerar que tal situação não é abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União, deverá fazer tal exame à luz do artigo 8.º, n.º 1, da CEDH» [24].

71. É certo que o processo Dereci tem por objeto a questão de uma residência comum de um cidadão da União e de um nacional de um país terceiro num mesmo Estado-Membro. Contudo, as declarações precedentes feitas no acórdão Dereci caracterizam-se por uma tal generalidade que se afiguram aplicáveis aos factos do presente processo, em que estão em causa dois Estados-Membros diferentes.

72. Importa abordar, em seguida, esta problemática e, a este respeito, analisar, em primeiro lugar, a questão de saber se a Carta dos Direitos Fundamentais é, de algum modo, aplicável no caso vertente. Nos termos do artigo 51.º, n.º 1, da referida Carta, tal pressupõe uma relação com a aplicação do direito da União.

73. Por conseguinte, não seria suficiente uma relação com disposições puramente nacionais sem relevância em matéria de direito da União [25]. Porém, deve considerar-se existir, desde logo, uma relação suficiente com a aplicação do direito da União, quando na recusa da autorização de residência ao abrigo do direito da União, embora não se verifique qualquer ingerência no núcleo essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União, ocorre uma restrição menos grave à livre circulação do menor cidadão da União.

74. A aplicabilidade da Carta dos Direitos Fundamentais no contexto de restrições às liberdades fundamentais é posta em causa por uma parte da doutrina [26] invocando a redação do artigo 51.º da referida Carta, o qual se baseia na «aplicação do direito da União». Estas dúvidas colocam-se igualmente em relação ao direito de livre circulação consagrado no artigo 21.º TFUE [27]. No entanto, a referência feita pelas anotações relativas à Carta [28] à jurisprudência do Tribunal de Justiça, em que se reconhece a aplicabilidade dos direitos fundamentais a medidas que restringem as liberdades fundamentais [29], aponta para a aplicação dos direitos fundamentais consagrados na Carta igualmente a restrições à liberdade de circulação nos termos do artigo 21.º TFUE.

24 — Acórdão Dereci e o. (já referido na nota 2), n.º 72.

25 — O órgão jurisdicional de reenvio parece ponderar isto no ponto B.1 do seu catálogo de questões.

26 — V., quanto ao estado da controvérsia, Borowsky, M. in Meyer, J., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3.ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2011, Artigo 51.º, pontos 29 a 31, Ehlers, D. in Ehlers, D. *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3.ª ed., De Gruyter, Berlim 2009, § 14, ponto 53, e Jarass (já referido na nota 16), § 4, ponto 15.

27 — V., quanto à sua natureza jurídica, acórdão Zhu e Chen (já referido na nota 9), n.ºs 39 a 41, e acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de outubro de 2003, Garcia Avello (C-148/02, Colet., p. I-11613, n.º 24), assim como Seyr, S./Rümke, H.-C., «Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft — zugleich eine Anmerkung zum Urteil in der Rechtssache Chen», EuR 2005, pp. 667, 672 e segs., Calliess, C., «Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik», EuR 2007, pp. 7, 23 e segs., e fazendo referência ao segundo considerando da Diretiva 2004/38, Graf Vitzthum, N., «Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger», EurR 2011, pp. 550, 555 e, em especial, nota 29.

28 — V., a este respeito, anotação relativa ao artigo 51.º da Carta dos Direitos Fundamentais, JO C 303, p. 32.

29 — V., a título de exemplo, acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de março de 2004, Karner (C-71/02, Colet., p. I-3025, n.ºs 48 e segs. e jurisprudência aí referida), de 11 de julho de 2002, Carpenter (já referido na nota 19), n.º 40, e de 26 de junho de 1997, Familiapress (C-368/95, Colet., p. I-3689, n.º 24).

i) Restrição à liberdade de circulação nos termos do artigo 21.º TFUE como elemento de conexão para a aplicabilidade da Carta dos Direitos Fundamentais

75. A questão de saber se e, em caso de resposta afirmativa, até que ponto se verifica uma restrição à liberdade de circulação nos termos do artigo 21.º TFUE, depende, em última análise, das circunstâncias do caso concreto cuja apreciação compete ao órgão jurisdicional de reenvio.

76. No entanto, é inegável que a permanência eventualmente não garantida do pai na Alemanha, no futuro, possa implicar que a sua filha menor, enquanto cidadã da União, fique privada de continuar a exercer o seu direito de livre circulação [30], e possa constituir, deste modo, uma restrição a esse direito de livre circulação, ainda que não represente uma ingerência no núcleo essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União na aceção da jurisprudência proferida até ao momento [31].

77. Para se poder chegar a esta conclusão seriam, porventura, necessárias indicações de facto mais detalhadas por parte do órgão jurisdicional de reenvio. De acordo com os autos, não é, com efeito, possível vislumbrar de que modo a situação incerta do direito de residência do recorrente poderá afetar o planeamento das vidas da mãe e da filha.

78. No entanto, afigura-se plausível que a cidadã da União — mesmo admitindo que as relações entre pai e filha, como resulta dos autos, são pacíficas — possa ser dissuadida de fazer uso do seu direito de livre circulação, tanto mais que, na sequência de uma eventual recusa de um direito de residência na Alemanha ao abrigo do direito da União, existe o risco de o seu pai, nacional de um país terceiro, ser obrigado a fixar a sua residência num local afastado da menor. Contudo, neste ponto, deve proceder-se a uma análise global da situação e ter-se igualmente em consideração que o nacional de um país terceiro, ao qual o Governo alemão se refere [32], beneficia eventualmente, nos termos do direito interno, de um direito a perpetuar o seu título de residência nacional.

79. Porém, os direitos fundamentais seriam aplicáveis, *in casu*, se se considerar que existe esse efeito dissuasor decorrente da recusa do direito de residência ao abrigo do direito da União e, portanto, a existência de uma restrição à liberdade de circulação.

80. Neste contexto, os direitos fundamentais devem ser tidos devidamente em conta e, em particular, deve analisar-se a questão de saber se deles resulta, em última instância, um direito ao reconhecimento de um direito de residência, ao abrigo do direito da União, a favor do nacional de um país terceiro.

ii) Possibilidade de um direito de residência subordinado aos direitos fundamentais?

81. Decorre das considerações precedentes que, nos termos do primeiro período do n.º 1 do seu artigo 51.º, a Carta dos Direitos Fundamentais é aplicável, desde que a recusa do direito de residência prejudique o direito de livre circulação da filha de acordo com o artigo 21.º TFUE e esteja, assim, em causa a aplicação do direito da União.

82. Em matéria de direitos fundamentais, no caso em apreço são relevantes, em especial, o direito do filho a manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores (artigo 24.º, n.º 3, da Carta dos Direitos Fundamentais) e o respeito pela vida familiar (artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais).

30 — No que diz respeito a um entendimento mais amplo do conceito de restrição, v., por exemplo, acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2006, Tas-Hagen e Tas (C-192/05, Colet., p. I-10451, n.os 30 e segs. e jurisprudência aí referida), e de 18 de julho de 2006, De Cuyper (C-406/04, Colet., p. I-6947, n.º 39).V., a este respeito, igualmente n.º 69 das conclusões do advogado-geral Y. Bot apresentadas em 27 de março de 2012 no processo Rahman e o. (C-83/11).

31 — V., a este respeito, as observações escritas da Comissão, pp. 21 e seg.

32 — V., a este respeito, as observações escritas da República Federal da Alemanha, n.os 95 e segs.

83. Todavia, a questão de saber se ao recusar-se um direito de residência ocorre uma violação dos direitos fundamentais é duvidosa e depende, por sua vez, das circunstâncias do caso concreto que incubem ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar [33].

84. A recusa do direito de residência na Alemanha ao pai não significa necessariamente que tenha de haver consequências sobre as possibilidades de o pai manter contacto regular com a sua filha residente na Áustria. Pelo contrário, o artigo 24.º, n.º 3, da Carta dos Direitos Fundamentais deve assegurar precisamente que o pai, após a sua filha ter exercido o direito de livre circulação, poderá manter o seu relacionamento com a filha também na Áustria.

85. No entanto, demonstrando-se num caso concreto que a recusa do direito de residência implica uma frustração da possibilidade de manter regularmente relações pessoais, esta circunstância pode constituir uma violação dos direitos fundamentais cuja justificação deve ser apreciada do ponto de vista da proporcionalidade. Neste contexto, importa ter em consideração, designadamente, se o pai da criança, nacional de um país terceiro, exerce igualmente de forma efetiva a sua autoridade parental e se se esforça por cumprir as suas responsabilidades parentais.

86. Neste caso, do artigo 24.º, n.º 3, em conjugação com o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais, é eventualmente possível inferir, com base nos direitos fundamentais, um direito de residência do nacional de um país terceiro na no sentido do acórdão Dereci [34].

87. Importa ainda observar que do artigo 8.º da CEDH, que é aplicável à relação entre pais e filhos mesmo que deixem de viver permanentemente em comunidade familiar [35], pode igualmente inferir-se uma valoração equivalente. Nos termos do artigo 52.º, n.º 3, da Carta dos Direitos Fundamentais, os direitos da Carta correspondentes aos direitos garantidos pela CEDH têm um sentido e âmbito iguais aos conferidos por essa Convenção. No entanto, o artigo 52.º, n.º 3, da Carta dos Direitos Fundamentais esclarece expressamente que essa disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla [36].

c) Conclusão intercalar

88. Assim, a título de conclusão intercalar, importa reter que, à luz dos direitos fundamentais garantidos pelos artigos 6.°, n.º 1 e 3.° TUE e, em especial, dos direitos consagrados no artigo 7.º e no artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, os artigos 20.° e 21.° TFUE podem fundamentar, relativamente ao progenitor com a nacionalidade de um Estado terceiro que tenha o direito de exercer a autoridade parental, o direito de residência no Estado-Membro de origem do seu filho cidadão da União, para o efeito de com ele manter relações pessoais e parentais diretas, no caso de esse filho se mudar desse Estado-Membro para outro Estado-Membro no exercício do seu direito de livre circulação. Este direito de residência pressupõe que a sua recusa, tendo em conta o direito de livre circulação do filho, tenha um efeito restritivo e, à luz dos referidos direitos fundamentais, deva ser considerada como uma violação desproporcionada dos direitos fundamentais, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

33 — Neste sentido, igualmente n.º 78 das conclusões do advogado-geral Y. Bot apresentadas em 27 de março de 2012 no processo Rahman e o. (já referidas na nota 30), em que está, todavia, em causa a residência dos membros da família no mesmo Estado-Membro.

34 — Quanto à relevância do direito primário em matéria de direito de residência em conjugação com os direitos fundamentais e os direitos humanos, v., igualmente n.ºs 74 e 79 das conclusões do advogado-geral Y. Bot apresentadas em 27 de março de 2012 no processo Rahman e o. (já referidas na nota 30).

35 — V., a este respeito, Karpenstein, U./Mayer, F.C., *EMRK*, C. H. Beck, Munique 2012, Artigo 8.º, n.ºs 41 a 53 e jurisprudência aí referida, assim como Grabenwarter, C., *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4.ª ed., C. H. Beck, Munique 2009, § 22, pontos 16 a 19, e, de forma geral, quanto ao alcance do direito consagrado no artigo 8.º da CEDH, acórdãos do TEDH Ahmut c. Países Baixos de 28 de novembro de 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI, p. 2030, § 71, Gül c. Suíça de 19 de fevereiro de 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I, p. 174, § 38, e Sen/Países Baixos de 21 de dezembro de 2001, *Recueil des arrêts e décisions* 2001-I, § 31.

36 — V., as minhas conclusões apresentadas no processo N.S. (já referidas na nota 18), n.ºs 143 e segs.

C — Direito à emissão, ao abrigo do direito da União, de um «cartão de residência de membro da família de um cidadão da União»

89. Independentemente da questão de saber se, à luz dos direitos fundamentais relevantes, o nacional de um país terceiro beneficia, em última análise, de um direito de residência na Alemanha fundado no direito primário, este não pode, em conformidade com o direito da União, solicitar um «cartão de residência de membro da família de um cidadão da União».

90. As condições de emissão de tal cartão estão enumeradas taxativamente no artigo 10.º da Diretiva 2004/38 e aplicam-se especificamente ao direito de residência concedido por esta diretiva ao nacional de um país terceiro. Exige-se, assim, em particular, a apresentação da certidão de registo do cidadão da União que o nacional de um país terceiro acompanha ou à qual se reúne. O recorrente do processo principal não apresentou essa certidão precisamente porque não acompanhou a sua filha na Áustria.

91. Tal como sucede com o direito material de residência, também aqui é impossível aplicar a referida disposição para além do âmbito de aplicação da Diretiva 2004/38, pelo que ao abrigo do direito da União não existe qualquer direito de obter o referido cartão de residência. Além disso, compete ainda ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, eventualmente, se o direito nacional prevê a emissão do referido cartão em todos os casos de atribuição de um direito de residência ao abrigo do direito da União, ou seja, também para além do âmbito de aplicação da Diretiva 2004/38.

VI — Conclusão

92. Tendo em conta todas as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões prejudiciais:

«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, 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, não confere ao progenitor que tem a nacionalidade de um Estado terceiro, titular de autoridade parental, o direito de residir e de obter um cartão de residência de membro da família de um cidadão da União no Estado-Membro de origem do seu filho cidadão da União, para o efeito de com ele manter relações pessoais e parentais diretas, no caso de esse filho se mudar desse Estado-Membro para outro Estado-Membro no exercício do seu direito de livre circulação.

À luz dos direitos fundamentais garantidos pelos artigos 6.°, n.º 1 e 3.° TUE e, em especial, dos direitos consagrados no artigo 7.º e no artigo 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, os artigos 20.° e 21.° TFUE podem fundamentar, relativamente ao progenitor com a nacionalidade de um Estado terceiro titular de autoridade parental, o direito de residência no Estado-Membro de origem do seu filho cidadão da União, para o efeito de com ele manter relações pessoais e parentais diretas, no caso de esse filho se mudar desse Estado-Membro para outro Estado-Membro no exercício do seu direito de livre circulação. Este direito de residência pressupõe que a sua recusa, tendo em conta o direito de livre circulação do filho, tenha um efeito restritivo e, à luz dos referidos direitos fundamentais, deva ser considerada como uma violação desproporcionada dos direitos fundamentais, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

Ao abrigo do direito da União, não existe o direito à emissão de um cartão de residência de membro da família de um cidadão da União para documentar esse direito de residência.»