CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
L. A. GEELHOED
apresentadas em 27 de Abril de 2006 [1]

I — Introdução

1. O presente processo levanta, mais uma vez, a delicada questão das condições em que os familiares de cidadãos comunitários, oriundos de países de fora da União Europeia, podem invocar o direito de residir num Estado-Membro da União Europeia. Em particular, respeita à questão de saber se essas pessoas devem já residir legalmente na União Europeia antes de poderem invocar os direitos de que gozam ao abrigo do direito comunitário derivado, tal como o Tribunal de Justiça declarou no âmbito do processo Akrich [2]. Ou, será suficiente, pelo contrário, que demonstrem os seus vínculos familiares com um cidadão da União Europeia, como o Tribunal de Justiça declarou no processo MRAX [3]?

2. Nas conclusões que apresentei no processo Akrich, fiz referência ao dilema fundamental que existe quanto ao estatuto jurídico e aos direitos dessas pessoas. Por um lado, os nacionais de países terceiros da família de cidadãos comunitários têm direitos que resultam das disposições jurídicas que regem a livre circulação das pessoas dentro da Comunidade. Por outro lado, na falta de harmonização integral, até à data, em matéria de imigração, os Estados-Membros mantêm a sua competência para estabelecer regras sobre a primeira entrada de nacionais de países terceiros no seu território e, consequentemente, no território da União Europeia.

3. Igual dilema se apresenta no caso em apreço, embora num contexto factual completamente diferente do que estava subjacente ao processo Akrich. Existem diferenças quanto à forma como H. Akrich e Y. Jia entraram no território do Estado-Membro em questão, diferenças quanto aos vínculos familiares em causa, diferenças quanto à conduta pessoal do nacional do país terceiro que invoca o direito de residência e diferenças quanto às disposições aplicáveis do direito comunitário.

1 — Língua original: inglês.

2 — Acórdão de 23 de Setembro de 2003 (C-109/01, Colect., p. I-9607).

3 — Acórdão de 25 de Julho de 2002 (C-459/99, Colect., p. I-6591).

II — Disposições de direito comunitário pertinentes

4. O presente processo incide sobre os direitos que resultam da Directiva 73/148 [4] para os nacionais de países terceiros, familiares de cidadãos comunitários que tenham exercido o seu direito de estabelecimento nos termos do artigo 43.º CE. As seguintes disposições da directiva são pertinentes neste contexto.

Artigo 1.º, n.º 1

«Os Estados-Membros suprimirão, nas condições previstas na presente directiva, as restrições à deslocação e à permanência:

a) Dos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos ou que desejem estabelecer-se em outro Estado-Membro para nele exercerem uma actividade não assalariada, ou nele desejem efectuar uma prestação de serviços;

[...]

d) Dos ascendentes e descendentes destes nacionais e dos respectivos cônjuges que estejam a seu cargo, independentemente da sua nacionalidade.»

[...]

Artigo 3.º

«1. Os Estados-Membros admitem no seu território as pessoas referidas no artigo 1.º mediante a simples apresentação do bilhete de identidade ou passaporte válidos.

2. Não pode ser exigido qualquer visto de entrada ou obrigação equivalente, excepto aos familiares que não possuam a nacionalidade de um Estado-Membro. Os Estados-Membros concedem a estas pessoas todas as facilidades para a obtenção dos vistos necessários.»

Artigo 4.º, n.º 3

[...]

4 — Directiva 73/148/CEE do Conselho, de 21 de Maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços (JO L 172 p. 14; EE 06 F1 p. 132).

«Quando um familiar não for nacional de um Estado-Membro, é-lhe concedido um documento de residência com a mesma validade do concedido ao nacional de que depende.»

[...]

Artigo 6.º

«Para a emissão do cartão e da autorização de residência, o Estado-Membro apenas pode exigir ao requerente:

a) A apresentação do documento ao abrigo do qual entrou no seu território;

b) A prova de que é abrangido por uma das categorias referidas nos artigos 1.º e 4.º»

[...]

Artigo 8.º

«Os Estados-Membros só podem derrogar a presente directiva por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública.»

III — Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais

5. A recorrente no processo principal, Y. Jia, é cidadã chinesa, nascida em 1940 e está agora reformada. O seu filho, Shenzhi Li, que também é cidadão chinês, é casado com Svanja Schallehn, cidadã alemã. S. Schallehn gere uma agência de viagens, como trabalhadora não assalariada na Suécia. O casal tem residido legalmente na Suécia desde 1995 e ambos têm autorizações de residência válidas até 3 de Julho de 2006.

6. Em 2 de Maio de 2003, a Embaixada da Suécia em Pequim concedeu a Y. Jia um visto turístico válido para uma entrada nos Estados Schengen, para uma estadia de um máximo de 90 dias, que expirava em 21 de Agosto de 2003. Y. Jia entrou no espaço Schengen através de Estocolmo/Aeroporto de Arlanda, em 13 de Maio de 2003, com o seu passaporte nacional válido, e com o visto turístico. Pouco antes de expirar o seu visto,

Y. Jia apresentou, em 7 de Agosto de 2003, um pedido de autorização de residência junto do Migrationsverket (a autoridade para a imigração sueca), invocando ser uma familiar a cargo de um cidadão da União Europeia.

7. Em apoio do seu pedido, Y. Jia fez referência à sua situação económica na China. Ela e o marido recebem pensões da China de cerca de 1 000 a 1 100 coroas suecas por mês (aproximadamente 110 EUR a 120 EUR), o que não é suficiente para o seu sustento. Atendendo a que não existe outro auxílio económico por parte das autoridades chinesas, não conseguiriam subsistir sem o contributo económico do filho e da mulher deste. Y. Jia apresentou uma certidão de parentesco relativa a ela e ao filho emitida pelo Beijing Notary Public Office bem como uma certidão, emitida pela China Forestry Publishing House, segundo a qual depende economicamente do filho e da nora.

8. Em 7 de Abril 2004, o Migrationsverket decidiu indeferir o pedido de autorização de residência de Y. Jia, e ordenou a sua expulsão para o país de origem, ou para outro país se demonstrasse que esse outro país a receberia. Entendeu que para provar a dependência económica deveria apresentar-se um documento, emitido pela autoridade competente no país de origem, que certificasse que o requerente depende do apoio do seu familiar residente na Suécia. A certidão apresentada por Y. Jia não foi emitida por uma autoridade competente. O mero facto de o seu filho lhe enviar dinheiro e de a apoiar de outras formas não pode ser entendido como razão suficiente para que possa ser considerada economicamente dependente do seu filho, na medida exigida pela lei. Também não pode considerar-se que a circunstância de o nível de vida de Y. Jia vir a ser mais elevado na Suécia implique que exista dependência económica.

9. Em 14 de Maio de 2004, Y. Jia recorreu da decisão do Migrationsverket para a Utlänningsnämnden (órgão de recurso em matéria de imigração).

10. Em 3 de Setembro de 2003, o Migrationsverket concedeu ao marido de Y. Jia, Yupu Li, um visto válido para uma entrada na Suécia para uma estadia de um máximo de 180 dias. Em 10 de Março de 2004 pediu uma autorização de residência, com os mesmo fundamentos que a sua mulher. O seu pedido foi indeferido pelo Migrationsverket em 17 de Setembro de 2004. Y. Li recorreu desta decisão para a Utlänningsnämnden.

11. Depois de o Migrationsverket ter indeferido o pedido de autorização de residência de Y. Jia, esta apresentou o seu caso à

Comissão Europeia. Por carta de 7 de Maio de 2004, dirigida à representação permanente da Suécia junto da União Europeia, a Comissão indicou que a decisão do Migrationsverket não parecia conforme aos artigos 1.°, n.° 1, alínea d) e 4.°, n.° 3, da Directiva 73/148, ao artigo 8.° da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH») e à jurisprudência do Tribunal de Justiça, em particular ao acórdão MRAX [5]. Na sua opinião, Y. Jia tinha, portanto, direito a pedir uma autorização de residência com a mesma validade que as já concedidas à sua nora alemã e ao seu filho chinês.

12. Reagindo à carta da Comissão, o Migrationsverket observou que a expressão «dependente para o seu sustento» implica que deve existir uma verdadeira necessidade de dinheiro ou de outros apoios, que é regularmente satisfeita pelos familiares no Estado-Membro e que é a necessidade de sustento no país de origem que deve ser decisiva, e não a necessidade de sustento em caso de eventual mudança para o Estado-Membro. A dependência deve também ser demonstrável através de uma certidão ou outros documentos, de preferência uma certidão de dependência emitida pelas autoridades do país de origem. O mero compromisso assumido por um cidadão da União ou pelo seu cônjuge de sustentar o seu progenitor não é suficiente para que se possa considerar que existe a dependência necessária para a concessão da autorização de residência. Esta posição foi transmitida à Comissão pelo Governo sueco numa carta de 21 de Junho de 2004.

13. No seu despacho de reenvio, a Utlänningsnämnden levanta a questão de saber se a decisão do Tribunal de Justiça no acórdão Akrich [6], segundo a qual o nacional de um Estado terceiro deve residir legalmente dentro da Comunidade para poder beneficiar dos direitos previstos no artigo 10.° do Regulamento n.° 1612/68, se aplica em circunstâncias diferentes das desse processo. Por outras palavras, será que este acórdão expressa um princípio geral, que implica que os direitos de um familiar de um cidadão da União, nacional de um país terceiro, de entrada e de residência num Estado-Membro, que decorrem do Tratado CE e do direito derivado, se tornam efectivos apenas quando esse nacional de um país terceiro reside legalmente num Estado-Membro, nos termos da legislação nacional, e depois acompanha ou se junta a um cidadão da União que exerce o seu direito de livre circulação, não só como trabalhador assalariado, mas também como trabalhador assalariado? Além disso, uma questão fundamental suscitada pelo acórdão Akrich é a do sentido da expressão «residir legalmente». A Utlänningsnämnden levanta ainda a questão de saber o que se deve entender por situação de dependência de facto e a de saber se, nos termos do artigo 6.° da Directiva 73/148, se

5 — Já referido na nota 3.

6 — Já referido na nota 2.

pode exigir, além de uma certidão de parentesco, a prova de que existe dependência.

14. Foi nesta base que a Utlänningsnämnden decidiu submeter as seguintes questões ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º CE, para uma decisão a título prejudicial:

«1 a) À luz do acórdão no processo C-109/01, deve o artigo 10.º do Regulamento (CEE) n.º 1612/68 ser interpretado no sentido de que um nacional de um país terceiro, familiar de um trabalhador assalariado tal como referido nessa disposição, deve residir legalmente na Comunidade para ter o direito de residir com esse trabalhador? De igual modo, deve o artigo 1.º da Directiva 73/148/CEE ser interpretado no sentido de que o direito de residência de um familiar de um cidadão da União, que seja cidadão de um país terceiro, pressupõe que esse cidadão do país terceiro resida legalmente na Comunidade?

b) Caso a Directiva 73/148/CEE deva ser interpretada no sentido de que uma das condições para um familiar de um cidadão da União, que seja nacional de um pais terceiro, poder invocar o direito de residência, nos termos da directiva, é residir legalmente na Comunidade, isso implica que o familiar deve ser titular de uma autorização de residência válida que lhe permita ou possa permitir residir num dos Estados-Membros? Se não possuir uma autorização de residência, basta então uma autorização de permanência concedida por outras razões, para uma estada mais ou menos longa, ou basta que o requerente da autorização de residência tenha um visto válido, tal como no caso que se encontra pendente na Utlänningsnämnd?

c) Se um nacional de um país terceiro, familiar de um cidadão da União, não puder invocar o direito de residência ao abrigo da Directiva 73/148/CEE, por não residir legalmente na Comunidade, a recusa de concessão da autorização de residência constitui uma restrição ao direito de estabelecimento do cidadão da União, previsto no artigo 43.º CE?

d) Se um nacional de um país terceiro, familiar de um cidadão da União, não puder invocar um direito de residência ao abrigo da Directiva 73/148/CEE, por não residir legalmente na Comunidade, a sua expulsão do país pelo facto de o pedido de autorização de residência nacio-

nal não poder ser deferido depois da entrada na Suécia, constitui uma restrição ao direito de estabelecimento do cidadão da União, previsto no artigo 43.º CE?

15. Foram apresentadas observações por Y. Jia, pelos Governos belga, eslovaco, sueco, neerlandês e do Reino Unido, e pela Comissão. À excepção dos Governos belga e eslovaco, as partes apresentaram alegações orais na audiência de 21 de Fevereiro de 2006.

2 a) Deve o artigo 1.º, n.º 1, alínea d), da Directiva 73/148/CEE ser interpretado no sentido de que 'a seu cargo' significa que o familiar do cidadão da União depende economicamente deste para poder atingir o nível de vida mínimo aceitável no seu país de origem ou no país onde reside permanentemente?

IV — Alegações das partes e dos intervenientes

A — *Quanto ao estatuto da Utlänningsnämnden nos termos do artigo 234.º CE*

16. Antes de discutir as questões colocadas pela Utlänningsnämnden, o Governo sueco apresenta as razões pelas quais considera que este órgão deve ser considerado um «órgão jurisdicional», na acepção do artigo 234.º CE, tendo, portanto, competência para apresentar questões prejudiciais nos termos desta disposição. Salienta que a Utlänningsnämnden é um órgão administrativo com poderes quase judiciais, que decide de recursos interpostos de decisões tomadas pelo Migrationsverket. É criada por lei, tem carácter permanente e o seu presidente e vice-presidente devem ser advogados com prévia experiência judicial. As regras processuais e materiais que aplica são estabelecidas por lei. As suas decisões são vinculativas e não são susceptíveis de recurso. O processo é de carácter contraditório. A Utlänningsnämn-

b) Deve o artigo 6.º, alínea b), da Directiva 73/148/CEE ser interpretado no sentido de que os Estados-Membros podem exigir a um familiar de um cidadão da União, que invoque o facto de ser dependente deste ou do cônjuge deste, que apresente documentos, além de uma declaração de compromisso por parte do cidadão da União, que comprovem a existência de uma relação de dependência *de facto*?»

den tem de respeitar o princípio da igualdade de todos perante a lei e oferecer garantias de imparcialidade e de objectividade. Toma as suas decisões com total independência, embora tenha a possibilidade de remeter determinados processos para o governo, em circunstâncias estabelecidas na lei.

B — *Quanto ao requisito de residir legalmente [questões 1 a) a 1 d)]*

17. Y. Jia pretende distinguir o seu caso daquele que foi objecto do acórdão Akrich, salientando que estava na posse de um visto válido quando pediu a autorização de residência e que nunca tinha sido expulsa da Suécia. Nos termos da lei sueca, tinha direito a permanecer no território sueco durante a apreciação do seu pedido. Mesmo assim, observa que as disposições comunitárias em questão não estabelecem um requisito de residência. O artigo 6.º da Directiva 73/148 não exige que o requerente seja titular de um visto para poder pedir uma autorização de residência. Tal autorização pode ser pedida mesmo depois da entrada no território do Estado-Membro em questão. Alega que a recusa de concessão de uma autorização de residência num caso como o seu constitui uma violação do artigo 43.º CE.

18. Os Governos sueco e eslovaco e a Comissão partilham, de um modo geral, desta posição. Na sua opinião, a possibilidade de invocar o direito de residência por parte de familiares a cargo de cidadãos comunitários que tenham exercido a sua liberdade de circulação não depende de um requisito de prévia residência legal. Tal requisito não consta da Directiva 73/148. A jurisprudência do Tribunal de Justiça no acórdão Akrich deve ser objecto de uma interpretação restritiva, e deve explicar-se pelas circunstâncias de facto desse processo. A imposição, como condição prévia, da obrigação dos familiares nacionais de países terceiros, que entrem num Estado-Membro, vindo directamente de um país terceiro, de obterem uma autorização de residência no Estado-Membro de origem do cidadão comunitário constituiria uma restrição injustificada do direito de livre circulação deste último, e seria contrária aos objectivos do artigo 43.º CE e da Directiva 73/148. Como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão MRAX, o direito destes familiares residirem com o nacional de um Estado-Membro decorre unicamente do vínculo familiar. Por conseguinte, estas partes propõem uma resposta negativa à primeira questão.

19. Os Governos neerlandês e do Reino Unido defendem a tese oposta. O Governo neerlandês distingue entre imigração de nacionais de países terceiros para o território da Comunidade e «migração subsequente» («doormigratie») para outro Estado-Membro dentro da Comunidade. Se esta última é quase exclusivamente da competência da Comunidade, a primeira continua a ser de competência nacional. Nesta perspectiva, os Estados-Membros são responsáveis pela primeira entrada de nacionais de países

terceiros no território da Comunidade, com base numa apreciação individual. Neste contexto, devem respeitar as suas obrigações decorrentes do artigo 8.º da CEDH. O direito comunitário não deve ser interpretado no sentido de que os nacionais de países terceiros que não tenham autorizações de residência válidas possam escapar ao âmbito de aplicação da legislação nacional sobre imigração. Ambos os governos sustentam que a regra estabelecida no acórdão Akrich, segundo a qual a residência legal é um requisito prévio para que os nacionais de países terceiros possam invocar os direitos que lhes são concedidos pelo artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68, aplica-se também no contexto da Directiva 73/148. Esta directiva não regula o acesso, de fora da Comunidade, ao território dos Estados-Membros. Visando a directiva facilitar a circulação dentro da Comunidade, não se pode dizer, no caso em apreço, que a recusa de conceder uma autorização de residência a Y. Jia tenha tido um efeito que dissuadisse a sua nora de exercer os direitos que decorrem do artigo 43.º CE.

20. No que respeita ao conceito de «residir legalmente», o Governo neerlandês considera que o mesmo se refere, em qualquer caso, a situações em que o nacional do país terceiro tenha uma autorização para reagrupamento familiar com um cidadão comunitário, seja residente de longa duração ou tenha um estatuto equivalente. Por outro lado, as pessoas que apenas tenham um visto ou estejam autorizadas a permanecer no território de um Estado-Membro, enquanto aguardam a decisão sobre o pedido de autorização de residência, não seriam abrangidas. Permitir a livre circulação a pessoas nessas situações implicaria que um Estado-Membro teria que acolher um nacional de um país terceiro sem o submeter a uma apreciação individual. Não pode ter sido essa a intenção do legislador comunitário. O Governo do Reino Unido opta por uma posição mais estrita, e sustenta que o conceito de «residir legalmente» deve ser determinada pelo direito nacional. A Directiva 73/148 não pode dar a um nacional de um país terceiro um direito mais amplo que aquele que lhe tenha sido concedido noutro Estado-Membro.

C — Quanto ao requisito da dependência [questões 2 a) e 2 b)]

21. Y. Jia considera que os conceitos de «dependência» e de «atingir um nível de vida mínimo aceitável» estão interligadas. Na sua opinião, «dependência» implica que a pessoa titular do direito de residência assume de facto a responsabilidade pelo apoio a um familiar. Sustenta que demonstrou de modo adequado que é, com efeito, dependente do filho e da nora.

22. O Governo sueco sustenta que a dependência deve ser apreciada relativamente à situação no país de origem e que deve existir uma necessidade real de apoio económico regular. Caso contrário, esta condição, estabelecida no artigo 1.º, n.º 1, alínea d), da Directiva 73/148 ficaria desprovida do seu

efeito útil, uma vez que visa limitar o círculo de familiares susceptíveis de residir com o cidadão comunitário migrante. A condição foi também expressamente inserida na Directiva 2004/38 [7]. Uma situação de dependência deve ser determinada à luz das circunstâncias do caso, com base em factos concretos e objectivos. Os Estados-Membros podem exigir prova da situação de dependência, em especial, por analogia com o artigo 4.º, n.º 3, da Directiva 68/360 [8], pela apresentação de um documento emitido pela autoridade competente do país de origem. Não é suficiente a mera declaração do cidadão comunitário a cargo de quem o familiar se encontra. Esta tese é apoiada pelos Governos belga, eslovaco, e do Reino Unido.

23. A Comissão, pelo contrário, sustenta que a situação de dependência económica deve ser apreciada no Estado-Membro onde o cidadão comunitário reside. Se se tomasse como ponto de referência o país de origem do familiar, nacional de um país terceiro, limitar-se-ia consideravelmente o círculo de pessoas susceptíveis de reagrupamento familiar com cidadãos comunitários, restringindo-se o seu direito de circulação dentro da Comunidade. É irrelevante que o apoio seja suficiente para assegurar um nível de vida decente no Estado-Membro, o único critério é o da dependência económica. Quanto à prova a apresentar, a Comissão é de opinião que os Estados-Membros têm que aceitar qualquer tipo de prova que possa ser apresentada para demonstrar a situação de dependência económica de facto. Uma vez que pode ser difícil apresentar tal prova no momento do pedido do direito de residência, a única prova que pode ser aceite nesse momento é um compromisso, por parte do cidadão comunitário ou do seu cônjuge, de tomar a cargo o familiar em questão. No caso em apreço, a Comissão entende que Y. Jia deve ser considerada como estando a cargo do filho ou da nora.

V — Admissibilidade

24. Ao discutir o estatuto da Utlänningsnämnden nos termos do artigo 234.º CE, o Governo sueco levantou implicitamente a questão da admissibilidade das questões apresentadas por este órgão.

25. Os critérios aplicados pelo Tribunal de Justiça para determinar se um órgão que apresenta um pedido de decisão prejudicial deve ser considerado um órgão jurisdicional, para efeitos do artigo 234.º CE, estão bem assentes. Estes incluem factores tais como se o órgão foi criado por lei, a sua permanência, o carácter obrigatório da sua jurisdição, a

7 — Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (JO L 158, p. 77).

8 — Directiva 68/360/CEE do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativa à supressão das restrições à deslocação e permanência dos trabalhadores dos Estados-Membros e suas famílias na Comunidade (JO L 257, p. 13; EE 05 F1 p. 88).

natureza contraditória do processo, a aplicação pelo órgão das normas de direito, bem como a sua independência [9]. Com base nas informações prestadas pelo Governo sueco, não tenho dúvidas de que a Utlänningsnämnden preenche estes critérios. Parece também comparável, tanto no que se refere ao seu estatuto como à sua organização, ao órgão que apresentou o pedido de decisão prejudicial no processo Abrahamsson [10], que o Tribunal de Justiça considerou ser um órgão jurisdicional, na acepção do artigo 234.º CE. As questões são, portanto, admissíveis.

VI — O problema num contexto mais amplo

A — *Introdução*

26. Tal como no processo Akrich, o caso de Y. Jia revela a tensão fundamental que existe quanto à situação jurídica dos nacionais de países terceiros que sejam familiares de um cidadão da União Europeia. Esta tensão resulta, por um lado, dos poderes dos Estados-Membros em matéria de imigração e, por outro, das disposições comunitárias relativas à livre circulação de pessoas dentro da Comunidade. A competência dos Estados-Membros em matéria de imigração implica que a primeira entrada de um nacional de um país terceiro nos seus territórios e no território da União Europeia está sujeita à prévia apreciação individual da pessoa em questão. Pelo contrário, o direito comunitário existente em matéria de livre circulação de pessoas confere direitos de entrada e de residência aos cônjuges e a determinados familiares de cidadãos da União Europeia que exerçam o seu direito de livre circulação dentro da Comunidade, independentemente da nacionalidade dos familiares.

27. No seu acórdão Akrich, o Tribunal de Justiça parece ter resolvido este problema ao declarar que o Regulamento n.º 1612/68 apenas abarca a livre circulação no interior da Comunidade, nada dizendo quanto aos direitos de acesso ao território da Comunidade de um nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União. O Tribunal de Justiça declarou seguidamente que, para beneficiar dos direitos conferidos a esses nacionais de países terceiros, a pessoa em questão deve residir legalmente num Estado-Membro no momento da sua deslocação para outro Estado-Membro, para o qual o cidadão da União migra ou migrou [11]. Todavia, depois de ter delimitado deste modo a competência nacional e a comunitária, o Tribunal de Justiça procedeu seguidamente à qualificação das circunstâncias em que esta competência nacional deve ser exercida, referindo-se ao direito à protecção da vida familiar, estabelecido no artigo 8.º da CEDH.

9 — V., *inter alia*, acórdãos de 30 de Junho de 1966, Vaassen Göbbels (61/65, Colect. 1965-1968, p. 401); de 19 de Outubro de 1995, Job Centre (C-111/94, Colect., p. I-3361, n.º 9); de 17 de Setembro de 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Colect., p. I-4961, n.º 23); e de 30 de Novembro de 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, Colect., p. I-10497, n.º 24).

10 — Acórdão de 6 de Julho de 2000, Abrahamsson (C-407/98, Colect., p. I-5539, n.ºs 28 a 38).

11 — Já referido na nota 2, n.ºs 49 e 50.

28. Este acórdão diverge de outros acórdãos, tanto anteriores como posteriores, em que o Tribunal de Justiça declarou inequivocamente que os direitos de entrar e residir no território dos Estados-Membros do nacional de um país terceiro, cônjuge de um nacional de um Estado-Membro, decorrem apenas do vínculo familiar [12].

B — *Delimitação de competências*

29. Persiste, portanto, um certo grau de confusão quanto ao âmbito da competência dos Estados-Membros relativamente à admissão de nacionais de países terceiros que sejam familiares de cidadãos da União que tenham exercido ou pretendam exercer os seus direitos de livre circulação. Em especial, não ficou claro se a abordagem do Tribunal de Justiça no acórdão Akrich se pode explicar pelas circunstâncias específicas desse processo ou se a norma estabelecida neste acórdão é de aplicação geral. A situação complica-se ainda mais com a questão de saber se os Estados-Membros estão obrigados, *pelo direito comunitário*, a respeitar a vida familiar, nos termos do artigo 8.º da CEDH. É necessário, portanto, na minha opinião, colocar o problema subjacente ao processo de Y. Jia numa perspectiva mais ampla e procurar uma solução que seja viável para as autoridades e órgãos jurisdicionais nacionais, e seja coerente com a divisão de poderes em matéria de imigração. Para encontrar tal solução, apreciarei detalhadamente os vários parâmetros legais relevantes para este problema. Neste contexto, referir-me-ei também à legislação comunitária mais recente adoptada quanto à entrada de nacionais de países terceiros no território da União.

30. O primeiro destes parâmetros legais respeita à repartição de competências relativamente à imigração para a União e à deslocação e permanência dentro da União de nacionais de países terceiros, incluindo os familiares de cidadãos de Estados-Membros que tenham exercido o seu direito de circulação dentro da União. O artigo 3.º CE, que enumera as actividades a empreender pela Comunidade para alcançar os objectivos estabelecidos no artigo 2.º CE, distingue claramente entre a componente interna e a componente externa da livre circulação de pessoas. Enquanto o artigo 3.º, n.º 1, alínea c), CE respeita ao estabelecimento de um mercado interno caracterizado pela abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais, o artigo 3.º, n.º 1, alínea d), CE respeita a medidas relativas à entrada e circulação de pessoas de acordo com o disposto no título IV, no que toca a vistos, asilo, imigração e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas.

12 — Acórdão MRAX, já referido na nota 3, n.º 59, e acórdão de 14 de Abril de 2005, Comissão/Espanha (C-157/03, Colect., p. I-2911, n.º 28).

31. O aspecto interno é integralmente regido pelo direito comunitário. A livre circulação de cidadãos da União, ou seja, de pessoas que têm nacionalidade de um Estado-Membro, dentro do território dos Estados-Membros é assegurada ao nível do Tratado pelas disposições conjugadas dos artigos 18.º, 39.º, 43.º e 49.º CE, todas de efeito directo, juntamente com o direito comunitário derivado adoptado para executar tais disposições, em especial o Regulamento n.º 1612/68, a Directiva 68/360, a Directiva 73/148 e as Directivas 90/364, 90/365 e 93/96 [13]. Como corolário dos direitos assegurados aos cidadãos comunitários que exercem actividades económicas noutros Estados-Membros, estes instrumentos comunitários estabelecem também direitos em benefício dos familiares, independentemente da sua nacionalidade, de circularem e residirem com o titular principal do direito conferido pelo direito comunitário.

32. A componente externa desta política, que só foi inserida no Tratado CE pelo Tratado de Amesterdão (que entrou em vigor em 1 de Maio de 1999), pelo contrário, não confere directamente direitos efectivos, antes estabelecendo as bases jurídicas de um programa legislativo de harmonização das legislações nacionais que regulam, nomeadamente, a imigração e os controlos nas fronteiras externas da União. Em especial, o artigo 61.º, alínea a), CE, destaca a estreita relação entre as componentes interna e externa da livre circulação de pessoas, ao instruir o Conselho para adoptar «medidas destinadas a assegurar a livre circulação de pessoas nos termos do artigo 14.º [CE], em conjugação com medidas de acompanhamento, com ela directamente relacionadas, em matéria de controlos na fronteira externa, asilo e imigração [...]». Embora vários passos tenham sido dados para dar execução ao Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de Outubro de 1999 e ao subsequente Programa de Haia de Novembro de 2004 [14], a harmonização nesta área está longe de estar concluída. No estado actual do direito comunitário, é manifesto que os Estados-Membros conservam a sua competência relativamente à maioria dos aspectos da legislação sobre imigração.

33. Mais especificamente, tal implica que cabe aos Estados-Membros decidir da primeira entrada no seu território de pessoas de países terceiros, em conformidade com os critérios estabelecidos na sua legislação nacional. Isto significa que têm a possibilidade de só admitirem um nacional de um país terceiro depois de uma apreciação da pessoa em questão e é esta, com, efeito, a prática geral na maioria dos Estados-Membros. Depois de admitidas no território de um Estado-Membro integrado no sistema Schengen, todas as pessoas têm direito de

13 — Regulamento (CEE) n.º 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade (JO L 257, p. 2; EE 05 F1 p. 77); Directiva 68/360, já referida na nota 8; Directiva 73/148, já referida na nota 4; Directiva 90/364/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa ao direito de residência (JO L 180, p. 26); Directiva 90/365/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa ao direito de residência dos trabalhadores assalariados e não assalariados que cessaram a sua actividade profissional (JO L 180, p. 28); e Directiva 93/96/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa ao direito de residência dos estudantes (JO L 317, p. 59).

14 — Ambos disponíveis em http://europa.eu.int/comm/justice_-home/index_en.htm.

circular através das fronteiras internas entre esses Estados-Membros. O direito de residência num Estado-Membro, todavia, é regulado pelo direito comunitário ou pelo direito nacional, em função da nacionalidade e do estatuto jurídico da pessoa em questão.

34. Em determinadas circunstâncias, o exercício dos direitos que decorrem directamente dos instrumentos comunitários para os nacionais de países terceiros, familiares de um cidadão comunitário migrante, pode interferir com a competência dos Estados-Membros na área da imigração. É o que se passa, como no caso em apreço, quando um familiar nacional de um país terceiro entra num Estado-Membro e invoca um direito de residência com base no direito comunitário, apesar de a pessoa em questão poder não ter entrado legalmente no território desse Estado-Membro para o efeito de aí estabelecer residência de longa duração. Perante este facto, existe uma manifesta necessidade de delimitar o alcance de ambas as áreas de competência.

35. Este não é um problema que se resolva pela mera aplicação do mecanismo do primado do direito comunitário sobre o direito nacional que lhe seja contrário. O problema deve antes ser colocado no contexto de esferas de competência coexistentes, embora interdependentes. Tal como se reconhece no artigo 61.º, alínea a), CE, há uma manifesta relação funcional entre assegurar a livre circulação no interior da Comunidade num espaço sem fronteiras internas, tal como exige o artigo 14.º CE, e a existência de controlos fiáveis e seguros nas fronteiras externas desta área. A este respeito, pode traçar-se um paralelo com a relação que existe entre a livre circulação de mercadorias no interior da Comunidade e a existência da pauta aduaneira comum e a política comercial comum, no que respeita a mercadorias importadas para a Comunidade. Apesar de a legislação nacional em matéria de imigração não ter ainda sido (completamente) harmonizada e ainda poderem existir diferenças e divergências, verifica-se que até ser atingido um nível de harmonização suficiente, a livre circulação de todas as pessoas no interior do mercado interno, independentemente da sua nacionalidade, depende da confiança que os Estados-Membros tenham nas políticas e práticas uns dos outros, ao admitirem no seu território nacionais de países terceiros.

C — *Legislação comunitária existente, tal como foi interpretada pelo Tribunal de Justiça*

36. O segundo aspecto a discutir respeita ao exacto âmbito dos direitos conferidos aos nacionais de países terceiros, familiares de cidadãos da Comunidade, nos vários instrumentos comunitários que regulam a livre circulação de trabalhadores assalariados, de trabalhadores não assalariados e de prestadores de serviços. Em especial, trata-se de saber se o direito de entrada num Estado-Membro e o direito de nele residir são concedidos não só independentemente da nacionalidade do familiar, mas também independentemente de este ter entrado no

Estado-Membro de acolhimento a partir de outro Estado-Membro ou (directamente) de um Estado não membro da União.

37. Os termos em que as disposições que conferem direitos de entrada e residência a familiares de países terceiros estão redigidas não são conclusivos quanto a este aspecto. Tanto o artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68, relativo à livre circulação dos trabalhadores, como o artigo 1.º da Directiva 73/148, relativa à livre circulação dos trabalhadores não assalariados permitem, nomeadamente, aos cônjuges de trabalhadores assalariados e não assalariados e aos ascendentes a cargo destes, independentemente da sua nacionalidade, instalar-se com um trabalhador assalariado nacional de um Estado-Membro e que trabalha no território de outro Estado-Membro ou mudar-se e residir com um nacional de um Estado-Membro estabelecido ou que deseje estabelecer-se noutro Estado-Membro para nele exercer uma actividade económica [15].

38. Tal como acima indicado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça nesta matéria não é completamente inequívoca. O Tribunal de Justiça adoptou tanto uma abordagem generosa como uma abordagem restritiva quanto às condições em que podem ser invocados os direitos concedidos pelo direito comunitário derivado aos nacionais de países terceiros familiares de cidadãos comunitários.

39. A abordagem generosa foi desenvolvida no acórdão MRAX, em que o Tribunal de Justiça declarou que o direito de entrada no território dos Estados-Membros do nacional de um país terceiro, casado com um nacional de um Estado-Membro, decorre, em conformidade com o direito comunitário, apenas do vínculo familiar. Embora salientando que o artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 68/360 e o artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 73/148 permitem aos Estados-Membros sujeitar o exercício desse direito à posse de visto (que é definido como uma autorização emitida ou uma decisão tomada por um Estado-Membro, exigida para entrar no seu território [16]), observou que estas mesmas disposições exigem aos Estados-Membros que concedem a estas pessoas todas as facilidades para a obtenção dos vistos necessários. Uma política de um Estado-Membro de reconduzir à sua fronteira um nacional de um país terceiro cônjuge de um cidadão comunitário que tenta entrar no seu território sem dispor de um bilhete de identidade ou de um passaporte válidos ou de um visto, quando o referido cônjuge puder provar a sua identidade bem como o vínculo conjugal e quando não existam elementos susceptíveis de provar que representa um perigo para a ordem pública, a segurança pública ou a saúde pública, viola, nomeadamente, o

15 — O mesmo se aplica aos familiares de prestadores de serviços, que me abstenho de referir, para não sobrecarregar o texto principal.

16 — Esta definição é dada pelo artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 2317/95 do Conselho, de 25 de Setembro de 1995, que determina quais os países terceiros cujos nacionais devem ser detentores de visto para transporem as fronteiras externas dos Estados-Membros (JO L 234, p. 1).

artigo 3.º da Directiva 68/360 e o artigo 3.º da Directiva 73/148, lidos à luz do princípio da proporcionalidade [17]. Seguidamente, o Tribunal de Justiça declarou que segundo a correcta interpretação do artigo 4.º da Directiva 68/360 e do artigo 6.º da Directiva 73/148, um Estado-Membro não pode recusar-se a emitir uma autorização de residência e expulsar um cidadão de um país terceiro que esteja em condições de provar a sua identidade e o seu casamento com um nacional de um Estado-Membro, apenas com o fundamento de que entrou irregularmente no território do Estado-Membro em questão [18].

40. Esta decisão contrasta fortemente com o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Akrich, em que este seguiu uma abordagem mais restritiva. Esse processo envolvia um nacional marroquino que tinha residido ilegalmente no Reino Unido, tinha cometido algumas infracções penais durante a sua estadia e, consequentemente, tinha sido expulso. H. Akrich regressou ilegalmente ao Reino Unido, e casou-se com uma cidadã britânica. Depois de ter trabalhado na Irlanda durante seis meses, o casal tentou regressar ao Reino Unido, invocando os direitos concedidos aos cônjuges de trabalhadores da Comunidade pelo artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68, tal como foi interpretado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Singh [19]. Neste caso, o Tribunal de Justiça salientou que o Regulamento n.º 1612/68 apenas visa a livre circulação *no interior* da Comunidade, e nada diz quanto à existência dos direitos de acesso ao território da Comunidade de um nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União. Para beneficiar dos direitos previstos no artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68, numa situação como a que estava em causa no processo principal, o nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União, devia residir legalmente num Estado-Membro no momento da sua deslocação para outro Estado-Membro, para o qual o cidadão da União migra ou migrou [20].

41. Todavia, no acórdão Comissão/Espanha [21], que foi proferido mais de um ano após o acórdão Akrich, ao apreciar as formalidades espanholas a cumprir pelos nacionais de países terceiros, familiares de cidadãos comunitários migrantes, antes de poderem pedir uma autorização de residência, o Tribunal de Justiça adoptou novamente a abordagem seguida no acórdão MRAX. Repetiu que o direito de entrada no território de um Estado-Membro de um nacional de um país terceiro, cônjuge de um nacional de um Estado-Membro, resulta unicamente do vínculo familiar. Concluiu que a exigência de um visto de residência, prevista pela legislação espanhola, necessário para a obtenção de uma autorização de residência, e, por conseguinte, a recusa da emissão desta autorização ao nacional de um país terceiro, membro da família de um cidadão comunitário, por não ter requerido previamente um visto de residência no Consulado espanhol do seu último domicílio,

17 — Acórdão MRAX, já referido na nota 3, n.os 59 a 62.

18 — Acórdão MRAX, *idem*, n.º 80.

19 — Acórdão de 7 de Julho de 1992, Surinder Singh (C-370/90, Colect., p. I-4265).

20 — Acórdão Akrich, já referido na nota 2, n.os 49 e 50.

21 — Já referido na nota 12.

constituem medidas contrárias às disposições das Directivas 68/360, 73/148 e 90/365 [22]. O Tribunal de Justiça não se referiu neste acórdão ao acórdão Akrich.

42. Há, portanto, uma contradição evidente na jurisprudência que resulta de abordagens divergentes nos acórdãos MRAX e Comissão/Espanha, por um lado, e Akrich, por outro. Foi, com efeito, esta diferença de abordagem que levou a Utlänningsnämnden a apresentar o processo ao Tribunal de Justiça.

43. A questão básica suscitada pelo acórdão Akrich é a de saber se a regra estabelecida nesse acórdão se aplica apenas quando as autoridades nacionais tenham demonstrado que o nacional do país terceiro em questão reside ilegalmente no território de um Estado-Membro. Tal sugeriria que a regra não se aplica não só quando a pessoa reside legalmente, mas também quando a pessoa não se encontra ilicitamente no território de um Estado-Membro. Nesse caso, seguindo a abordagem do acórdão MRAX, o vínculo familiar com o cidadão migrante da União Europeia seria suficiente para fundar o direito de entrar e residir num Estado-Membro.

44. Esta leitura restrita do acórdão Akrich poderia basear-se no n.º 50 do acórdão, onde o Tribunal de Justiça se refere explicitamente a uma «situação como a que está em causa no processo principal», como sendo o contexto em que esta regra se aplica. Em direcção oposta, todavia, aponta a sua observação no número precedente do acórdão, onde o Tribunal de Justiça declara inequivocamente que as disposições comunitárias pertinentes apenas visam a livre circulação no interior da Comunidade, e nada dizem quanto à existência dos direitos de acesso ao território da Comunidade.

45. À luz destas observações, parece-me razoável concluir que a legislação, no seu estado actual, relativa às condições em que os nacionais de países terceiros familiares de cidadãos migrantes da União Europeia podem invocar os direitos que lhes são conferidos pelo Regulamento n.º 1612/68 e pela Directiva 73/148 não parece ser totalmente coerente.

D — *Vida familiar e livre circulação*

46. Ao apreciar os direitos de entrada e residência no território de um Estado-Membro de nacionais de países terceiros, familiares de cidadãos da União, o Tribunal de Justiça deu também particular importância, na sua jurisprudência, ao respeito pela vida familiar, tal como é assegurado pelo artigo 8.º da CEDH.

22 — N.º 38.

47. No acórdão Carpenter [23], o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade com o direito comunitário da decisão das autoridades do Reino Unido de expulsar uma cidadã filipina que tinha permanecido no Reino Unido depois de expirado o prazo do seu visto de turismo, e que depois se tinha casado com um cidadão do Reino Unido. Uma vez que este último prestava determinados serviços noutros Estados-Membros, mas o fazia a partir do seu país de origem, M. Carpenter não podia invocar os direitos conferidos pela Directiva 73/148 aos nacionais de países terceiros, cônjuges de cidadãos comunitários. Como tal, o Tribunal de Justiça passou a examinar se era possível inferir dos princípios ou de outras normas do direito comunitário um direito de residência em benefício do cônjuge.

48. Depois de ter verificado que as actividades de P. Carpenter são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 49.° CE, o Tribunal de Justiça observou que «o legislador comunitário reconheceu a importância de assegurar a protecção da vida familiar dos nacionais dos Estados-Membros a fim de eliminar os obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado, tal como resulta nomeadamente das disposições dos regulamentos e directivas do Conselho relativas à livre circulação de trabalhadores assalariados e não assalariados no interior da Comunidade» [24]. O Tribunal de Justiça declarou seguidamente que «a separação dos cônjuges Carpenter prejudicaria a sua vida familiar e, portanto, as condições do exercício de uma liberdade fundamental de P. Carpenter. Com efeito, esta liberdade não poderá produzir a plenitude dos seus efeitos se P. Carpenter for dissuadido de a exercer em virtude de obstáculos colocados pelo seu país de origem à entrada e à permanência do seu cônjuge» [25].

49. No que respeita à questão de saber se esta restrição da liberdade de prestação de serviços de P. Carpenter podia ser justificada, o Tribunal de Justiça considerou que a decisão de expulsão de M. Carpenter constituía uma ingerência no exercício por P. Carpenter do seu direito ao respeito da vida familiar na acepção do artigo 8.° da CEDH e não respeitava um justo equilíbrio entre os interesses em causa. A decisão de expulsão de M. Carpenter constituía, portanto, uma ingerência não proporcionada ao objectivo prosseguido [26].

50. No acórdão Akrich, o Tribunal de Justiça começou por determinar que um nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União que tenha exercido o seu direito de livre circulação, mas que não resida legalmente no Estado-Membro de origem do seu cônjuge, não pode invocar o artigo 10.° do Regulamento n.° 1612/68 para exigir um direito de residência nesse Estado-Membro. Todavia, moderou esse acórdão ao salientar que quando o casamento é autêntico, ao decidir da admissão do nacional do país

23 — Acórdão de 11 de Julho de 2002, Carpenter (C-60/00, Colect., p. I-6279).

24 — N.° 38.

25 — N.° 39.

26 — V. n.os 41, 43 e 45.

terceiro em questão, apesar do seu estatuto ilegal nos termos da legislação nacional sobre a imigração, há que atender ao direito ao respeito da vida familiar na acepção do artigo 8.º CEDH. «Mesmo que a CEDH não garanta, como tal, qualquer direito de um estrangeiro a entrar e a permanecer no território de um país determinado, excluir uma pessoa de um país onde vivem os seus familiares chegados pode constituir uma ingerência no direito ao respeito da vida familiar tal como vem protegido no artigo 8.º, n.º 1, [da CEDH]. Semelhante ingerência viola a CEDH se não cumprir as exigências do n.º 2 do mesmo artigo [...]» [27]. O Tribunal de Justiça adoptou aqui uma abordagem mais reticente do que no acórdão Carpenter, deixando a aplicação deste teste ao órgão jurisdicional nacional.

51. Por fim, há que referir os acórdãos MRAX e Comissão/Espanha, onde o Tribunal de Justiça reiterou a observação feita no acórdão Carpenter, segundo a qual resulta, em especial, dos regulamentos e directivas do Conselho sobre a livre circulação de trabalhadores assalariados e não assalariados no interior da Comunidade que o legislador comunitário reconheceu a importância de assegurar a protecção da vida familiar dos nacionais dos Estados-Membros, a fim de eliminar os obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado [28].

52. Tendo chegado à conclusão, no final do título anterior, de que existe um certo grau de incoerência na jurisprudência relativa à legislação aplicável aos nacionais de países terceiros familiares de cidadãos comunitários migrantes, as observações anteriores sugerem, além disso, que a solução dada a estes casos é determinada em grande medida pelas circunstâncias particulares de cada caso. Numa área, tal como a imigração, em que as decisões tomadas pelas autoridades competentes afectam as vidas das pessoas da forma mais fundamental, existe, todavia, uma grande necessidade de clareza quanto ao alcance dos direitos e de previsibilidade quanto ao modo de aplicação da lei. Para gerar uma maior transparência e promover a segurança jurídica, é necessária uma abordagem mais sistemática e estrutural na interpretação e aplicação das disposições comunitárias pertinentes.

E — *Nova legislação comunitária*

53. Embora não sejam directamente pertinentes para a resolução do caso em apreço, por não serem aplicáveis *ratione temporis*, é, todavia, útil referir os mais recentes desenvolvimentos na legislação comunitária em matéria de direito de residência no território dos Estados-Membros de nacionais de países terceiros. As directivas em questão respeitam

27 — Acórdão Akrich, já referido na nota 2, n.º 59.

28 — Acórdão MRAX, já referido na nota 3, n.º 53 e Comissão/Espanha, já referido na nota 12, n.º 26.

quer à componente interna, quer à componente externa da livre circulação das pessoas.

54. Em 29 de Abril de 2004, o Parlamento Europeu e o Conselho adoptaram uma nova directiva com base nos artigos 12.°, 18.°, 40.°, 44.° e 52.° CE, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que substitui todas as directivas existentes nesta matéria [29]. Esta directiva codifica e revê os instrumentos comunitários existentes, tendo em conta a interpretação que lhes foi dada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. De modo semelhante ao artigo 10.° do Regulamento n.° 1612/68 e ao artigo 1.°, n.° 1, da Directiva 73/148, o artigo 5.°, n.os 1 e 2 da Directiva 2004/38 confere aos familiares dos cidadãos da União que não sejam nacionais de um Estado-Membro o direito de entrada no território de um Estado-Membro, desde que estejam munidos de um passaporte válido e de um visto de entrada nos termos do Regulamento n.° 539/2001 ou, se for caso disso, da legislação nacional. Nos termos do artigo 7.°, n.° 2, da Directiva 2004/38, os membros da família de um cidadão da União que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro gozarão do direito de residência por mais de três meses, desde que o cidadão da União preencha as várias condições estabelecidas no artigo 7.°, n.° 1, da directiva [30].

55. Mais duas directivas respeitantes aos direitos de nacionais de países terceiros foram adoptadas com base no artigo 63.° CE, a saber, a Directiva 2003/86, relativa ao direito ao reagrupamento familiar [31], e a Directiva 2003/109, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração [32].

56. Só a primeira destas directivas apresenta uma relação, de um ponto de vista substantivo, com o caso em apreço, embora indirectamente, uma vez que se aplica apenas ao reagrupamento com familiares de nacionais de países terceiros que já residam legalmente no território de um Estado-Membro (o «requerente do reagrupamento») e não é expressamente aplicável aos familiares de cidadãos da União (artigo 3.°, n.° 3, da directiva). O artigo 4.°, n.° 1, da Directiva 2003/86 obriga os Estados-Membros a permitir a entrada e residência dos filhos

29 — Já referida na nota 7.

30 — Estas condições exigem que o cidadão da União: a) exerça uma actividade assalariada ou não assalariada no Estado-Membro de acolhimento; ou b) disponha de recursos suficientes para si próprio e para os membros da sua família, a fim de não se tornar uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período de 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 [...] com o objectivo principal de frequentar um curso, inclusive de formação profissional. Além disso, o cidadão da União deve dispor de uma cobertura extensa de seguro de doença no Estado-Membro de acolhimento, e garantir à autoridade nacional competente [...] que dispõe de recursos financeiros suficientes para si próprio e para os membros da sua família a fim de evitar tornar-se uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período de residência.

31 — Directiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de Setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar (JO L 251, p. 12).

32 — Directiva 2003/109/CE do Conselho, de 25 de Novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração (JO L 16, p. 44).

menores do requerente do reagrupamento, sob reserva de determinadas condições de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública e relativas à capacidade do requerente do reagrupamento, demonstrada sucintamente, de sustentar os familiares em questão. Em contrapartida, os Estados-Membros não estão obrigados, mas estão autorizados, a permitir a entrada de outros familiares, incluindo ascendentes em primeiro grau do requerente do reagrupamento ou do seu cônjuge, se estiverem a seu cargo e não tiverem o apoio familiar necessário no país de origem [artigo 4.º, n.º 2, alínea a)]. A directiva dispõe também, no seu artigo 5.º, sobre o processo de apresentação e apreciação detalhada dos pedidos de entrada na qualidade de familiares dos requerentes do reagrupamento. Por regra, os pedidos devem ser apresentados e analisados quando os familiares residirem fora do território do Estado-Membro em questão, embora o Estado-Membro possa, em circunstâncias adequadas, derrogar esta exigência (artigo 5.º, n.º 3). Esta directiva tinha de ser transposta para o direito interno até 3 de Outubro de 2005.

57. À luz dos instrumentos comunitários, existentes e novos, podem distinguir-se três situações factuais diferentes que embora possam não ser importantes na perspectiva do nacional do país terceiro, determinam a lei aplicável à sua situação e, como tal, as suas possibilidades de aceder ao território de um Estado-Membro a partir de um país terceiro e, subsequentemente, de obter o direito de residência. Em primeiro lugar, o nacional do país terceiro pode ser um familiar de um nacional de um Estado-Membro que não tenha exercido a sua liberdade de se mudar para outro Estado-Membro. Em segundo lugar, o nacional do país terceiro pode ser familiar de um nacional de um Estado-Membro que tenha exercido a sua liberdade de se mudar para outro Estado-Membro. Em terceiro lugar, o nacional do país terceiro pode ser familiar de outro nacional de um país terceiro, que resida legalmente num Estado-Membro da União.

58. Se o nacional do país terceiro na primeira situação pretender entrar num Estado-Membro, a partir de um país terceiro, é manifesto que se aplica a legislação interna sobre imigração, não havendo pontos de referência para a aplicação do direito comunitário. Tal implica que a pessoa em questão pode ser submetida a uma apreciação individual prévia.

59. Na terceira situação, a partir de 3 de Outubro de 2005 os direitos do nacional do país terceiro são determinados pela Directiva 2003/86. Antes dessa data aplicava-se a legislação interna sobre imigração. Como se referiu atrás, tendo em conta o vínculo familiar em questão em cada caso, nos termos desta directiva, os Estados-Membros são livres de decidir se autorizam ou não a entrada e residência de ascendentes em primeiro grau. A directiva prevê também o exame das circunstâncias individuais do requerente nacional do país terceiro.

60. A segunda situação é a que está em causa no caso em apreço e, tal como se referiu atrás nos n.os 38 a 40, há duas abordagens possíveis. Se para o nacional do país terceiro resultar da Directiva 73/148 um direito de residência directo, este não ficará sujeito a uma apreciação individual por parte das autoridades de imigração nacionais. Neste caso, nos termos do acórdão MRAX, o vínculo familiar é constitutivo do direito de residência. Se, pelo contrário, se decidir, seguindo o acórdão Akrich, que o nacional do país terceiro deve já residir legalmente num Estado-Membro antes de poder invocar os direitos conferidos pela Directiva 73/148, tal implica que se aplica novamente à sua situação a legislação nacional sobre imigração.

61. Resulta deste pequeno levantamento que a interpretação generosa que é feita da Directiva 73/148 na segunda situação tem como efeito a criação de um grupo privilegiado de nacionais de países terceiros. Quando estas pessoas sejam familiares de um cidadão comunitário que tenha exercido o seu direito de se mudar para outro Estado-Membro, estão isentas da aplicação dos requisitos de entrada e residência estabelecidos pela legislação interna sobre imigração. Nas outras situações não o estão. Partindo do princípio de que, na perspectiva do nacional do país terceiro, os vínculos familiares nas três situações de facto são, em si, comparáveis e que a única diferença entre as situações é o facto de o familiar que é nacional de um Estado-Membro se ter mudado para outro Estado-Membro, a diferença de tratamento que decorre do que qualifiquei como uma interpretação generosa da Directiva 73/148 deve ser justificada.

F — *Entrada e residência de nacionais de países terceiros, familiares de cidadãos comunitários: no sentido de uma abordagem mais sistemática*

62. Indiquei atrás, no n.º 52, que há necessidade de uma abordagem mais sistemática na interpretação das disposições comunitárias sobre a entrada no território dos Estados-Membros de familiares nacionais de países terceiros vindos de fora da Comunidade, e sobre os seus direitos de residir com nacionais da Comunidade. Incoerências na jurisprudência levam à insegurança jurídica dos nacionais dos países terceiros em questão e a uma falta de clareza para as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação destas disposições. Com efeito, a jurisprudência, no seu estado actual, leva mesmo a uma desigualdade entre grupos de nacionais de países terceiros que não parece ter qualquer justificação. A jurisprudência também produz efeitos sobre as competências internas em matéria de política de imigração, ao permitir a certas categorias de nacionais de países terceiros a entrada e a residência num Estado-Membro sem serem submetidos a uma apreciação prévia individual.

63. Na minha opinião, na interpretação das disposições pertinentes do direito comunitário derivado, é essencial, como princípio orientador, respeitar a repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-Membros, tal como são estabelecidas no Tratado CE. Deve considerar-se que faz parte da missão do Tribunal de Justiça, descrita no artigo 220.º CE, não só garantir a eficácia do direito comunitário, como também respeitar e zelar pelos poderes que o Tratado reconhece como sendo dos Estados-Membros. Tal aplica-se não só em sentido negativo, ao delimitar os poderes da Comunidade face aos dos Estados-Membros, mas também num sentido mais positivo, assegurando que esses poderes nacionais possam ser exercidos eficazmente.

64. Na situação actual, é manifesto que a livre circulação de pessoas dentro da Comunidade, como uma das pedras angulares do mercado interno, é da competência exclusiva da Comunidade. É também manifesto que a regulamentação da imigração nas fronteiras externas da União, na medida em que não tenha sido atingida a harmonização prevista no título IV do Tratado, continua a ser da competência dos Estados-Membros. Remeto para os n.os 30 e seguintes, *supra*.

65. A afirmação do Tribunal de Justiça no acórdão Akrich, segundo a qual o Regulamento n.º 1612/68 «apenas visa a livre circulação no interior da Comunidade» e «[n]ada diz quanto à existência dos direitos de acesso ao território da Comunidade de um nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União» [33] atende plenamente a esta repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-Membros. Uma vez que a Directiva 73/148 prossegue os mesmos objectivos que o Regulamento n.º 1612/68 relativamente a outra categoria de pessoas, o mesmo se deve aplicar a esta directiva. O facto de o âmbito da directiva ser restringido de modo semelhante foi, com efeito, reconhecido pelo Tribunal de Justiça, embora implicitamente, no acórdão Carpenter, onde declarou que «decorre tanto dos objectivos prosseguidos pela directiva como do seu conteúdo que esta regula as condições em que um nacional de um Estado-Membro, assim como as outras pessoas referidas no artigo 1.º, n.º 1, alíneas c) e d), podem deixar o Estado-Membro de origem do referido nacional e entrar e permanecer no território de outro Estado-Membro, com uma das finalidades enunciadas no artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) e b), e isto por uma duração especificada no artigo 4.º, n.os 1 ou 2» [34].

66. O facto de o Regulamento n.º 1612/68 e a Directiva 73/148 «nada dizerem» quanto à primeira entrada no território da Comunidade de um nacional de um país terceiro não implica que estes instrumentos sejam neutros a este respeito. Esta conclusão do Tribunal de Justiça não implica que exista uma lacuna que possa ser preenchida impli-

33 — Acórdão Akrich, já referido na nota 2, n.º 49.

34 — Acórdão Carpenter, já referido na nota 23, n.º 35.

citamente através de uma interpretação generosa destes instrumentos. Só pode significar que, na mesma linha da repartição de competências estabelecida no Tratado, a primeira entrada destas pessoas é uma questão que compete aos Estados-Membros decidir, em conformidade com a sua legislação sobre imigração. Tal significa necessariamente que, tal como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Akrich, em citação não literal, para beneficiar dos direitos previstos nestes instrumentos comunitários, o familiar nacional de um país terceiro deve residir legalmente num Estado-Membro no momento da sua deslocação para outro Estado-Membro, para o qual o cidadão da União migra ou migrou [35].

67. Admitir que os nacionais de países terceiros que não residam já legalmente num Estado-Membro e que pretendam juntar-se a um nacional de um Estado-Membro que tenha exercido o seu direito de livre circulação gozam de um direito automático de entrada e de residência no Estado-Membro de acolhimento apenas com base no vínculo familiar, sem qualquer intervenção por parte desse Estado-Membro, permitir-lhes-ia contornar as leis nacionais sobre imigração. Tal abordagem subverte, portanto, os poderes dos Estados-Membros quanto ao controlo da imigração nas suas fronteiras externas.

68. Pode também deduzir-se da função dos instrumentos comunitários sobre a livre circulação na Comunidade que os direitos neles conferidos aos familiares nacionais de países terceiros não são incondicionais.

69. O Regulamento n.º 1612/68 e a Directiva 73/148 foram adoptados explicitamente para dar execução aos artigos 39.º CE e 43.º CE, respectivamente. Ambos os instrumentos visam remover os entraves com que se deparam os nacionais dos Estados-Membros que se façam valer dos direitos que lhes são conferidos nos termos destas disposições do Tratado, deslocando-se para outros Estados-Membros como trabalhadores assalariados ou não assalariados ou prestadores de serviços. Tais entraves incluem os efeitos potenciais da aplicação da legislação nacional sobre imigração aos principais familiares dos titulares do direito, especialmente quando tais familiares não tenham nacionalidade de um Estado-Membro. Se não se assegurasse a esses familiares a entrada e a admissão noutro Estado-Membro dissuadir-se-ia o trabalhador comunitário assalariado ou não assalariado de exercer os direitos que lhe são conferidos pelo Tratado. Como corolário do direito do trabalhador comunitário assalariado ou não assalariado, gozam também, portanto, do direito de se deslocar e de residir no Estado-Membro onde as actividades económicas vão ser exercidas.

70. À luz do objectivo principal destes instrumentos comunitários, de eliminar qualquer tipo de entrave decorrente das exigências nacionais em matéria de entrada

35 — Acórdão Akrich, já referido na nota 2, n.º 50.

e residência que possam dissuadir um nacional de um Estado-Membro de se deslocar para outro Estado-Membro por razões económicas, poderá sustentar-se que é a situação familiar existente no momento em que o nacional comunitário decide deslocar-se para outro Estado-Membro que deve ser tomada em consideração. Depois de tal pessoa se ter deslocado para outro Estado-Membro e nele se ter estabelecido, surge uma nova situação em que a sua posição jurídica deve ser comparável à dos nacionais do Estado-Membro de acolhimento que não tenham exercido o seu direito de livre circulação. Se uma pessoa desta última categoria pretender que um familiar, nacional de um país terceiro, vinda de fora da Comunidade, se venha juntar a si, esse familiar deve ser admitido nas condições previstas pela legislação nacional sobre a imigração. Igual regra se deve aplicar a um cidadão que já tenha exercido os seus direitos de livre circulação e, aparentemente, não tenha sido dissuadido de exercer tal direito por razões relacionadas com a não entrada de familiares nacionais de países terceiros. Por outras palavras, não se pode dizer que exista um direito continuado, nos termos do direito comunitário, de os nacionais dos Estados-Membros se reagruparem a qualquer momento com os seus familiares de fora da Comunidade. A este respeito, não considero que o artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68 e o artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 73/148 devam ser considerados instrumentos de reagrupamento familiar *a posteriori* entre nacionais dos Estados-Membros e familiares de fora da Comunidade.

71. A Comissão é da opinião de que quando um familiar, nacional de um país terceiro, quiser juntar-se ao cidadão comunitário no Estado-Membro de acolhimento, directamente de fora da Comunidade, o facto de se lhe exigir a obtenção de uma autorização de residência no país de origem do cidadão comunitário equivaleria a uma limitação do direito deste de se deslocar livremente dentro da Comunidade. Além do facto de, numa situação tal como a do caso em apreço no processo principal, o requisito da residência legal implicar que o familiar deve obter uma autorização de permanência no Estado-Membro de acolhimento nos termos do seu direito interno sobre imigração, não se pode aceitar que a condição a que a Comissão se refere implique necessariamente uma restrição do direito do cidadão comunitário de se deslocar para outro Estado-Membro. Tal restrição existiria se a condição resultasse numa perda de direitos. Todavia, se não existia um direito desse tipo, ou seja, de reagrupamento com um familiar, no momento em que foi exercido o direito de livre circulação, não pode haver, logicamente, uma perda de um direito que corresponda a uma restrição da livre circulação.

72. Há que acrescentar que, embora seja manifesto que o artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68 e o artigo 1.º, n.º 1, da Directiva 73/148 têm como *efeito* a protecção da vida familiar, não se pode dizer, na minha opinião, que tal era um objectivo dessas disposições. Quando o Tribunal de Justiça observou, primeiro no acórdão Carpenter e depois no acórdão MRAX, que, ao adoptar os regulamentos e directivas «o legislador comunitário reconheceu a importância de assegurar a protecção da vida familiar dos nacionais dos

Estados-Membros a fim de eliminar os obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado» [36], vistos no contexto do momento em que tais actos foram adoptados, tratava-se apenas de uma consideração implícita e, quando muito, de natureza secundária. Não existe qualquer referência ao artigo 8.º da CEDH no preâmbulo do Regulamento n.º 1612/68 nem no da Directiva 73/148, nem tal referência consta de modo significativo na sua sucessora, a Directiva 2004/38. Esta última refere-se apenas em termos gerais ao respeito da CEDH [37]. Pelo contrário, a directiva sobre o reagrupamento familiar, por razões evidentes à luz do seu objectivo principal, refere-se explicitamente ao artigo 8.º da CEDH [38]. Não considero, portanto, que o respeito da vida familiar possa ser utilizado como directriz para a interpretação do alcance e do conteúdo das disposições pertinentes do Regulamento n.º 1612/68 e da Directiva 73/148.

73. Dito isto, é importante determinar o papel do artigo 8.º da CEDH neste contexto. O artigo 6.º, n.º 2, da União Europeia, dispõe que a União respeitará os direitos fundamentais tal como garantidos pela CEDH e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário. Esta disposição tem por destinatário a própria União e aplica-se aos Estados-Membros apenas quando estes apliquem o direito comunitário e os actos comunitários, como se confirma no artigo II-111.º, n.º 1, do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa [39]. Na medida em que os Estados-Membros actuem fora do âmbito do direito comunitário, tal como quando decidem sobre a concessão a nacionais de países terceiros do direito de acesso ao seu território, devem também respeitar as suas obrigações previstas no artigo 8.º da CEDH, não por força do direito comunitário, mas como partes contratantes da CEDH. Quanto a este aspecto, parece-me que o acórdão Carpenter do Tribunal de Justiça é questionável, na medida em que aplica efectivamente o artigo 8.º da CEDH aos factos do processo.

74. Por fim, como já observei no n.º 61, permitir aos nacionais de países terceiros que não tenham ainda sido admitidos no território de um Estado-Membro e que tenham um vínculo familiar com um nacional de um Estado-Membro que entrem e residam no Estado-Membro de acolhimento do cidadão comunitário migrante apenas com base nesse facto, gera desigualdade relativamente a nacionais de países terceiros que pretendem juntar-se a um familiar nacional de um Estado-Membro, mas que não se tenha deslocado dentro da Comunidade, ou a um familiar nacional de um país terceiro que resida já legalmente num Estado-Membro. Em ambos os últimos casos, os nacionais de países terceiros são avaliados individual-

36 — Acórdãos Carpenter, já referido na nota 22, n.º 38, e MRAX, já referido na nota 3, n.º 53.

37 — V. considerando 31 do preâmbulo.

38 — V. considerando 2 do preâmbulo.

39 — JO 2004, C 310.

mente antes de serem admitidos, ao passo que o familiar na primeira situação não o é. Não há justificação para esta diferença de tratamento.

75. Mesmo que houvesse uma harmonização total das regras aplicáveis à admissão de nacionais de países terceiros nas fronteiras externas da Comunidade, permitir a certa categoria de pessoas aceder ao território de um Estado-Membro e aí residir com base no vínculo familiar com um cidadão comunitário que exerceu o seu direito de livre circulação subverteria a eficácia dessas regas comuns e incitaria a um abuso do tipo do que esteve na base do processo Akrich. Fundamentar um direito de residência apenas no factor aleatório de um nacional de um Estado-Membro se ter mudado para outro Estado-Membro é arbitrário e injusto, pois gera desigualdade relativamente aos cidadãos comunitários que não tenham exercido esse direito e relativamente aos nacionais de países terceiros que não tenham o privilégio de ser familiares de um cidadão comunitário migrante.

76. Nesta abordagem, é essencial, seguidamente, determinar o que constitui a «residência legal» num Estado-Membro. Presentemente, os critérios pelos quais este elemento deve ser apreciado não foram objecto de harmonização. Continua a caber aos Estados-Membros determinar quando um nacional de um país terceiro «reside legalmente» nos seus territórios. Todavia, embora este não seja um conceito de direito comunitário, é necessário identificar certas características essenciais do conceito de «residência legal».

77. Ter «residência legal» no território de um Estado-Membro implica que: 1) na sequência de um pedido de um nacional de um país terceiro; 2) deve haver uma decisão explícita por parte das autoridades nacionais de um Estado-Membro; 3) baseada numa apreciação individual; 4) que autorize o requerente a entrar e permanecer no seu território; e 5) durante um período mais longo. Não se pode falar de «residência legal» para efeitos da presente apreciação quando a decisão, de modo expresso e claro, apenas autoriza a estadia durante um prazo curto ou a limita a um determinado fim. Seria contrário à própria função destas autorizações considerar que constituem uma base suficiente para a candidatura à residência de longa duração ou permanente.

78. Ao procurar directrizes adicionais quanto ao sentido do conceito de residência legal, encontra-se um mínimo de conteúdo no artigo 3.º da Directiva 2003/86 em que o requerente do reagrupamento, que é definido no artigo 2.º, alínea c), como «o nacional de um país terceiro com residência legal num Estado-Membro» pode requerer o reagrupamento com determinados membros da sua família, desde que seja titular de uma autorização de residência por prazo de validade igual ou superior a um ano e tenha uma expectativa fundamentada de obter um direito de residência permanente.

79. Nesta óptica, um visto concedido para uma estadia de três meses ou uma autoriza-

ção de estadia na pendência da decisão sobre o pedido de autorização de residência não constitui «residência legal» suficiente para que se possam invocar os direitos conferidos aos familiares nacionais de países terceiros no Regulamento n.º 1612/68 e na Directiva 73/148.

80. As observações antecedentes levam à conclusão de que ao tomar como ponto de partida a repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-Membros em matéria de livre circulação de pessoas, os direitos conferidos no Regulamento n.º 1612/68 e na Directiva 73/148 aos nacionais de países terceiros que sejam familiares de um cidadão que pretenda exercer, ou tenha exercido, o seu direito de se deslocar para outro Estado-Membro para aí exercer actividades económicas só podem ser invocados por essas pessoas se tiverem sido admitidas no território de um Estado-Membro em conformidade com a sua legislação sobre imigração. Ao tomarem decisões neste contexto os Estados-Membros devem respeitar as suas obrigações decorrentes do artigo 8.º da CEDH, não por força do direito comunitário, mas como partes contratantes da CEDH.

81. É só com a aplicação desta nítida linha de demarcação entre as competências comunitárias e as nacionais que o âmbito dos direitos concedidos a nacionais de países terceiros familiares de cidadãos comunitários migrantes pelo Regulamento n.º 1612/68 e pela Directiva 73/148 pode ser definido com clareza, que se pode evitar a confusão no exercício de poderes atribuídos pelo direito comunitário e pelo direito interno sobre a imigração e que se pode assegurar a igualdade de tratamento de nacionais de países terceiros, familiares de cidadãos comunitários, que cheguem de fora da Comunidade.

VII — Respostas às questões prejudiciais

A — *Questões 1 a) a 1 d)*

82. Embora a primeira questão apresentada pela Utlänningsnämnden se refira tanto ao artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68 como à Directiva 73/148, resulta claramente da matéria de facto do processo que só esta última é pertinente para o caso em apreço.

83. A primeira questão suscita três problemas fundamentais, que já foram discutidos de um modo geral no capítulo anterior das presentes conclusões. Tal significa que as respostas a dar a esta primeira questão podem ser curtas.

84. Recorde-se que o primeiro destes problemas [alínea a) da primeira questão] é o de saber se, à luz da jurisprudência do Tribunal

de Justiça no acórdão Akrich, um nacional de um país terceiro familiar de um cidadão da União, que exerce uma actividade não assalariada num Estado-Membro de que não é nacional, só pode invocar um direito de residência permanente no Estado-Membro de acolhimento se já residir legalmente na Comunidade.

85. Pelas razões expostas nos n.os 62 e seguintes, é manifesto que sou de opinião de que o artigo 1.º da Directiva 73/148 deve ser interpretado no sentido de que o direito de residência permanente de um nacional de um país terceiro, familiar de um cidadão da União, pressupõe, com efeito, que esse nacional de um país terceiro resida legalmente na Comunidade. Isto implica que entendo que a regra estabelecida no acórdão Akrich deve ser de aplicação geral.

86. O segundo problema, referido na alínea b) da primeira questão prejudicial, respeita à questão de saber se o requisito da «residência legal» implica que o nacional de um país terceiro, familiar de um cidadão da União deva ser titular de uma autorização de residência válida para residência permanente, ou que vise a residência permanente num dos Estados-Membros. Se assim não for, pergunta-se se a autorização de residência concedida com outros fundamentos para uma estadia mais curta ou mais longa é suficiente, ou mesmo se bastará um visto válido.

87. Tal como se indicou nos n.os 76 a 79, o requisito da residência legal implica que o nacional de um país terceiro em questão tenha sido admitido no território de um Estado-Membro por um período mais prolongado, de modo a que tenha a expectativa de obter um estatuto de residência de carácter mais permanente. Pode deduzir-se do artigo 3.º da Directiva 2003/86 que um período de um ano seria suficiente para este efeito. Se a autorização de entrada no território de um Estado-Membro tiver sido limitada a um período curto ou a um determinado fim, tal como no caso dos vistos de turismo, não se pode considerar que tal constitua residência legal.

88. O terceiro problema é levantado nas alíneas c) e d) da primeira questão apresentada pela Utlänningsnämnden: se um nacional de um país terceiro, familiar de um cidadão da União, não for autorizado a fixar residência permanente no Estado-Membro onde aquele está estabelecido, ou se for expulso desse Estado-Membro, este facto restringe o direito de estabelecimento do cidadão da União, previsto no artigo 43.º CE?

89. O artigo 43.º CE exige a eliminação das restrições ao direito de estabelecimento. Segundo jurisprudência assente, devem ser consideradas como tais restrições todas as medidas que proíbam, perturbam ou tornem

menos atractivo o exercício de tal liberdade[40]. A Directiva 73/148 regula as condições aplicáveis à deslocação e residência dentro da Comunidade de nacionais dos Estados-Membros e dos seus familiares, independentemente da sua nacionalidade. Na medida em que as medidas nacionais tomadas quanto à residência dessas pessoas possam ser consideradas restrições na acepção do artigo 43.º CE, devem ser apreciadas, em primeiro lugar, no contexto da Directiva 73/148.

90. Tal como se recordou nos n.os 69 e 70, esta directiva tem por objectivo principal eliminar entraves decorrentes das exigências nacionais em matéria de entrada e residência que possam dissuadir um nacional de um Estado-Membro de se deslocar para outro Estado-Membro para aí exercer uma actividade económica. Depois do direito previsto no artigo 43.º CE ter sido exercido, qualquer decisão tomada sobre o estatuto de residente dos familiares nacionais de países terceiros, que não fosse já previsível no momento da deslocação para o Estado-Membro de acolhimento, não pode, por definição, ser considerada dissuasiva e não pode, portanto, ser entendida como uma restrição, na acepção do artigo 43.º CE.

91. Ao tomar tais decisões, as autoridades nacionais devem, evidentemente, cumprir as suas obrigações previstas no artigo 8.º da CEDH. Tal apreciação é, todavia, da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais.

B — *Questões 2a e 2b*

92. A primeira vertente da segunda questão visa determinar se o conceito de «a seu cargo» constante do artigo 1.º, alínea d), da Directiva 73/148/CEE respeita ao facto de o familiar do cidadão da União depender economicamente deste para poder atingir um nível de vida mínimo aceitável no seu país de origem ou no país onde reside normalmente. A segunda vertente desta questão diz respeito ao problema da prova que pode ser exigida nos termos do artigo 6.º, alínea b), da Directiva 73/148. O Estado-Membro de acolhimento pode exigir a apresentação de documentos que comprovem a existência de uma situação de dependência de facto, além do compromisso assumido pelo cidadão da União de que sustentará o seu familiar?

93. No que respeita ao primeiro problema, há que observar que o Tribunal de Justiça, ao interpretar o mesmo conceito de familiar a cargo, no artigo 10.º do Regulamento

40 — V., nomeadamente, acórdãos de 30 de Novembro de 1995, Gebhard (C-55/94, Colect., p. I-4165, n.º 37), e de 5 de Outubro de 2004, Caixa-Bank France (C-442/02, Colect., p. I-8961, n.º 11).

n.º 1612/68, no acórdão Lebon [41], declarou que a qualidade de familiar a cargo de um trabalhador resulta de uma situação de facto, a saber, o sustento por parte do trabalhador, sem que haja que determinar as razões do recurso ao apoio do trabalhador, nem que levantar a questão de saber se a pessoa em causa se pode sustentar a si própria aceitando um trabalho remunerado [42]. Esta definição foi retomada de modo semelhante no acórdão Zhu e Chen [43], no contexto da Directiva 90/364 [44], onde o Tribunal de Justiça observou mais uma vez que a qualidade de membro da família «a cargo» de um titular de um direito de residência resulta de uma situação de facto caracterizada pela circunstância de o sustento material do membro da família ser assegurado pelo titular do direito de residência [45].

94. Em nenhum destes acórdãos o Tribunal de Justiça se referiu a qualquer padrão do nível de vida para determinar a necessidade de apoio económico por parte do cidadão comunitário. Pelo contrário, declarou no acórdão Lebon que não era necessário averiguar as razões da concessão do apoio económico nem a capacidade do familiar a cargo de prover ao seu próprio sustento.

95. Dito isto, num caso como o do processo principal, em que a dependência é um critério para determinar o direito de um nacional de um país terceiro de residir com um cidadão comunitário num Estado-Membro, parece ser necessário demonstrar-se que existe de facto uma necessidade real de apoio financeiro e que tal se comprove através de prova documental adequada.

96. Como tal, há que determinar objectivamente se está ou não preenchida a condição da dependência, tendo em conta as circunstâncias individuais e as necessidades pessoais da pessoa que necessita de apoio. Parece-me que o critério adequado a este respeito é, em primeiro lugar, o de saber se, à luz dessas circunstâncias pessoais, os meios financeiros do familiar a cargo lhe permitem viver com um nível de subsistência mínimo no país onde reside normalmente, partindo do princípio de que não é o Estado-Membro onde pretende residir. Além disso, deve demonstrar-se que não se trata de uma situação transitória, mas sim de carácter estrutural.

97. Nos termos do artigo 6.º, alínea b), da Directiva 73/148 o requerente de uma autorização de residência deve apresentar a prova de que é abrangido por uma das categorias referidas nos artigos 1.º e 4.º da directiva. Tal inclui a condição de ser familiar a cargo do cidadão comunitário em questão. Para este efeito, a disposição paralela da Directiva 68/360, o artigo 4.º, n.º 3, alínea e), exige a apresentação de um documento

41 — Acórdão de 18 de Junho de 1987, Lebon (316/85, Colect., p. 2811).

42 — N.º 22.

43 — Acórdão de 19 de Outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, Colect., p. I-9925).

44 — Já referida na nota 13.

45 — N.º 43.

emitido pela autoridade competente do Estado de origem ou de proveniência, atestando que está a cargo do trabalhador ou que viveu, nesse país, sob o mesmo tecto desse trabalhador. Esta mesma exigência foi mantida para os nacionais de países terceiros familiares de todos os cidadãos da União, no artigo 10.º, n.º 2, alínea e), da Directiva 2004/38.

98. O que é importante neste contexto é que as autoridades nacionais competentes fiquem convencidas da existência de uma situação de dependência de facto. A este respeito, um documento emitido pelas autoridades nacionais do país de origem é decerto um elemento de prova valioso, embora nem sempre possa ser conclusivo. Como tal, não deve excluir-se que nos casos em que, na opinião das autoridades nacionais, essa declaração oficial não seja suficiente, estas devem poder exigir provas adicionais. Também não se pode excluir que, na falta de tal declaração oficial, o requerente nacional de um país terceiro possa provar a sua situação de dependência através de outros meios. Uma mera declaração por parte do cidadão comunitário que ateste que sustentou o seu familiar no passado e em que se obrigue a continuar a sustentá-lo no futuro não é, em si, suficientemente objectiva para demonstrar a qualidade de familiar «a seu cargo», na acepção do artigo 1.º, alínea d), da Directiva 73/148.

VIII — Conclusão

99. Com base nas considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões prejudiciais apresentadas pela Utlänningsnämnden, Suécia:

— O artigo 1.º da Directiva 73/148/CEE deve ser interpretado no sentido de que o direito de residência permanente de um nacional de um país terceiro, familiar de um cidadão da União, pressupõe que esse nacional de um país terceiro resida legalmente na Comunidade.

— Residência legal na Comunidade implica que o nacional de um país terceiro em questão tenha sido admitido no território de um Estado-Membro por um período mais prolongado, de pelo menos um ano, de modo a que tenha a expectativa de obter um estatuto de residência de carácter mais permanente. Se a autorização de entrada no território de um Estado-Membro tiver sido limitada a um período curto ou a um determinado fim, tal como no caso dos vistos de turismo, não se pode considerar que tal constitua residência legal.

— Se um nacional de um país terceiro, familiar de um cidadão da União, não puder invocar o direito de residência permanente, nos termos da Directiva 73/148/CEE, por não residir legalmente na Comunidade, a recusa de concessão a um familiar de uma autorização de residência permanente ou a decisão de o expulsar não restringe o direito de estabelecimento do cidadão da União, nos termos do artigo 43.° CE.

— O artigo 1.°, alínea d), da Directiva 73/148/CEE deve ser interpretado no sentido de que «a seu cargo» se refere à situação em que um familiar de um cidadão da União depende economicamente deste para poder atingir um nível de vida mínimo no país onde reside normalmente, que não seja o Estado-Membro onde pretende residir, sendo esta situação de carácter estrutural.

— O artigo 6.°, alínea b), da Directiva 73/148/CEE deve ser interpretado no sentido de que os Estados-Membros podem exigir a um familiar de um cidadão da União, que invoque o facto de ser dependente deste ou do cônjuge deste, que apresente documentos, além de uma declaração de compromisso por parte do cidadão da União, comprovando a existência de uma situação de dependência de facto.