Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MICHAL BOBEK
apresentadas em 10 de abril de 2018 [1]

Processo C-89/17

Secretary of State for the Home Department
contra
Rozanne Banger

[pedido de decisão prejudicial submetido pelo Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) London (Tribunal Superior [Secção da Imigração e do Asilo], Londres, Reino Unido)]

«Reenvio prejudicial — Cidadania da União — Artigo 21.º TFUE — Regresso de um cidadão da União ao Estado-Membro de que esse cidadão é nacional depois de ter exercido direitos de livre circulação noutro Estado-Membro — Direito de residência de um nacional de um Estado terceiro que é membro da família alargada de um cidadão da União — Aplicação por analogia da Diretiva 2004/38/CE — Artigo 3.º, n.º 2, alínea b) — Obrigação de facilitar, em conformidade com a legislação nacional, a entrada e a residência do parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação estável — Direito de recurso — Alcance da fiscalização jurisdicional — Artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia»

I. Introdução

1. Rozanne Banger é da África do Sul. O seu parceiro, Philip Rado, é nacional do Reino Unido. Viveram juntos nos Países Baixos, onde R. Banger obteve um cartão de residência enquanto parceira não casada de um cidadão da União.

2. Nos Países Baixos, foi concedido a R. Banger um cartão de residência ao abrigo do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38/CE [2]. Essa disposição prevê que o Estado-Membro de *acolhimento* deve *facilitar* a entrada e residência, nos termos da sua legislação nacional, a outras pessoas não incluídas no artigo 2.º, n.º 2, da diretiva como membros da família, o que abrange o parceiro com quem o cidadão da União prove manter uma relação estável.

3. O casal decidiu mais tarde mudar-se para o Reino Unido. As autoridades aí competentes indeferiram o pedido de cartão de residência com fundamento no facto de R. Banger não ser casada com o seu parceiro.

1 Língua original: inglês.

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

4. Também existe um regime no Reino Unido que se destina a transpor o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38. No entanto, esse Estado-Membro é o Estado-Membro de origem de P. Rado. R. Banger não podia, portanto, beneficiar desse regime porque este só se aplica a «membros da família alargada» de cidadãos da União *de outros Estados-Membros* e não a «membros da família alargada» de nacionais do Reino Unido que regressem a esse Estado-Membro depois de terem exercido o seu direito de residência noutro Estado-Membro.

5. É neste contexto que o Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), Londres, Reino Unido [Tribunal Superior (Secção da Imigração e do Asilo)] submete questões, no essencial, relativas a dois aspetos ao Tribunal de Justiça.

6. Em primeiro lugar, se os Estados-Membros estão obrigados a *conceder* ou *facilitar* a autorização de residência de um parceiro em união de facto com um cidadão da União que acompanha um cidadão da União que regressa ao Estado-Membro da sua nacionalidade. Em caso afirmativo, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a base para essa obrigação resulta da Diretiva 2004/38 ou dos princípios enunciados pelo Tribunal de Justiça no Acórdão no processo Singh [3].

7. Segundo, o órgão jurisdicional de reenvio pretende determinar o âmbito de proteção jurisdicional exigido ao abrigo do direito da União para situações abrangidas pelo artigo 3.º, n.º 2, da diretiva no contexto particular do direito inglês e galês, que, em função do tipo de processo em questão, prevê diferentes vias de proteção jurisdicional: um processo de recurso e fiscalização jurisdicional. Com base nos factos do caso em apreço, em que a ação é instaurada por um «membro da família alargada», a fiscalização jurisdicional é a única via disponível de recurso jurisdicional.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

8. Nos termos do considerando 6 da Diretiva 2004/38:

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

9. O artigo 2.º desta diretiva contém as seguintes definições:

«1. "Cidadão da União": qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro;

2. "Membro da família":

a) O cônjuge;

3 Acórdão de 7 de julho de 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296). V. também Acórdãos de 11 de dezembro de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771), e de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135).

b) O parceiro com quem um cidadão da União contraiu uma parceria registada com base na legislação de um Estado-Membro, se a legislação do Estado-Membro de acolhimento considerar as parcerias registadas como equiparadas ao casamento, e nas condições estabelecidas na legislação aplicável do Estado-Membro de acolhimento;

[…]

3. "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.»

10. O artigo 3.º da mesma diretiva dispõe:

«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:

[…]

b) O parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada.

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

11. Nos termos do artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva [Cidadãos], os «procedimentos previstos nos artigos 30.º e 31.º aplicam-se, por analogia, a todas as decisões de restrição da livre circulação dos cidadãos da União e membros das suas famílias, por razões que não sejam de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública».

12. O artigo 31.º da mesma diretiva tem a seguinte redação:

«1. As pessoas em questão devem ter acesso às vias judicial e, quando for caso disso, administrativa no Estado-Membro de acolhimento para impugnar qualquer decisão a seu respeito por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública.

[…]

3. A impugnação deve permitir o exame da legalidade da decisão, bem como dos factos e circunstâncias que fundamentam a medida prevista. Deve certificar que a decisão não é desproporcionada, em especial no que respeita às condições estabelecidas no artigo 28.º

[…]»

B. Direito do Reino Unido

13. As Immigration (European Economic Area) Regulations 2006 [SI 2006/1003] (Regulamento 2006/1003 relativo à imigração (Espaço Económico Europeu) (a seguir «Regulations EEE»), transpõem a Diretiva 2004/38.

14. A regulation 8 contém disposições relativas aos «membros da família alargada»:

«1) Para efeitos do presente regulamento, entende-se por "membro da família alargada" qualquer pessoa que não seja membro da família de um nacional do EEE nos termos da regulation 7, n.º 1, alíneas a), b) ou c), e que preenche os requisitos previstos nos n.ºs 2, 3, 4 ou 5.

[…]

5) Preenche o requisito previsto no presente número qualquer pessoa que seja o parceiro de um nacional do EEE (com exceção de um parceiro registado) e que possa provar ao decisor que mantém uma relação estável com o nacional do EEE.

6) Para efeitos do presente regulamento, entende-se por "nacional do EEE em questão", em relação a um membro da família alargada, o nacional do EEE que é, ou cujo cônjuge ou parceiro registado é, o familiar do membro da família alargada para efeitos dos n.ºs 2, 3 ou 4, ou o nacional do EEE que é o parceiro do membro da família alargada para efeitos do n.º 5.»

15. A regulation 9, que, aparentemente, era aplicável na época, prevê as seguintes disposições quanto aos membros da família de nacionais do Reino Unido:

«1) se os requisitos previstos no n.º 2 estiverem preenchidos, o presente regulamento é aplicável a qualquer pessoa que seja membro da família de um cidadão britânico como se o cidadão britânico fosse um nacional do EEE.

2) Os requisitos são os seguintes:

a) o cidadão britânico deve residir num Estado do EEE na qualidade de trabalhador assalariado ou não assalariado ou aí deve ter residido nessa qualidade antes de regressar ao Reino Unido; e

b) se o membro da família do cidadão britânico for o seu cônjuge ou o seu parceiro registado, as partes devem viver juntas no EEE ou devem ter contraído matrimónio ou ter registado a parceria e terem vivido juntas nesse Estado antes de o cidadão britânico regressar ao Reino Unido.

[…]»

III. Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais

16. R. Banger é nacional da África do Sul. O seu parceiro, P. Rado, é nacional do Reino Unido. Entre 2008 e 2010, viveram juntos na África do Sul. Em maio de 2010, mudaram-se para os Países Baixos, onde P. Rado aceitou um emprego. As autoridades neerlandesas concederam um cartão de residência a R. Banger na sua qualidade de membro da família alargada de um cidadão da União, com base nas disposições nacionais que transpõem o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38.

17. Em 2013, o casal decidiu mudar-se para o Reino Unido. O Secretary of State for the Home Department (Ministro da Administração Interna do Reino Unido, a seguir «Ministro») indeferiu o pedido de R. Banger de emissão de um cartão de residência no Reino Unido pelo facto de esta não ser casada com P. Rado. A decisão baseou-se na regulation 9 do Regulations EEE, que estabelece os direitos dos membros da família de nacionais do Reino Unido que regressam a esse Estado-Membro depois de terem exercido direitos de livre circulação. Segundo a decisão emitida pelo Ministro com base na referida disposição, para ser considerada membro da família de um cidadão britânico, o

requerente deve ser cônjuge ou parceiro registado de um cidadão britânico [4].

18. R. Banger impugnou essa decisão junto do First-tier Tribunal (Tribunal de Primeira Instância). Esse tribunal considerou que R. Banger, na qualidade de parceira não originária da UE de um cidadão britânico que tinha exercido o seu o direito de livre circulação e regressado ao seu Estado-Membro de origem, beneficiava dos direitos resultantes do Acórdão no processo Singh [5].

19. O Ministro foi autorizado a recorrer para o Upper Tribunal (Tribunal Superior) (o órgão jurisdicional de reenvio), com o fundamento de que o First-tier Tribunal (Tribunal de Primeira Instância) teria cometido um erro de direito. O órgão jurisdicional de reenvio sublinha a pertinência de quanto foi declarado no Acórdão no processo Singh [6] para efeitos do processo principal. Refere que a única diferença em relação ao presente processo é que R. Banger e P. Rado não eram casados, ao passo que S. e R. Singh o eram. Embora a aplicação dos princípios resultantes desse processo à presente situação constituísse um «passo relativamente pequeno», o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à base legal para uma extensão desta natureza. Sublinha igualmente a especificidade do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38: as pessoas abrangidas por esta disposição não podem reivindicar um direito de residência. Além do mais, a disposição concede uma clara margem de apreciação aos Estados-Membros, pelo que a legislação pertinente pode diferir de um Estado-Membro para outro.

20. Nestas circunstâncias, o Upper Tribunal (Tribunal Superior) decidiu suspender a instância e submeter ao tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Resulta dos princípios enunciados no [Acórdão no processo Singh] a exigência de que um Estado-Membro conceda ou, em alternativa, facilite a concessão de uma autorização de residência ao cidadão de um país terceiro que mantenha uma união de facto com um cidadão da UE que, tendo exercido o seu direito de livre circulação ao abrigo do Tratado para trabalhar noutro Estado-Membro, regresse com o seu parceiro em união de facto ao Estado-Membro da sua nacionalidade?

2) A título subsidiário, resulta da [Diretiva 2004/38] a obrigação de conceder ou, em alternativa, de facilitar a concessão de tal autorização de residência?

3) É ilegal, por violar o artigo 3.º, n.º 2, da [Diretiva 2004/38], uma decisão de indeferimento da autorização de residência que não tenha por base [exame exaustivo] das circunstâncias pessoais do requerente e não seja justificada por razões adequadas ou suficientes?

4) É compatível com a [Diretiva 2004/38] uma regra de direito nacional que obsta à interposição de um recurso jurisdicional de uma decisão administrativa de indeferimento de um pedido de concessão de cartão de residência a uma pessoa que reivindica a qualidade de membro da família alargada de um cidadão da União?»

4 Das observações apresentadas por R. Banger resulta que esta casou com o seu parceiro no Reino Unido em 27 de setembro de 2014, depois de o casal ter saído dos Países Baixos. No entanto, este facto *não foi tomado em consideração* pelo Ministro, uma vez que a regulation 9(2)(b), das Regulations EEE, relativa aos direitos de membros da família de cidadãos britânicos, exige que os cônjuges «vivam juntos no Estado do EEE ou tenham contraído matrimónio... e tenham vivido juntos nesse Estado *antes de o cidadão britânico regressar* ao Reino Unido». O sublinhado é meu.

5 Segundo este acórdão, quando cidadãos da União regressam ao seu Estado-Membro de nacionalidade depois de terem exercido um direito de residência noutro Estado-Membro, os membros das suas famílias devem beneficiar, pelo menos, dos mesmos direitos que lhes seriam concedidos ao abrigo do direito da União noutro Estado-Membro. Acórdão de 7 de julho de 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296).

6 Acórdão de 7 de julho de 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296).

21. R. Banger, os Governos de Espanha, da Áustria, da Polónia e do Reino Unido, e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. R. Banger, os Governos de Espanha e do Reino Unido, bem como a Comissão Europeia apresentaram alegações orais na audiência que se realizou em 17 de janeiro de 2018.

IV. Análise

22. As presentes conclusões encontram-se estruturadas da seguinte forma. Irei responder em conjunto às três primeiras questões (A), uma vez que dizem, todas elas, respeito, de uma forma ou de outra, à base legal e ao conteúdo das obrigações dos Estados-Membros relativas à entrada e residência de parceiros não casados de cidadãos da União «que regressam». Irei seguidamente analisar a quarta questão (B), relativa ao âmbito da fiscalização jurisdicional exigido quanto aos «membros da família alargada» [7], a que o artigo 3.º, n.º 2 [da Diretiva 2004/38] se refere.

A. Questões 1 a 3: «membros da família alargada» de «cidadãos da União que regressam»

23. Através da sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se os princípios enunciados no Acórdão no processo Singh [8] exigem que um Estado-Membro *emita* uma autorização de residência ou *facilite* a residência de parceiros não casados de cidadãos da União «que regressam». Na segunda questão pergunta-se, a título subsidiário, se essa obrigação de emitir uma autorização de residência ou de facilitar a residência resulta diretamente da Diretiva 2004/38.

24. Estas questões apresentam dois níveis. Em primeiro lugar, referem-se à *base legal* dos direitos conferidos pelo direito da União a parceiros que mantenham uma relação estável com cidadãos da União «que regressam». Em segundo lugar, já se questionam implicitamente sobre o *conteúdo* desses direitos; se existe a obrigação de emitir essa autorização ou simplesmente de a facilitar. Este último aspeto é a seguir inteiramente situado em primeiro plano na terceira questão prejudicial. Essa questão pergunta especificamente se é ilegal, por força do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, adotar uma decisão de indeferimento que não se baseia num exame exaustivo das circunstâncias pessoais do requerente e que não seja justificada por razões adequadas ou suficientes.

25. Em minha opinião, estes dois níveis estão claramente inter-relacionados entre si. A base determina o conteúdo, que, por sua vez, implica um certo nível de justificação de uma decisão. Por conseguinte, penso que é preferível tratar em conjunto as três primeiras questões.

26. Por conseguinte, nesta secção, examinarei, em primeiro lugar, a base legal dos direitos conferidos aos parceiros não casados de cidadãos da União «que regressem» pelo do direito da União. Para esse efeito, irei avaliar se uma aplicação por analogia das regras da Diretiva 2004/38 a cidadãos da União «que regressam» ao seu país de nacionalidade, conforme desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça pode ser extensiva ao artigo 3.º, n.º 2, alínea b), da diretiva (1). Em segundo lugar, considerarei a interpretação dessa disposição, que introduz o conceito de «facilitação» da entrada e residência de parceiros não casados (2). Em terceiro), examinarei as implicações dessas conclusões para o presente processo (3).

7 O conceito de «membros da família alargada» abrange ambas as subcategorias previstas no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, isto é, a de «qualquer outro membro da família» prevista no artigo 3.º, n.º 2, alínea a), e a de «parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada» prevista no artigo 3.º, n.º 2, alínea b).

8 Acórdão de 7 de julho de 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296).

1. Cidadãos que regressam

27. A Diretiva 2004/38 contém uma disposição específica — o artigo 3.º, n.º 2, alínea b) — relativa à situação de pessoas com quem um cidadão da União mantém uma relação estável. Esta disposição não é, no entanto, aplicável ao presente processo *per se*. As disposições da diretiva relativas aos direitos de entrada e de residência não se aplicam a circunstâncias em que um cidadão da União ou os membros da sua família invoquem essas disposições perante o *Estado-Membro de nacionalidade* do cidadão da União [9].

28. O mesmo deveria ser logicamente válido quanto ao artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, relativo aos «membros da família alargada».

29. Indubitavelmente, o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, ao contrário do artigo 3.º, n.º 1, da mesma não se refere explicitamente aos membros da família alargada que *acompanhem* o cidadão da União ou que a ele *se juntem* noutro Estado-Membro. No entanto, o artigo 3.º, n.º 2, como confirma o considerando 6 da diretiva, refere-se claramente às obrigações do «Estado-Membro de *acolhimento*». Além disso, as mesmas considerações sistemáticas e teleológicas que levaram o Tribunal de Justiça a considerar que a Diretiva 2004/38 não é aplicável a membros da família de cidadãos da União no Estado-Membro da origem desse cidadão [10] também se aplicam aos «membros da família alargada».

30. O facto de que o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 não seja *per se* aplicável a um processo como o presente não torna, no entanto, essa disposição totalmente irrelevante. A jurisprudência do Tribunal de Justiça estabeleceu, com base em regras de direito primário, que vários instrumentos de direito derivado sobre a livre circulação podem ser aplicados *por analogia*, em certas circunstâncias, a situações relativas a cidadãos da União que regressam ao seu Estado-Membro de nacionalidade depois de terem exercido os seus direitos de livre circulação [11].

31. A lógica em que tem assentado essa linha de jurisprudência do Tribunal de Justiça é de dissuasão. Segundo o Acórdão no processo Singh, «[u]m cidadão de um Estado-Membro poderia ser dissuadido de abandonar o seu Estado-Membro de origem para exercer uma atividade assalariada ou não assalariada, na aceção do Tratado, no território de outro Estado-Membro se não pudesse beneficiar, quando regressa ao Estado-Membro da sua nacionalidade para exercer uma atividade assalariada ou não assalariada, de facilidades de entrada e de residência pelo menos equivalentes às de que dispõe, por força do Tratado ou do direito derivado, no território de outro Estado-Membro» [12]. Os direitos de livre circulação não poderão produzir a plenitude dos seus efeitos «se esse cidadão for dissuadido de os exercer em virtude de obstáculos colocados pelo seu Estado-Membro de origem à entrada e à permanência do seu cônjuge» [13]. No Acórdão no processo Eind, o Tribunal de Justiça acrescentou que

9 Acórdão de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 37). V. também Acórdão de 8 de novembro de 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, n.ºs 61 e segs.); Acórdão de 10 de maio de 2017, Chavez-Vilchez e o. (C-133/15, EU:C:2017:354, n.º 53); e Acórdão de 14 de novembro de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, n.º 33).

10 Acórdão de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.ºs 39 a 43); e Acórdão de 14 de novembro de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, n.ºs 33 a 37).

11 O Tribunal de Justiça baseou-se em diferentes disposições de direito primário para alargar, por analogia, a aplicação de diferentes instrumentos de direito derivado aos «nacionais que regressam». V., quanto ao artigo 52.º do Tratado CEE e à Diretiva 73/148/CEE do Conselho, de 21 de maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviço (JO 1973, L 172, p. 14; EE 06 F1 p. 132), Acórdão de 7 de julho de 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, n.º 25). Quanto ao artigo 39.º CE e ao Regulamento (CEE) n.º 1612/68 do Conselho, de 15 de outubro de 1968, relativo a livre circulação dos trabalhadores na Comunidade (JO 1968, L 257, p. 2; EE 05 F1 p. 77), v. Acórdão de 11 de dezembro de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, n.ºs 32 e 45). O artigo 21.º, n.º 1, TFUE serviu como base para a aplicação por analogia da Diretiva 2004/38 no Acórdão de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 61).

12 Acórdão de 7 de julho de 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296, n.º 19).

13 Acórdão de 7 de julho de 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296, n.º 23).

esse efeito dissuasivo podia também resultar simplesmente da «perspetiva de o mesmo cidadão não poder prosseguir, após o seu regresso ao Estado-Membro de origem, uma vida em comum com os seus familiares mais próximos, eventualmente iniciada por efeito do casamento ou do reagrupamento familiar, no Estado-Membro de acolhimento» [14].

32. Com base nisso, o Tribunal de Justiça sustentou que o artigo 21.º, n.º 1, TFUE implica que as condições de direito derivado relativas aos direitos de entrada e residência de membros da família, em especial as previstas na Diretiva 2004/38, são aplicáveis por analogia aos membros da família de «cidadãos da União que regressam» no Estado-Membro da nacionalidade do cidadão da União. No Acórdão O. e B., o Tribunal de Justiça esclareceu ainda que esta jurisprudência é aplicável quando um cidadão da União tenha criado ou consolidado a sua vida familiar com um nacional de um país terceiro por ocasião de uma residência efetiva num Estado-Membro diferente daquele de que é nacional [15].

33. No presente processo, o Governo do Reino Unido alegou que os princípios que emanam da jurisprudência referida *supra* dizem respeito exclusivamente aos *direitos* de entrada e de residência ao abrigo da Diretiva 2004/38. Segundo o artigo 3.º, n.º 1, da diretiva, só dispõem desses direitos os membros da família previstos na lista constante do artigo 2.º, n.º 2, da diretiva, mas não os «membros da família alargada» na aceção do seu artigo 3.º, n.º 2. Por conseguinte, uma aplicação por analogia com base no efeito dissuasivo da denegação de direitos de residência a membros da família na sequência do exercício do direito de livre circulação por cidadãos da União não seria justificada no presente processo, que diz respeito a um parceiro não casado, que, por força do artigo 3.º, n.º 2 [não goza desse direito de residência.

34. Não concordo.

35. Em primeiro lugar, é, de facto, verdade que a jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça relativa aos direitos de residência de nacionais de países terceiros membros da família de «cidadãos da União que regressam» se debruçou sobre a situação das pessoas que são consideradas «membros da família» na aceção do artigo 2.º da Diretiva 2004/38 [16]. Não penso que este facto deva ser contornado e interpretado como uma intenção de limitar essa jurisprudência unicamente aos «membros da família». Uma explicação igualmente plausível (na verdade, do meu ponto de vista, uma explicação muito mais plausível) é que esses processos se referem unicamente a membros da família porque muito simplesmente diziam respeito unicamente a membros da família.

36. Isto é particularmente verdade porque, em segundo lugar, a lógica geral subjacente a uma aplicação por analogia da Diretiva 2004/38 aos «membros da família» também se aplica plenamente aos «membros da família alargada». Como a Comissão acertadamente assinalou, esse é especialmente o caso que diz respeito ao parceiro não casado de um cidadão da União que tenha residido legalmente, em conformidade com o direito da União, no Estado-Membro de acolhimento [17].

37. A lógica de dissuasão ou de desencorajamento assentou na premissa de que o cidadão da União seria demovido de se mudar se, as pessoas que lhe são pessoalmente *próximas* forem impedidas de se lhe juntarem. Deveria ser reconhecido que as perceções sociais estão a mudar e que atualmente existem formas diversas de coabitação. Assim, o potencial para dissuadir pode na realidade, no caso de um parceiro previsto no artigo 3.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2004/38, ser mais forte do que talvez

14 Acórdão de 11 de dezembro de 2007 (C-291/05, EU:C:2007:771, n.º 36). V. também Acórdão de 8 de novembro de 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, n.º 70), e Acórdão de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 46).

15 Acórdão de 12 de março de 2014 (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 61).

16 Por exemplo, no Acórdão de 7 de julho de 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296), o Tribunal de Justiça falou de «cônjuge e filhos» (n.º 20). O Acórdão de 11 de dezembro de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771), dizia respeito à filha de um cidadão da UE. O Acórdão de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135), dizia respeito a um casal casado.

17 V., a título de analogia, Acórdão de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 47).

em relação a algumas das categorias enumeradas no artigo 2.º, n.º 2, da mesma. Não estou obviamente a sugerir que é assim sempre. Estou simplesmente a sugerir que quando se trata de determinar quem é efetivamente «próximo» de uma pessoa, as generalizações formais baseadas em conceitos estanques são pouco adequadas [18].

38. Poderia acrescentar-se que o considerando 6 da Diretiva 2004/38 confirma que «a unidade da família numa aceção mais lata» é o objetivo que é prosseguido pelo artigo 3.º, n.º 2, da diretiva [19]. Assim, neste sentido, podem ser igualmente consolidados ou criados laços familiares «mais latos» no Estado-Membro de acolhimento durante a residência efetiva do cidadão da União e podem dar efetivamente origem ao mesmo tipo de considerações baseadas em dissuasão.

39. Dito isto, tenho de admitir que existe um elemento da lógica de dissuasão/desencorajamento, que foi usado para justificar a aplicação por analogia da Diretiva 2004/38 aos cidadãos da União que regressam aos seus Estados-Membros de origem, que não é totalmente convincente. Em poucas palavras, dissuasão implica conhecimento. É bastante difícil ser dissuadido de uma certa forma de ação por algo que não sei se existe no momento em que a decisão é tomada ou cuja existência futura é, na melhor das hipóteses, bastante incerta.

40. Por outro lado, esse efeito dissuasivo pode existir quando o membro da família (alargada) já goza de um estatuto no Estado-Membro de nacionalidade do cidadão da União antes de se mudar para o estrangeiro. A livre circulação pode revelar-se uma empresa arriscada quando um membro da família nacional de um país terceiro já tiver obtido um estatuto de imigração no Estado-Membro de origem do cidadão da União. Esse estatuto poderia ser perdido ao acompanhar o cidadão da União para outro Estado-Membro. Embora o direito da União garanta direitos de residência no segundo (ou subsequente) Estado-Membro de acolhimento, pode razoavelmente afirmar-se que a perspetiva de não gozar desses direitos quando regressar ao Estado-Membro de origem tem um papel dissuasivo na avaliação pessoal dos fatores a ter em conta na decisão de exercer a livre circulação [20].

41. Por outro lado, sinto uma dificuldade intelectual muito maior para discernir esse efeito dissuasivo na decisão de deixar o Estado-Membro da nacionalidade para exercer a livre circulação quando o cidadão da União ainda não tenha criado nenhuma vida familiar. Poderia ser razoavelmente sugerir-se que, por exemplo, um universitário recém-diplomado, que talvez esteja a ponderar mudar-se para outro Estado-Membro, se deixe, a este respeito, influenciar por pensar que pode encontrar nesse outro Estado-Membro (ou no segundo ou no terceiro Estado-Membro) o amor da sua vida e que, mais tarde, supondo que o amor da sua vida seja efetivamente para toda a vida, talvez pudesse querer regressar com essa pessoa para o seu Estado-Membro de origem de forma permanente, mas que, ao se aperceber de que quando do seu regresso, não seria concedido a essa pessoa um direito de residência, descoberta que fez após um estudo cuidadoso e detalhado das normas nacionais sobre imigração no seu Estado-Membro de origem, normas que podiam talvez ser ainda aplicáveis num futuro próximo ou distante, seria dissuadida de exercer sequer os seus direitos de livre circulação de todo e ficaria simplesmente em casa?

18 Poderia acrescentar-se que a evolução do conceito de «vida familiar» no sentido de serem reconhecidos e aceites, laços *de facto* encontra-se igualmente presente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH»). Não obstante a questão das obrigações específicas resultantes da existência de vida familiar no contexto particular da migração, o TEDH declarou que o conceito de «família» na aceção do artigo 8.º da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (a seguir, «CEDH») «não se confina a relações baseadas no casamento e pode abranger outros laços "familiares" de facto, em que os parceiros vivem juntos sem estarem casados», em situações nas quais nascem filhos fora do casamento. V. Acórdão do TEDH de 24 de junho de 2010, Schalk e Kopf c. Áustria (CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, § 91). No § 94, o TEDH confirmou ainda que os casais não casados do mesmo sexo que vivam juntos em parcerias estáveis *de facto* são abrangidos pelo conceito de «vida familiar».

19 Um requisito semelhante de «facilitação» está previsto no artigo 10.º, n.º 2, do Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e no artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 73/148/CEE.

20 Conclusões do advogado-geral G. Tesauro no processo Singh (C-370/90, EU:C:1992:229, n.º 8).

42. Deixando de lado cenários em que encontrar o verdadeiro amor no estrangeiro *seja* a força motriz que incita alguém a exercer os direitos de livre circulação, a natureza remota e hipotética desses acontecimentos e a sua (im)plausibilidade como uma base genuína para quaisquer opções tomadas na vida de qualquer pessoa normal talvez não constituam o fundamento mais sólido para a aplicação por analogia (no sentido de uma extensão efetiva da aplicabilidade para além do seu sentido literal claro) da Diretiva 2004/38 a cidadãos da União que regressam.

43. Por conseguinte, sugiro que o Tribunal de Justiça dê maior ênfase a uma justificação alternativa para a aplicação por analogia dos requisitos da Diretiva 2004/38 a cidadãos da União que «regressam» e a membros da sua família (alargada): não se trata necessariamente de uma pessoa poder ser demovida de se mudar *ex ante*, mas sim de uma pessoa não pode ser penalizada *ex post* por fazer-se ter mudado [21].

44. A jurisprudência do Tribunal de Justiça já reconheceu, no contexto da proibição de discriminação, que o exercício da liberdade de circulação não pode acarretar uma *desvantagem ex post* para cidadãos da União [22]. Em minha opinião, essa desvantagem verificar-se-ia nos casos em que, embora os cidadãos «que regressam» estejam sujeitos ao mesmo regime normativo que os nacionais que nunca exerceram a liberdade de circulação, as disposições nacionais não reconhecem laços familiares criados ou consolidados noutro Estado-Membro [23].

45. Situações objetivamente diferentes não podem nem devem ser tratadas de forma idêntica. De outra forma, o perigo (que, desta vez, não é remoto nem hipotético) é que a livre circulação se converta assegure num bilhete só de ia. Isso levaria à perpetuação da expatriação. O que dificilmente se conciliaria com o direito de se mudar e de residir *livremente no interior da União Europeia* [24].

46. Em suma, embora de modo talvez elaborado, as considerações que levaram o Tribunal de Justiça a uma aplicação por analogia dos direitos de entrada e de residência de membros da família referidos no artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 a cidadãos da União que regressem aos seus Estados-Membros de origem aplicam-se igualmente aos «membros da família alargada» referidos no artigo 3.º, n.º 2, da diretiva.

47. Em consequência, impõe-se concluir, partilhando das observações dos Governos austríaco, espanhol e polaco, bem como da Comissão, que um nacional de um país terceiro, parceiro que mantenha uma relação estável com um cidadão da União - que tenha exercido a sua liberdade de circulação - não pode, por ocasião do regresso do cidadão da União ao seu Estado-Membro de origem, receber um tratamento menos favorável do que aquele que a Diretiva 2004/38 prevê para os membros da família alargada de cidadãos da União que exerçam a sua liberdade de circulação noutros Estados-Membros.

2. «Facilitação» da entrada e da residência dos «membros da família alargada» na aceção do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38

48. A primeira e segunda questões prejudiciais perguntam ao Tribunal de Justiça se as condições impostas pelo direito da União exigem que os Estados-Membros *concedam* ou, alternativamente, *facilitem* a concessão de uma autorização de residência ao parceiro não casado de um cidadão da União que regressa.

21 Essa justificação já tinha sido ponderada nas Conclusões do advogado-geral G. Tesauro no processo Singh (C-370/90, EU:C:1992:229, n.os 7 e 8).

22 V., por exemplo, Acórdão de 11 de julho de 2002, D'Hoop (C-224/98, EU:C:2002:432, n.º 31); Acórdão de 29 de abril de 2004, Pusa (C-224/02, EU:C:2004:273, n.º 19); Acórdão de 18 de julho de 2006, De Cuyper (C-406/04, EU:C:2006:491, n.º 39); ou Acórdão de 11 de setembro de 2007, Schwarz e Gootjes-Schwarz (C-76/05, EU:C:2007:492, n.º 88).

23 De facto, a realidade da livre circulação dá origem a situações diferentes das dos «cidadãos estáticos», que não devem ser tratadas da mesma forma. V., a este respeito, Acórdão de 2 de outubro de 2003, Garcia Avello (C-148/02, EU:C:2003:539, n.º 31 e segs.).

24 V., a este respeito, Conclusões da advogada-geral E. Sharpston no processo O. e o. (C-456/12 e C-457/12, EU:C:2013:837, n.º 89).

49. Como a Comissão e todos os governos que apresentaram observações ao Tribunal de Justiça acertadamente sustentam, uma aplicação por analogia dos princípios que emanam do Acórdão no processo Singh [25] implica que os parceiros não casados de «cidadãos da UE que regressam» tenham direito de acesso ao regime de *facilitação* previsto no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38.

50. R. Banger não contradiz esse entendimento ou, pelo menos, não o faz diretamente. O seu argumento é mais matizado: embora se mantenha no âmbito da obrigação de facilitação prevista no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva, argumenta que a recusa de emitir o seu cartão de residência não se baseou numa exame exaustivo das suas circunstâncias pessoais e não era justificado por razões adequadas ou suficientes, conforme exigido pela referida disposição.

51. O Tribunal de Justiça já esclareceu, no Acórdão Rahman, o conteúdo do «regime de facilitação» específico aplicável aos membros da família alargada, previsto no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva [26]. Esse acórdão enfatizou três dimensões desse regime: a inexistência de um direito automático de entrada e de residência (i); a obrigação de estabelecer um regime de facilitação de acordo com o direito nacional, para o qual os Estados-Membros gozam de margem de apreciação (ii); e o facto de que essa margem de apreciação não é ilimitada (iii).

52. Em primeiro lugar, o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva não confere um *direito* de entrada ou residência a membros da família alargada. Uma distinção é feita entre os membros da família conforme definidos no artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva, que são titulares de um direito de entrada e de residência, e os referidos no artigo 3.º, n.º 2, cuja entrada e residência «apenas devem ser facilitadas» [27]. Por conseguinte, a Diretiva 2004/38 não obriga os Estados-Membros a deferir quaisquer pedidos de entrada ou de residência ao abrigo do artigo 3.º, n.º 2 [28]. Além disso, em comparação com os direitos de que os cidadãos da União e os membros das suas famílias gozam, os termos do artigo 3.º, n.º 2, «não [são] suficientemente precisos para permitir que um requerente de entrada ou de residência se socorra diretamente desta disposição para invocar *critérios* de apreciação que, em seu entender, deviam ser aplicados ao seu pedido» [29].

53. Em segundo lugar, ao contrário de um direito de residência, o conteúdo material da obrigação de facilitação prevista no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 foi definido como a obrigação de os Estados-Membros garantirem que as legislações respetivas prevejam critérios que permitam aos membros da família alargada obter uma decisão quanto aos seus pedidos de residência. Essa decisão deve basear-se exame exaustivo das suas circunstâncias pessoais e, se o pedido for indeferido, esse indeferimento deve ser fundamentado [30].

54. Como o confirma o considerando 6 da Diretiva 2004/38, a situação de «membros da família alargada» deve ser analisada pelo Estado-Membro de acolhimento «à luz da sua legislação nacional, a fim de decidir se a entrada e residência dessas pessoas podem ser autorizadas». Isto significa, que na falta de disposições mais precisas na diretiva e tendo em conta os termos «à luz da sua legislação nacional», os Estados-Membros têm uma ampla margem de apreciação na *escolha dos fatores* a que se deve atender na aplicação das suas obrigações resultantes do artigo 3.º, n.º 2 [31]. Esta margem de apreciação implica necessariamente que os Estados-Membros podem definir as condições e os critérios *específicos* para aplicação desta disposição na sua legislação nacional e os fatores a serem tidos em conta.

25 Acórdão de 7 de julho de 1992 (C-370/90, EU:C:1992:296).

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

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

28 Acórdão de 5 de setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:519, n.º 18). V. igualmente Conclusões do advogado-geral M. Wathelet no processo Coman e o. (C-673/16, EU:C:2018:2, n.ºs 94 a 96).

29 Acórdão de 5 de setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:519, n.º 25). O sublinhado é meu.

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

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

55. É igualmente claro que essa margem de apreciação significa necessariamente que essas condições, critérios e fatores podem *diferir* de um Estado-Membro para outro, uma vez que os Estados-Membros podem cumprir as suas obrigações de transpor esta disposição de maneiras diferentes [32].

56. Em terceiro lugar, a margem de apreciação conferida pelo artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 não é ilimitada. Esta disposição contém limites específicos que circunscrevem a margem de que os Estados-Membros gozam: as regras nacionais pertinentes devem ser conformes com o conceito de «facilitação» e cumprir os requisitos de exame exaustivo das circunstâncias pessoais e de fundamentação no caso um pedido ser indeferido.

57. O primeiro limite resulta da redação da disposição e do conceito de «facilitação». De facto, o termo «facilita» indica que o artigo 3.º, n.º 2, «impõe aos Estados-Membros uma obrigação de atribuir uma certa vantagem, relativamente aos pedidos de entrada e de residência de outros nacionais de Estados terceiros […]» [33]. Por conseguinte, «o Estado-Membro de acolhimento deve garantir que a sua legislação prevê critérios conformes com o sentido habitual do termo "facilita" […]» [34]. Como corolário da obrigação de facilitação, o Tribunal de Justiça recordou que as disposições nacionais adotadas não privam o artigo 3.º, n.º 2, do seu efeito útil [35].

58. Simplificando, os Estados-Membros gozam de uma certa margem, quer quanto aos critérios substantivos quer às condições processuais no contexto da «facilitação». No entanto, é essencial que os «membros da família alargada» sejam melhor tratados do que a categoria *geral* de nacionais de um país terceiro [36].

59. O segundo limite decorre do último período do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38. Esta disposição impõe aos Estados-Membros uma obrigação dupla: proceder a «uma extensa análise das circunstâncias pessoais» e «justifica[r] a eventual recusa de entrada ou de residência das pessoas em causa». Por conseguinte, os Estados-Membros têm de tornar possível «[obter] uma decisão sobre o seu pedido, fundada numa extensa análise das suas circunstâncias pessoais, e que, em caso de recusa, seja fundamentada» [37]. A extensa análise significa, segundo o considerando 6, ter em conta vários fatores relevantes, como a relação com o cidadão da União ou quaisquer outras circunstâncias, como a dependência financeira ou física em relação ao cidadão da União [38].

60. Em consequência, resulta da redação do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, conforme interpretado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão no processo Rahman e sublinhado nesta secção, que esta disposição não implica um direito de residência automático. Por conseguinte, a aplicação por analogia dessa disposição a situações em que um membro da família alargada acompanha um «cidadão da União que regressa» ao seu Estado-Membro de origem não pode conduzir do mesmo modo a um qualquer direito de residência automático. A aplicabilidade por analogia do artigo 3.º, n.º 2, da diretiva apenas pode ter o alcance que o próprio artigo 3.º, n.º 2, teria se este fosse ele mesmo aplicável - mas não pode ir além desse alcance. De facto, como a jurisprudência do Tribunal

32 V., a este respeito, Conclusões do advogado-geral Y. Bot no processo Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:174, n.º 64).

33 Acórdão de 5 de setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:519, n.º 21).

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

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

36 Reconhecendo embora que certos nacionais de um país terceiro (que não são membros da família de cidadãos da União) podem gozar de *direitos* de entrada e de residência, por exemplo, com base no direito à vida familiar. V. Diretiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar (JO 2003, L 251, p. 12). A referência contida no Acórdão de 5 de setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:519, n.º 21), deve, portanto, ser entendida no sentido de que diz respeito à categoria *geral* de nacionais de um país terceiro que *não gozam* desses direitos de entrada e de residência. V., sobre esta problemática, Guild, E., Peers, S., e Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive. A Commentar*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 74, nota 203.

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

38 V. também Acórdão de 5 de setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:519, n.º 23).

de Justiça já confirmou, a «aplicação por analogia» de direito derivado sobre a livre circulação a membros da família de cidadãos da União que «regressam» não equivale a um reconhecimento automático de direitos de residência gozados no segundo Estado-Membro: a aplicação por analogia das disposições de direito derivado fica sujeita às condições nele previstas [39].

3. Presente processo

61. Nas circunstâncias do presente processo, o fundamento do direito primário para uma aplicação por analogia das disposições pertinentes da Diretiva 2004/38 pode ser encontrado no artigo 45.º TFUE (se, como parece, o órgão jurisdicional de reenvio confirmar que P. Rado estava a exercer o seu direito à livre circulação como trabalhador nos Países Baixos) ou, a título subsidiário, no artigo 21.º, n.º 1, TFUE.

62. Segundo essa aplicação por analogia, um parceiro não casado com o qual o cidadão da União mantenha uma relação estável e com o qual o cidadão da União tenha criado ou consolidado laços familiares noutro Estado-Membro quando exercia os seus direitos de livre circulação, tem direito a que o seu pedido seja examinado de acordo com os requisitos previstos no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 no momento do regresso do cidadão da União ao seu Estado-Membro de origem.

63. No presente processo, ao que parece, R. Banger obteve um cartão de residência nos Países Baixos ao abrigo do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38. Viveu juntamente com P. Rado como um membro da família alargada enquanto P. Rado exercia os seus direitos de residência nesse Estado-Membro. Aparentemente, isso permitiu-lhes gozar e consolidar a sua vida familiar.

64. Nessas circunstâncias, uma interpretação conjugada do TFUE (artigo 21.º, n.º 1, ou artigo 45.º TFUE) com o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 confere a R. Banger o direito a que o seu pedido seja objeto de um exame exaustivo e a que lhe sejam dadas justificações em caso de recusa de entrada ou de residência com base nos resultados desse exame. Esse exame deve incidir em especial, nas suas circunstâncias pessoais específicas, incluindo a sua relação com o cidadão da União.

65. Afigura-se, com base nos elementos fornecidos no pedido de decisão prejudicial e nas observações apresentadas ao Tribunal de Justiça, que a única razão para o indeferimento do pedido de um cartão de residência foi que R. Banger e P. Rado não eram casados no momento em que o pedido foi apresentado. Se for efetivamente o caso, essa razão é insuficiente para respeitar o requisito de fornecer uma justificação baseada num exame exaustivo das circunstâncias pessoais dos membros da família alargada ao abrigo do artigo 3.º, n.º 2, alínea b), que abrange pessoas que *não são casadas*, mas que mantêm uma relação estável com o cidadão da União.

66. Com base na sua redação, é razoável considerar que uma «extensa análise das circunstâncias pessoais» deve incluir a determinação da natureza da relação com o cidadão da União que regressa. Assim, logicamente, isto deveria incluir a tomada em conta, para efeitos probatórios, de que, com a emissão de um cartão de residência por outro Estado-Membro, uma relação estável já tinha sido reconhecida e considerada devidamente certificada.

67. Quero sublinhar que esse facto, em si mesmo e por si só, pode, no entanto, não levar necessariamente à concessão de um direito de residência no Estado-Membro de origem do cidadão da União (ou, para o que interessa, em qualquer outro Estado-Membro para o qual o casal decida mudar-se). Mais uma vez, como já foi analisado (por esse mesmo motivo, de forma bastante extensa) em geral na secção anterior, a obrigação de *facilitar* não significa a obrigação de *conceder* automaticamente. O facto de que, dentro de certos limites, os Estados-Membros possam estabelecer

39 Acórdão de 11 de dezembro de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, n.º 39). V. igualmente Conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo Eind (C-291/05, EU:C:2007:407, n.ºs 38 e 39).

os seus próprios critérios específicos nesta área logicamente significa que não existe nem uma «obrigação de reconhecimento mútuo» de autorizações de residência concedidas por outros Estados-Membros, nem sequer, uma obrigação de conceder, um tratamento igual, ou mesmo mais favorável, do que o obtido nos anteriores Estados-Membros de acolhimento.

68. Em minha opinião, nem a dissuasão/desencorajamento *ex ante* nem a penalização *ex post* deveriam ser levadas ao extremo de significar efetivamente que qualquer dos Estados-Membros sucessivos para os quais um cidadão da União decida mudar-se devam conceder um tratamento igual, ou mesmo mais favorável, do que o obtido nos anteriores Estados-Membros. Isso iria de facto muito além de uma aplicação por analogia e do conceito de facilitação.

4. Conclusão provisória

69. Em consequência, proponho que às três primeiras questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio sejam dadas as seguintes respostas:

– O artigo 21.º, n.º 1, e o artigo 45.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que, quando um cidadão da União criou ou consolidou a sua vida familiar durante o exercício de direitos de residência noutro Estado-Membro, o regime de facilitação previsto no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 é aplicável por analogia ao parceiro com o qual o cidadão da União mantenha uma relação estável no momento do regresso do cidadão da União ao seu Estado-Membro de origem. Em consequência, esse Estado-Membro deve facilitar, na aceção do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva, em conformidade com a sua legislação nacional, a entrada e a residência do parceiro com o qual o cidadão da União mantenha uma relação estável devidamente certificada.

– Quando um cidadão da União regressa ao seu Estado-Membro de origem depois de ter exercido os seus direitos de residência noutro Estado-Membro, onde criou ou consolidou a sua vida familiar com um parceiro com o qual mantém uma relação estável devidamente certificada, o artigo 21.º, n.º 1, e o artigo 45.º TFUE exigem que, ao decidir sobre a entrada e a residência desse parceiro, o Estado-Membro de origem do cidadão da União proceda a um exame exaustivo das suas circunstâncias pessoais e justifique qualquer recusa de entrada ou de residência, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38.

B. Questão 4: direito a um recurso efetivo

70. Através da sua quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se uma regra de direito nacional que obsta à interposição de um recurso jurisdicional de uma decisão proferida pelo poder executivo de recusa concessão de cartão de residência a uma pessoa que reivindica a qualidade de membro da família alargada de um cidadão da União é compatível com a Diretiva 2004/38.

71. A decisão de reenvio sugere que esta questão é justificada pelo facto de uma secção do Upper Tribunal (Tribunal Superior) com uma constituição diferente ter decidido que um requerente cujo pedido de cartão de residência enquanto «membro da família alargada» tenha sido indeferido não dispõe de um direito de recurso para o tribunal competente ao abrigo da regulation 26 das EEE Regulations de 2006[40]. Isto é motivado pelo facto de a decisão tomada pelo Ministro, no uso da sua margem de apreciação, de não conceder um cartão de residência a um membro da família alargada não ser considerada uma decisão sobre «o direito de uma pessoa a que lhe seja concedido […] um

40 Sala (EFM's: Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC).

cartão de residência» [41]. O órgão jurisdicional de reenvio explica que, se a decisão tiver sido acertadamente tomada, o Acórdão no processo Sala significaria que a requerente não tem qualquer direito para prosseguir o seu recurso no processo principal. A fiscalização jurisdicional seria então a única via potencial disponível [42].

72. Resulta das observações apresentadas ao Tribunal de Justiça pelas partes interessadas (uma vez que o despacho de reenvio é muito conciso a este respeito) que, com base na legislação de Inglaterra e do País de Gales o sistema primário de impugnação de atos de autoridades administrativas é, por defeito, o sistema de «fiscalização jurisdicional». Em áreas ou contextos especiais a lei instituiu direitos de recurso através de plena jurisdição [43]. È igualmente o que se verifica no caso dos direitos de membros da família de cidadãos da União. Como o Governo do Reino Unido esclareceu, por força do direito de Inglaterra e do País de Gales, os «membros da família» na aceção do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 têm direito de recorrer para o First-tier Tribunal (Tribunal de Primeira Instância, Reino Unido) (e posteriormente, para o Upper Tribunal [Tribunal Superior]). No entanto, tendo em conta o Acórdão no processo Sala, as pessoas abrangidas pelo artigo 3.º, n.º 2, da diretiva não têm acesso a esse sistema de recurso. Têm apenas o direito de impugnar uma decisão de recusa de concessão de um cartão de residência através da via da fiscalização jurisdicional, perante o High Court of England and Wales (Administrative Court) (Tribunal Superior de Justiça (Tribunal Administrativo) de Inglaterra e do País de Gales).

73. A quarta questão do órgão jurisdicional de reenvio deve, por conseguinte, ser interpretada à luz desse contexto jurídico nacional específico. Visto desta perspetiva, o principal problema subjacente à questão do órgão jurisdicional de reenvio não é se existe uma ausência *total* de proteção jurisdicional dos membros da família alargada, mas sim, se o sistema de fiscalização jurisdicional preenche os requisitos do direito da União ou se o acesso ao sistema de recursos é necessário.

74. O Governo do Reino Unido e R. Banger defendem opiniões opostas a este respeito.

75. R. Banger alega que a via de fiscalização jurisdicional não pode ser considerada uma via de recurso eficaz para efeitos da Diretiva 2004/38 e do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»). A fiscalização jurisdicional não é um mecanismo satisfatório para rever uma decisão de recusa de um cartão de residência. Não tem por objeto a decisão em si, mas sim o processo decisório. R. Banger explicou ainda na audiência as diferenças entre o sistema de recursos e o de fiscalização jurisdicional quanto às condições de acesso a ambos os sistemas, os custos, o âmbito do recurso e a natureza da reparação que pode ser concedida. Sustentou que uma impugnação ao abrigo da fiscalização jurisdicional baseia-se apenas na legalidade da decisão e que os fundamentos de recurso são limitados. Em sua opinião, a fiscalização jurisdicional no presente processo só pode ser bem sucedida se for baseada em irrazoabilidade, pelo que o âmbito da impugnação é reduzido e não abrange os elementos factuais.

76. Pelo contrário, o Governo do Reino Unido sustenta que o sistema de fiscalização jurisdicional satisfaz integralmente as exigências do direito da União. O direito da União não exige que os Estados-Membros concedam um direito de recurso especial previsto na lei. Como também não lhes impõe uma fiscalização integral do mérito de decisões em que o órgão jurisdicional possa substituir a apreciação do órgão de decisão original pela sua própria apreciação. Na audiência, o Governo do

41 Sala (EFM's: Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC), n.º 84.

42 A Decisão Sala (EFM's: Right of Appeal) [2016] UKUT 411 (IAC) refere explicitamente no seu n.º 23 que, no Acórdão no processo Rahman, o Tribunal de Justiça esclareceu que a [Diretiva 2004/38] não exigia um recurso de plena jurisdição, mas apenas que um órgão jurisdicional fiscalizasse se o autor da decisão «se [manteve] dentro dos limites da margem de apreciação fixada pela [...] diretiva». Afigura-se, no entanto, que o Court of Appeal (Tribunal de Recurso) adotou uma posição jurídica diferente na recente decisão de 9 de novembro de 2017 no processo Khan v. Secretary of State for the Home Department & Anor [2017] EWCA Civ 1755. Na audiência, o Governo do Reino Unido insistiu em que essa decisão não era relevante para o presente processo, uma vez que essa decisão tinha por objeto a interpretação de legislação nacional que já não estava em vigor.

43 V., em termos gerais, por exemplo Sir Clive Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, 5ª ed. Sweet & Maxwell, 2015, ou Supperstone, M., Goudie, J., Walker, P., e Fenwick, H., *Judicial Review*, 5ª ed, LexisNexis, United Kingdom, 2014.

Reino Unido concordou com as observações da Comissão segundo as quais o direito da União exige uma fiscalização integral da decisão, que inclua uma análise dos factos e o caráter proporcional [44]. Sustentou que a fiscalização jurisdicional cumpre integralmente esses padrões, na medida em que permite uma análise não só da base legal da decisão, mas também de erros de facto e da proporcionalidade [45].

77. Detive-me detalhadamente na explicação do contexto da quarta questão do órgão jurisdicional de reenvio e na posição das partes interessadas por uma razão: para demonstrar porque é que não penso que o Tribunal de Justiça deva responder à questão tal como esta foi colocada. Três razões explicam esta posição.

78. Em primeiro lugar, não incumbe ao Tribunal de Justiça proceder a um exame das diferentes características dos vários sistemas de proteção jurisdicional nos direitos nacionais [46]. Isso obrigaria a um exame detalhado e a uma apreciação do direito nacional, tarefa que incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais.

79. Em segundo lugar, é ainda menos missão do Tribunal de Justiça proceder a esse exame num campo tão complexo e em evolução do direito, como é a natureza da fiscalização jurisdicional em direito inglês [47], e depois ser efetivamente chamado a arbitrar entre os vários intervenientes nacionais que podem não estar, eles próprios, de acordo sobre quais são esses padrões atuais.

80. Em terceiro lugar, o processo de decisão prejudicial está sempre ligado a um litígio específico num processo principal intentado num tribunal nacional. Dentro desse quadro, uma disposição processual ou substantiva *concreta* do direito nacional pode, de facto, ser examinada *indiretamente*. No entanto, o Tribunal de Justiça não pode proferir pareceres consultivos abstratos sobre a adequação ou a inadequação de áreas inteiras do direito ou de sistemas de proteção jurisdicional em geral [48], que envolveria, para poder ser realizado, uma discussão de todo e qualquer aspeto, desde a legitimidade, as custas, os prazos, o alcance da fiscalização, a reparação que pode ser concedida e as vias de recurso.

81. No entanto, o que o Tribunal de Justiça poderia, num espírito de cooperação, talvez devesse, a fim de ajudar o tribunal nacional a resolver os problemas suscitados pela quarta questão, era proceder à clarificação das obrigações e das condições estabelecidas no direito da União quanto a uma via de recurso efetiva no contexto de uma aplicação por analogia do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 [49].

82. Com este objetivo em mente, nesta secção, examinarei em primeiro lugar as garantias processuais consagradas na própria diretiva (1), e seguidamente as condições gerais resultantes do artigo 47.º da Carta (e dos princípios da efetividade e da equivalência) (2). Por fim, examinarei as implicações do direito fundamental a uma via de recurso efetiva no que respeita ao contexto específico do artigo 3.º, n.º 2, da diretiva (3).

44 O Governo do Reino Unido faz referência, a este respeito, ao Acórdão de 3 de setembro de 2008, Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão (C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461), e ao Acórdão de 8 de dezembro de 2011, KME Germany e o./Comissão (C-272/09 P, EU:C:2011:810).

45 O Governo do Reino Unido referiu a este respeito em especial a decisão da Court of Appeal of England and Wales (Tribunal de Recurso de Inglaterra e do País de Gales) em T-Mobile (UK) Ltd c. Office of Communications [2009] 1 WLR 1565, e a decisão do Supreme Court (Supremo Tribunal, Reino Unido) em R (a requerimento de Kiarie) c. Secretary of State for the Home Department e R (a requerimento de Byndloss) c. Secretary of State for the Home Department [2017] UKSC 42.

46 V., no mesmo sentido, Conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer nos processos apensos Shingara e Radiom (C-65/95 e C-111/95, EU:C:1996:451, n.º 60).

47 Como foi referido nas Conclusões da advogada-geral E. Sharpston no processo East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:234, n.º 84).

48 Para uma situação recente semelhante quanto a saber ou não se a designação dos tribunais cíveis em vez dos administrativos como foro competente para execução de dívidas à União Europeia respeita o princípio da efetividade, v. as minhas Conclusões no processo Dimos Zagoriou (C-217/16, EU:C:2017:385, n.ºs 28 e 60 a 63).

49 Mais uma vez, à imagem das Conclusões da advogada-geral E. Sharpston no processo East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:234, n.º 84).

1. Proteção jurisdicional prevista nos artigos 15.º e 31.º da Diretiva 2004/38

83. A Diretiva 2004/38 contém disposições específicas sobre a proteção jurisdicional dos direitos de livre circulação. As disposições pertinentes para o presente processo estão previstas nos seus artigos 15.º e 31.º Os predecessores históricos destas últimas disposições encontram-se nas garantias processuais previstas na Diretiva 64/221/CEE, que permitiam expressamente limites à proteção jurisdicional, incluindo aos recursos relativos à legalidade das decisões [50]. Por fim, esses limites tão controversos [51], foram suplantados pela Diretiva 2004/38. Esta última reconhece expressamente um direito de acesso à via judicial sobre questões de direito e de facto relativas a decisões impostas por razões de ordem pública e de segurança pública, bem como com fundamento em quaisquer outras restrições aos direitos de livre circulação e de residência.

84. Nos n.os 23 a 47 das presentes Conclusões, sugeri que o regime de facilitação do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 devia ser aplicado por analogia a membros da família alargada de cidadãos da União que regressam. Foi igualmente sugerido que essa aplicação por analogia significa precisamente isso: a aplicação do conteúdo da diretiva, mas não a criação de quaisquer novos direitos.

85. O problema específico que essa remissão para a diretiva coloca no presente processo é que o artigo 3.º, n.º 2, da diretiva não prevê, ele próprio, as garantias processuais específicas que devem acompanhar a aplicação dessa disposição. Assim, não é totalmente claro quais seriam essas garantias jurisdicionais se o artigo 3.º, n.º 2, fosse *per se* aplicável a um membro da família alargada num Estado-Membro de acolhimento.

86. Por conseguinte, a questão fulcral é o âmbito de aplicação pessoal do artigo 15.º da Diretiva 2004/38. Segundo a Comissão e o Governo do Reino Unido, o artigo 15.º da diretiva, em geral, não é aplicável às situações previstas no artigo 3.º, n.º 2, dessa diretiva. Isso deve-se ao facto de o artigo 15.º se referir apenas aos cidadãos da União e aos «membros das suas famílias». Este último conceito, que está legalmente definido no artigo 2.º, n.º 2, da diretiva, não abrange membros da família alargada.

87. Aceito o valor desse argumento literal. A conclusão natural que normalmente deveria decorrer dessa afirmação está, no entanto, de certo modo, sujeita à consideração de natureza sistemática de que o conceito de «membros da família» parece não ser utilizado uniformemente nas disposições subsequentes da Diretiva 2004/38 [52].

50 Diretiva do Conselho, de 25 de fevereiro de 1964, para a coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública (JO 1964, 56, p. 850; EE 05 F1 p. 36), em especial o seu artigo 9.º

51 Foi alegado que estes limites não eram conformes com o princípio de uma proteção jurisdicional efetiva. V. Conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer nos processos apensos Shingara e Radiom (C-65/95 e C-111/95, EU:C:1996:451, n.º 70 e segs.). V., sobre a interpretação das disposições relevantes, Acórdãos de 25 de julho de 2002, MRAX (C-459/99, EU:C:2002:461), e de 2 de junho de 2005, Dörr e Ünal (C-136/03, EU:C:2005:340).

52 As pessoas abrangidas pelo artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 são, de facto, igualmente incluídas no conceito de «membros da família» noutras disposições da diretiva. Por exemplo, o artigo 10.º, n.º 2, que regula a emissão de cartões de residência para membros da família, faz referência, nos pontos e) e f), aos documentos que os Estados-Membros exigem no que respeita às pessoas abrangidas pelo artigo 3.º, n.º 2; o artigo 7.º, n.º 4, contém uma derrogação às condições gerais aplicáveis ao direito de residência de membros da família na linha ascendente para estudantes, remetendo para as disposições do artigo 3.º, n.º 2 (sem indicar que essas pessoas deixariam de ser consideradas «membros da família» para efeitos das garantias processuais que lhes são aplicáveis); o artigo 8.º, n.º 5, refere-se aos documentos que devem ser apresentados para a emissão do certificado de registo aos «membros da família», incluindo nas alíneas e) e f), uma referência às pessoas abrangidas pelo artigo 3.º, n.º 2. Sublinhando a utilização variável do conceito de «membros da família» em ligação com o artigo 3.º, n.º 2, v. Guild, E., Peers, S., e Tomkin, J., *The EU Citizenship Directive. A Commentary*. Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 80.

88. Há, no entanto, um argumento poderoso a favor de um alcance mais alargado do artigo 15.º da Diretiva 2004/38. Essa disposição refere que as garantias processuais se aplicam «a todas as decisões de restrição da livre circulação dos cidadãos da União e membros das suas famílias». Por conseguinte, embora se pudesse afirmar que os membros da família alargada não são abrangidos pelo conceito de «membro da família» previsto nessa disposição, a recusa de um cartão de residência a essas pessoas poderia, de facto, ser facilmente classificada como uma «restrição» aos direitos de livre circulação do próprio cidadão da União, o qual é claramente abrangido.

89. Talvez não seja um dos finalistas do «prémio de jurisprudência humanista», mas o Tribunal de Justiça tem reconhecido, desde há longa data, que o direito de residência derivado de membros da família de cidadãos da União é *instrumental* enquanto garantia do direito de livre circulação dos próprios cidadãos da União [53]. Como foi ainda alegado nos n.os 36 a 38 destas Conclusões, o regime de facilitação previsto no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva responde à mesma dinâmica de fortalecer o direito de livre circulação de cidadãos da União. Dentro dessa lógica de limitação e de impedimento indireto, considerar a recusa de permitir a um membro da família alargada que se reúna ao cidadão da União que regressa uma decisão que «restringe efetivamente a livre circulação de um cidadão da União» parece-se ser o menor voto de confiança.

90. Seja como for, as implicações práticas da aplicabilidade do artigo 15.º da Diretiva 2004/38 são, em certa medida, limitadas nas circunstâncias presente processo. Como irei sustentar na secção seguinte das presentes Conclusões, aqueles que apresentem pedidos ao abrigo do artigo 3.º, n.º 2, da diretiva têm o direito, em qualquer caso, às garantias processuais resultantes do artigo 47.º da Carta, que reflete o princípio geral do direito da União da proteção jurisdicional efetiva.

2. Proteção jurisdicional efetiva com base no artigo 47.º da Carta

91. Desde o Acórdão no processo Heylens [54], ficou claro que o princípio da proteção jurisdicional efetiva exige que, mesmo na falta de disposições específicas de direito derivado que estabeleça garantias processuais, deve existir uma via de recurso de natureza judicial para impugnar decisões de autoridades nacionais mediante as quais se recusam direitos conferidos ao abrigo do direito da União. Esta obrigação também decorre do artigo 4.º, n.º 3, TUE e do artigo 19.º, n.º 1 TFUE [55].

92. Essa via judicial deve existir, não só no caso de um direito de entrada conferido pelo direito da União. Recentemente, o Tribunal de Justiça confirmou a necessidade de garantir a fiscalização por um tribunal em conformidade com o artigo 47.º da Carta e com o princípio da efetividade no Acórdão no processo El Hassani, um processo relativo à recusa de um visto Schengen. Trata-se de um campo em que as autoridades nacionais têm uma ampla margem de apreciação quanto às condições aplicáveis e à avaliação dos factos relevantes [56]. Além disso, em minha opinião, não existe *nenhum direito* à concessão de um visto. No entanto, o facto de a lei não prever nenhum direito substantivo a um certo resultado não significa que o requerente não tenha o direito de que o seu pedido seja tratado de forma justa e adequada e, se necessário, a este respeito, direito à proteção jurisdicional [57].

53 V., por exemplo, Acórdão de 12 de março de 2014, S. e G. (C-457/12, EU:C:2014:136, n.º 41 e jurisprudência referida), e Acórdão de 14 de novembro de 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, n.os 32, 47 e 48 e jurisprudência referida).

54 Acórdão de 15 de outubro de 1987, Heylens e o. (222/86, EU:C:1987:442, n.º 14). V. também, por exemplo, Acórdão de 3 de dezembro de 1992, Oleificio Borelli/Comissão (C-97/91, EU:C:1992:491, n.os 14 e 15), ou Acórdão de 19 de setembro de 2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, n.os 46 e 47).

55 Acórdão de 14 de setembro de 2017, The Trustees of the BT Pension Scheme (C-628/15, EU:C:2017:687, n.º 47).

56 Acórdão de 13 de dezembro de 2017 (C-403/16, EU:C:2017:960, n.os 36 a 41).

57 V. as minhas Conclusões no processo El Hassani (C-403/16, EU:C:2017:659, n.os 103 a 106).

93. É, por conseguinte, pacífico que, no presente processo, mesmo admitindo que o artigo 15.º da Diretiva 2004/38 não se aplique às pessoas abrangidas pelo artigo 3.º, n.º 2 dessa diretiva, o acesso a um recurso *jurisdicional* resulta da aplicação conjugada do artigo 3.º, n.º 2, da referida diretiva e do artigo 47.º da Carta. Nenhuma das partes interessadas que apresentaram observações argumentou que o acesso aos tribunais não podia ser a regra nos casos de recusa de cartões de residência a membros da família alargada. A questão controvertida é, isso sim, o âmbito e a intensidade do escrutínio judicial exigido.

94. A inaplicabilidade do 15.º da Diretiva 2004/38 no que respeita ao artigo 3.º, n.º 2, da mesma significaria que não existem disposições específicas que determinem o alcance do escrutínio judicial. É jurisprudência assente que, na falta de requisitos específicos, os elementos têm de ser determinados pelo sistema de organização judicial de cada Estado-Membro [58]. Essa autonomia processual dos Estados-Membros tem, no entanto, dois limites: o princípio da equivalência e o princípio da efetividade [59].

95. Além disso, é igualmente pacífico que o caso presente tem por objeto uma situação em que um Estado-Membro aplica o direito da União na aceção do artigo 5.º, n.º 1 da Carta. Assim, o padrão de proteção previsto no artigo 47.º deve ser respeitado [60].

a) Equivalência

96. O princípio da equivalência exige que as normas relativas a ações que tenham por objeto violações do direito da União se apliquem da mesma maneira que as (ou que não sejam menos favoráveis) que as disposições que regem ações comparáveis a nível interno [61].

97. Nada, nas informações anteriores que foram apresentadas ao Tribunal de Justiça, indica que este princípio tenha sido violado. O presente processo diz respeito à diferença no sistema de proteção jurisdicional ao dispor de um grupo de pessoas (membros da família alargada) em relação a outro grupo de pessoas cujos direitos decorrem do direito da União (membros da família *stricto sensu*). Essa comparação excede o alcance do princípio da equivalência, uma vez que ambos os grupos de pessoas são resultado do direito da União [62].

98. No entanto, R. Banger alegou na audiência que excluir do direito de recurso parceiros (na sua qualidade de membros da família alargada) que mantenham uma relação estável com cidadãos da União conduz a um tratamento diferente em comparação com o concedido aos parceiros numa relação estável com cidadãos britânicos, presumivelmente aqueles que não exerceram os seus direitos de livre circulação. Como este argumento não foi objeto de maior desenvolvimento, não é possível ao Tribunal de Justiça avaliar ações nacionais no âmbito das quais o cumprimento do princípio da equivalência poderia ser examinado. Incumbe portanto ao órgão jurisdicional de reenvio avaliar se dias ações intentadas contra a recusa de concessão de cartões de residência a membros da família alargada (tanto ao abrigo da diretiva como no que diz respeito à sua aplicação por analogia a membros da família alargada de «cidadãos que regressam») não têm um tratamento menos favorável do que os processos semelhantes assentes no direito nacional.

58 V. por exemplo, Acórdão de 5 de março de 1980, Pecastaing (98/79, EU:C:1980:69, n.º 11), e Acórdão de 17 de junho de 1997, Shingara e Radiom (C-65/95 e C-111/95, EU:C:1997:300, n.º 24).

59 V., por exemplo, Acórdão de 6 de outubro de 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, n.º 52 e jurisprudência referida).

60 V. Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, n.º 29), e Acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, n.º 60).

61 V., nesse sentido, Acórdão de 17 de março de 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, n.º 29 e jurisprudência referida).

62 V. Acórdão de 20 de outubro de 2016, Danqua (C-429/15, EU:C:2016:789, n.º 32).

b) Efetividade

99. Na sequência do Tratado de Lisboa, a efetividade da proteção jurisdicional emergiu sob duas formas: a efetividade como uma das duas exigências no âmbito da autonomia processual dos Estados-Membros, e a efetividade como direito fundamental a um recurso jurisdicional efetivo ao abrigo do artigo 47.º da Carta.

100. O modo exato como as duas «efetividades» se relacionam entre si ainda está por apurar[63]. Para todos os efeitos práticos, não consigo, no entanto, discernir o que é que de facto o artigo 47.º da Carta acrescentaria em matéria de recursos *jurisdicionais* a algo que não era (ou melhor, não poderia ter sido, caso essa questão se tivesse alguma vez colocado) parte do princípio da efetividade. Seria certamente este o caso se este último fosse entendido no sentido de proibir não só a *impossibilidade* de executar um pedido baseado no direito da União, mas também que isso se torne *excessivamente difícil*. Deve recordar-se que as duas eram naturalmente aplicáveis apenas no âmbito do direito da União e em relação a um direito efetivo baseado no direito da União.

101. Seja como for, ao que parece, que desde a entrada em vigor da Carta, o artigo 47.º ganhou importância e tem-se desenvolvido de uma maneira mais firme[64]. Se se analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça, verifica-se, na realidade, que o artigo 47.º da Carta exige atualmente padrões mais elevados do que o princípio da efetividade. Em que medida é que isso resulta do próprio texto do artigo 47.º da Carta e em que medida é que esse facto constitui uma consequência natural e simples da nova jurisprudência pós-Lisboa, centrada e desenvolvida com base nesse artigo, é uma questão que pode, sem receio, ser relegada para discussão doutrinária. Os aspetos pertinentes desta jurisprudência podem ser sintetizados da forma seguinte.

102. No contexto do princípio da efetividade como limite à autonomia processual dos Estados-Membros, o Tribunal de Justiça declarou que não se exige que os órgãos jurisdicionais possam, em todos os casos, *substituir* as decisões sobre o mérito e sobre a matéria de facto.[65] A jurisprudência do Tribunal de Justiça revela igualmente que a fiscalização jurisdicional, que é limitada no que diz respeito à apreciação de certas questões de facto, nem sempre impossibilita na prática ou torna excessivamente difícil o exercício de direitos conferidos pelo direito da União[66]. O que importa é que os mecanismos nacionais de fiscalização jurisdicional «deve[m] permitir ao órgão jurisdicional chamado a decidir um recurso de anulação dessa decisão aplicar efetivamente, no âmbito da fiscalização da legalidade desta última, os princípios e as regras pertinentes do direito da União»[67]. O alcance e a intensidade da fiscalização jurisdicional exigida pelo princípio da efetividade dependem do conteúdo e da natureza dos princípios e das disposições jurídicas do direito da União relevantes, aplicados através da decisão nacional impugnada[68].

63 V., por exemplo, para um argumento anterior, Prechal S. e Widdershoven, R., *Redefining the Relationship between "Rewe-effectiveness" and Effective Judicial Protection*, Review of European Administrative Law, Vol. 4, 2011, pp. 31 a 50 e 46.

64 V., a este respeito, Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Puškár (C-73/16, EU:C:2017:253, n.os 49 e segs.) e Conclusões do advogado-geral M. Campos Sánchez-Bordona no processo Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506, n.os 65 e segs.).

65 Em especial e à semelhança da fiscalização dos atos da União pelos órgãos jurisdicionais da União em que uma autoridade é chamada a proceder a apreciações complexas, gozando por conseguinte de uma margem lata de apreciação. V. Acórdão de 21 de janeiro de 1999, Upjohn (C-120/97, EU:C:1999:14, n.os 34 e 35).

66 V. Acórdão de 6 de outubro de 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, n.º 58), em que o órgão jurisdicional de reenvio sublinhou o alcance muito limitado para fiscalizar as conclusões factuais relevantes a que a autoridade administrativa tinha chegado.

67 Acórdão de 6 de outubro de 2015, East Sussex County Council (C-71/14, EU:C:2015:656, n.º 58). V. também Acórdão de 21 de janeiro de 1999, Upjohn (C-120/97, EU:C:1999:14, n.os 30, 35 e 36, e Acórdão de 9 de junho de 2005, HLH Warenvertrieb e Orthica (C-211/03, C-299/03 e C-316/03 a C-318/03, EU:C:2005:370, n.os 75 a 79).

68 V., nesse sentido, Acórdão de 11 de dezembro de 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435, n.os 40 a 45), e Acórdão de 18 de junho de 2002, HI (C-92/00, EU:C:2002:379, n.os 59 a 64), que, em matéria de contratos públicos, consideram insuficiente uma fiscalização jurisdicional limitada ao caráter arbitrário. V., neste mesmo campo, quanto à fiscalização jurisdicional baseada na razoabilidade, as Conclusões do advogado-geral M. Campos Sánchez-Bordona no processo Connexxion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:506, n.os 65 e segs.).

103. A obrigação de proceder a uma fiscalização exaustiva que inclua uma fiscalização da matéria de facto e do mérito de uma decisão torna-se ainda mais importante, devido às exigências previstas no artigo 47.º da Carta, quando esse exame for pertinente, tendo em devida consideração as circunstâncias do processo em questão. Com efeito, quanto ao *direito de acesso* aos tribunais, o Tribunal de Justiça declarou que «para que um "tribunal" possa conhecer de um litígio relativo a direitos e obrigações decorrentes do direito da União em conformidade com o artigo 47.º da Carta, é preciso que [esse tribunal] tenha competência para examinar *todas as questões de facto e de direito pertinentes para o litígio que é chamado a decidir*» [69]. No contexto da fiscalização de atos administrativos, o Tribunal de Justiça também declarou que a exigência de imparcialidade, prevista no artigo 47.º, n.º 2, pressupõe que «a decisão de uma autoridade administrativa que não preencha as condições de independência e de imparcialidade fique sujeita à fiscalização posterior de um órgão jurisdicional que deve, nomeadamente, ser competente para apreciar todas *as questões pertinentes*» [70].

104. O respeito do direito à proteção jurisdicional efetiva deve, por conseguinte, ser examinado em função do contexto específico e das circunstâncias pertinentes do processo, «nomeadamente, da natureza do ato em causa, do contexto em que foi adotado e das normas jurídicas que regem a matéria em causa» [71]. Em consequência, considerando as disposições específicas do direito da União e a natureza específica dos direitos e interesses em questão, o Tribunal de Justiça insistiu na necessidade de uma fiscalização exaustiva das decisões, que incida tanto na matéria de facto como na de direito, em especial quando os instrumentos em questão já continham certos padrões processuais harmonizados [72].

105. Finalmente, pode ser fonte de inspiração geral suplementar [73] a jurisprudência do TEDH relativa à interpretação dos artigos 6.º e 13.º da CEDH. Segundo a jurisprudência do TEDH relativa ao artigo 6.º CEDH, o caráter suficiente da fiscalização jurisdicional a que pode aceder um requerente tem acesso é apreciada em função dos poderes do órgão jurisdicional em causa e fatores como: «a) o objeto da decisão impugnada e, em especial, a questão de saber se se tratava ou não de uma questão especializada que exigia conhecimentos ou experiência profissional e se pressupunha o exercício de um poder discricionário por parte da administração e, em caso afirmativo, em que medida; (b) a forma como se chegou a essa decisão, em especial, as garantias processuais existentes no processo perante o órgão de decisão; e (c) o conteúdo do litígio, nomeadamente os fundamentos de recurso, tanto os pretendidos como os reais [74].

69 Acórdão de 6 de novembro de 2012, Otis e o. (C-199/11, EU:C:2012:684, n.º 49). O sublinhado é meu. V. também Acórdão de 17 de dezembro de 2015, Imtech Marine Belgium (C-300/14, EU:C:2015:825, n.º 38).

70 Acórdão de 16 de maio de 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, n.º 55). O sublinhado é meu.

71 V., por exemplo Acórdão de 18 de julho de 2013, Comissão e o./Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, EU:C:2013:518, n.º 102); Acórdão de 9 de fevereiro de 2017, M (C-560/14, EU:C:2017:101, n.º 33); ou Acórdão de 26 de julho de 2017, Sacko (C-348/16, EU:C:2017:591, n.º 41).

72 V., por exemplo, no campo do asilo, Acórdão de 28 de julho de 2011, Samba Diouf (C-69/10, EU:C:2011:524, n.ºs 56, 57 e 61). V. ainda, por exemplo Reneman, M., *UE Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

73 De facto, apenas inspiração porque o alcance do artigo 47.º da Carta aparenta ser mais alargado do que o do artigo 6.º, n.º 1, CEDH (limitado à determinação de direitos e obrigações de caráter civil ou de acusações em matéria natureza penal) e do artigo 13.º CEDH (limitado aos direitos e liberdades previstos na CEDH).

74 Acórdão do TEDH de 21 de julho de 2011, Sigma Rado Television Ltd. c. Cyprus, CE:ECHR:2011:0721JUD003218104 § 154, e jurisprudência referida.

106. Deve talvez sublinhar-se que ao considerar estes fatores, o TEDH declarou em várias ocasiões que a fiscalização jurisdicional existente em direito inglês era suficiente [75]. No entanto, o TEDH considerou que existe uma violação do artigo 6.º, n.º 1, CEDH quando o órgão jurisdicional de fiscalização estava impedido de determinar a *questão controvertida principal* ou quando os órgãos jurisdicionais nacionais se considerassem vinculados por decisões anteriores de órgãos administrativos que eram decisivas para a solução dos processos que eram chamados a apreciar, sem examinar as questões de forma independente [76].

107. Vale a pena, em conclusão, salientar dois pontos (relacionados entre si): em primeiro lugar, a melhor generalização possível quanto ao alcance e à profundidade resultantes da fiscalização da jurisprudência é bastante lacónica: depende de vários fatores. Depende da natureza específica dos direitos e prorrogativas conferidos pelo direito da União conforme definidos pelas normas do direito da União em questão, analisados num contexto determinado relativo ao objeto do litígio. Em segundo lugar, quanto mais harmonizadas estejam os padrões (processuais) no próprio direito da União, mais profunda será a fiscalização que poderá ser exigida a nível nacional. Inversamente, como em muitas outras áreas do direito da União, quanto menos explícitas forem as normas do direito da União sobre o assunto, maior é a margem de manobra conferida aos Estados-Membros para definirem como deve ser garantida a proteção jurisdicional.

3. Proteção jurisdicional efetiva e artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38

108. Quais são então os direitos específicos conferidos pelas disposições do direito da União aplicáveis ao presente processo? Conforme declarado no Acórdão Rahman, o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva concede uma margem ampla de apreciação aos Estados-Membros [77]. Essa margem de apreciação não é, no entanto, ilimitada. A Comissão assinalou acertadamente que essa margem de apreciação diz respeito à escolha dos fatores e das condições adotados pelos Estados-Membros no cumprimento do seu dever de adotar disposições nacionais para facultar um regime de entrada e residência facilitadas aos membros da família alargada. Essa margem de apreciação é igualmente extensiva à apreciação específica dos factos relevantes para apurar se essas condições se encontram preenchidas.

109. No entanto, a margem de apreciação não é sinónimo de «caixa negra». Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, mesmo quando as autoridades competentes dispõem de margem de apreciação, a fiscalização jurisdicional deve apreciar se a decisão assenta numa base factual suficientemente sólida e se respeita as garantias processuais [78]. Para apurar se os limites à margem de apreciação previstos na diretiva foram respeitados, os órgãos jurisdicionais nacionais devem poder fiscalizar todos os aspetos processuais, assim como os elementos materiais da decisão, incluindo a sua base factual [79].

75 V., por exemplo, Acórdãos do TEDH de 22 de novembro de 1995, Bryan c. Reino Unido, CE:ECHR:1995:1122JUD001917891, §§ 44 a 47; Acórdão do TEDH de 27 de outubro de 2009, Crompton c. Reino Unido (CE:ECHR:2009:1027JUD004250905, §§ 78 e 79); e de 20 de outubro de 2015, Fazia Ali c. Reino Unido, CE:ECHR:2015:1020JUD004037810, § 79 e segs.). Quanto ao artigo 13.º CEDH, v. Acórdão do TEDH de 7 de julho de 1989, Soering c. Reino Unido, CE:ECHR:1989:0707JUD001403888, §§ 121 e 124), e de 30 de outubro de 1991, Vilvarajah e o. c. Reino Unido (CE:ECHR:1991:1030JUD001316387, §§ 122 a 127).

76 Acórdãos do TEDH de 28 de maio de 2002, Kingsley c. Reino Unido, CE:ECHR:2002:0528JUD003560597, §§ 32 a 34), e de 14 de novembro de 2006, Tsfayo c. Reino Unido (CE:ECHR:2006:1114JUD006086000, §§ 46 a 49). Quanto ao artigo 13.º CEDH, v. Acórdão do TEDH de 27 de setembro de 1999, Smith e Grady c. Reino Unido, CE:ECHR:1999:0927JUD003398596, §§ 135 a 139; e Acórdão do TEDH de 8 de julho de 2003, Hatton e o. c. Reino Unido (CE:ECHR:2003:0708JUD003602297, §§ 140 a 142).

77 V. *supra*, n.ºs 53 a 55 das presentes conclusões.

78 V., nesse sentido, Acórdão de 4 de abril de 2017, Fahimian (C-544/15, EU:C:2017:255, n.ºs 45 e 46).

79 A este respeito, v. Conclusões do advogado-geral M. Szpunar no processo Fahimian (C-544/15, EU:C:2016:908, n.º 78).

110. Mais uma vez, o Acórdão no processo Rahman já forneceu orientações sólidas a este respeito: um requerente ao abrigo do artigo 3.º, n.º 2, «tem direito a que um órgão jurisdicional verifique se a legislação nacional, e a sua aplicação, se mantiveram dentro dos limites da margem de apreciação traçada pela referida diretiva» [80]. De facto, embora a diretiva conceda uma considerável margem de apreciação, os órgãos jurisdicionais nacionais devem poder verificar a compatibilidade de uma decisão nacional com as obrigações previstas no artigo 3.º, n.º 2, da diretiva.

111. Os elementos que devem poder ser submetidos à fiscalização jurisdicional e que decorrem do artigo 3.º, n.º 2, da diretiva são, para além da exigência de facilitação, no essencial, três: a decisão a fiscalizar deve resultar de um *exame exaustivo* (i); o que deverá logicamente refletir-se nas razões dadas para *justificar* potencialmente *qualquer recusa de entrada ou de residência* (ii). Além disso, esse exame deve ser efetuado com base nas *circunstâncias pessoais*, nomeadamente a relação com o cidadão da União e a situação de dependência (iii).

112. Todos estes elementos devem poder fiscalizados por um órgão jurisdicional. Um órgão jurisdicional nacional deve ter competência para proceder, se o considerar necessário, à verificação dos factos essenciais pertinentes anos quais se baseou a decisão administrativa [81]. De ser igualmente possível avaliar se as razões aduzidas pela Administração correspondem devidamente aos critérios estabelecidos pelo direito nacional, dentro dos limites impostos pela Diretiva 2004/38. Deve ser igualmente possível apreciar se a justificação é suficiente e adequada. Em especial, deve ser possível verificar se as circunstâncias pessoais concretas relevantes para os critérios pertinentes foram devidamente examinadas.

113. Inversamente, enquanto todos esses elementos puderem ser fiscalizados e qualquer decisão administrativa que viole essas exigências puder ser anulada, uma via de recurso efetivo na aceção do artigo 47.º da Carta não exige, em minha opinião, que o órgão jurisdicional de recurso tenha competência para examinar provas novas. Nem exige que apure factos não apresentados à autoridade administrativa, nem que tenha o poder de substituir imediatamente a decisão administrativa pela sua própria decisão.

114. Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio, o único competente para interpretar o direito nacional, determinar se e em que medida o sistema de fiscalização jurisdicional em causa no processo principal cumpre estas exigências.

4. Conclusão provisória

115. À luz das considerações anteriores, entendo que à quarta questão prejudicial se deve responder que o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 deve ser interpretado no sentido de que exige uma fiscalização jurisdicional efetiva de decisões que recusem a entrada ou residência a membros da família alargada, em conformidade com o artigo 47.º da Carta. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional competente verificar se o sistema de fiscalização jurisdicional previsto no direito nacional cumpre essa exigência.

80 Acórdãos de 7 de setembro de 2004, Waddenvereniging e Vogelbeschermingsvereniging (C-127/02, EU:C:2004:482, n.º 66); de 26 de maio de 2011, Stichting Natuur en Milieu e o. (C-165/09 a C-167/09, EU:C:2011:348, n.ºs 100 a 103); e Acórdão de 5 de setembro de 2012, Rahman e o. (C-83/11, EU:C:2012:519, n.º 25), remetendo para o Acórdão de 24 de outubro de 1996, Kraaijeveld e o. (C-72/95, EU:C:1996:404, n.º 56).

81 Gostaria de sublinhar que isto significa simplesmente que os elementos factuais apurados pela autoridade administrativa não podem ser *inteiramente* excluídos da fiscalização jurisdicional. A qualificação, em termos de fundamentos admissíveis nos sistemas nacionais de justiça administrativa, que recai sobre esse elemento a que nível deve o mesmo ser avaliado (tal como apreciação incorreta dos factos, erro manifesto de apreciação, distorção da prova) é, repito, matéria que incumbe ao direito nacional. Para um exame exaustivo dos vários sistemas de fiscalização jurisdicional, v., por exemplo. Schwarze, J., *Droit administratif européen*, 2ª ed., Bruylant 2009, pp. 274 a 311.

V. Conclusão

116. À luz do exposto, proponho que o Tribunal de Justiça responda do seguinte modo às questões colocadas pelo Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London (Tribunal Superior [Secção da Imigração e do Asilo], Londres, Reino Unido)]:

– Os artigos 21.º, n.º 1, e 45.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que, quando um cidadão da União criou ou fortaleceu uma vida familiar durante o exercício do direito de residência noutro Estado-Membro, o regime de facilitação previsto no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE é aplicável por analogia ao parceiro com o qual o cidadão da União mantenha uma relação estável no momento do regresso do cidadão da União ao seu Estado-Membro de origem. Em consequência, esse Estado-Membro deve facilitar, na aceção do artigo 3.º, n.º 2, da diretiva, em conformidade com a sua legislação nacional, a entrada e residência do parceiro com o qual o cidadão da União mantenha uma relação estável devidamente certificada.

– Quando um cidadão da União regressa ao seu Estado-Membro de origem depois de ter exercido os seus direitos de residência noutro Estado-Membro, onde criou ou consolidou a sua vida familiar com um parceiro com o qual mantenha uma relação estável devidamente certificada, o artigo 21.º, n.º 1, e o artigo 45.º TFUE exigem que, ao decidir sobre a entrada e a residência desse parceiro, o Estado-Membro de origem do cidadão da União proceda a um exame exaustivo das suas circunstâncias pessoais e justifique qualquer recusa de entrada ou residência, nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38/CE.

– O artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 deve ser interpretado no sentido de que exige uma fiscalização jurisdicional efetiva de decisões que recusem a entrada ou residência a membros da família alargada, em conformidade com o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional competente verificar se o sistema de fiscalização jurisdicional previsto no direito nacional cumpre essa exigência.