

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Natalia Koch Brandalise

**O DIREITO DERIVADO DE  
RESIDÊNCIA DE NACIONAIS DE  
ESTADOS TERCEIROS SOB O  
RELEVO DO CUIDADO**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-  
Políticas, menção em Direito Internacional Público e Europeu  
orientada pelo Professor Doutor Rui Manuel Gens Moura Ramos e  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Julho de 2019

NATALIA KOCH BRANDALISE

**O DIREITO DERIVADO DE RESIDÊNCIA DOS  
NACIONAIS DE ESTADOS TERCEIROS SOB O RELEVO  
DO CUIDADO**

*THE DERIVATIVE RESIDENCE RIGHT OF THE THIRD-COUNTRY NATIONALS  
UNDER THE RELEVANCE OF THE CARE*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito Internacional Público e Europeu, orientada pelo Professor Doutor Rui Manuel Gens Moura Ramos.

Coimbra

2019

1 2 9 0



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE D  
**COIMBRA**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu orientador Professor Doutor Rui Manuel Moura Ramos pelos conselhos e pela orientação prestada.

Agradeço imensamente aos meus pais, pelo amor, cuidado e apoio de sempre e por nunca medirem esforços para me ajudar.

Aos meus irmãos João Ricardo e Rodrigo, cunhada Michele e toda a família pelo incentivo e força transmitidas.

Ao António pela infinita paciência, dedicação e amor nesse percurso.

Às minhas amigas e amigos presentes, bem como os que se fizeram sempre presentes, mesmo que à distância, que apresentaram o apoio e o incentivo necessários, assim como, proporcionaram o descanso e a diversão quando necessários.

BRANDALISE, Natalia Koch. **O direito derivado de residência dos nacionais de Estados Terceiros sob o relevo do cuidado**. 96 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2019.

## **RESUMO**

A cidadania da União é o estatuto conferido a todos nacionais de Estados-Membros e tende a ser o seu estatuto fundamental. Esta, por si só, tem o efeito de obstar medidas nacionais que tenham o efeito de privar os cidadãos da União do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos por este estatuto. É com fundamento nisto que o Tribunal de Justiça da União Europeia conferiu aos nacionais de países terceiros progenitores de cidadãos da União de tenra idade, que assumem o cuidado e guarda efetiva e quotidiana, o direito derivado de permanecer e residir com este menor no território do seu Estado-Membro de origem ou qualquer outro. Não se trata de um direito automático, deve ser garantido quando a sua recusa significar a forçosa saída do cidadão da União do território desta, para o fim de acompanhar seu progenitor, sempre tendo em consideração o grau da relação de dependência existente entre ambos, e não só, mas a decisão deve também estar em consonância com o direito à proteção da vida familiar e o superior interesse da criança. Após a análise das decisões proferidas pelo Tribunal da União é possível perceber as nuances da matéria e o tratamento dispensado pelo direito da União, através da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que, no seu último acórdão trouxe novidades para o tratamento da matéria.

Palavras-chave: Direito de Residência. Nacionais de Estados Terceiros. Cuidador Principal.

## **ABSTRACT**

Citizenship of the Union is the status granted to all nationals of Member States and tends to be their fundamental status. This in itself has the effect of hindering national measures which have the effect of depriving citizens of the Union of the effective enjoyment of the essential rights conferred by that statute. It is on this basis that the Court of Justice of the European Union has conferred to third-country nationals parents of Union citizens of a young age, from whom they take care, the derived right to remain and reside with them in the territory of their Member State of origin or any other. It is not an automatic right, it must be guaranteed when its refusal means the forced departure of the citizen of the Union from the territory of the Union in order to accompany his parent, all due to the degree and the dependency relationship between them, and not only, but the decision must also be in line with the right to protection of family life and the best interests of the child. After examining the judgments given by the Court of Justice of the European Union, it is possible to understand the nuances of the matter and its treatment from Union law through the case law of this Court, which in its last judgment brought news for the treatment of the matter.

Keywords: Residence right. Third-Country Nationals. Primary Carer.

## LISTA DE SIGLAS

CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comunidade Europeia
CECA	Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEE	Comunidade Económica Europeia
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

## Sumário

<b>1. Introdução</b> .....	5
<b>2. A Livre circulação e residência de pessoas na União Europeia</b> .....	8
2.1. Surgimento e Evolução .....	8
2.2. Papel do Tribunal de Justiça da União Europeia .....	15
2.3. A livre circulação e residência de nacionais de Estados Terceiros no território da União Europeia.....	22
2.4. Competência em matéria migratória.....	25
2.5. Relevância em matéria de cuidado.....	29
<b>3. Jurisprudências selecionadas do Tribunal de Justiça da União</b> .....	31
3.1. Acórdão Zhu e Chen .....	32
3.2. Acórdão Zambrano .....	36
3.3. Acórdão Baumbast e R. ....	39
3.4. Acórdão Chavez-Vilchez.....	42
<b>4. Análise das decisões</b> .....	47
4.1. Direito derivado de residência .....	48
4.2. Direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.....	55
4.2.1. Direito à proteção da vida familiar .....	58
4.2.2. Interesse superior da criança .....	61
4.3. Da aferição da necessidade do cuidado pelo “cuidador principal” .....	64
4.3.1. Critérios para aferição.....	66
4.3.2. Ônus da prova .....	69
4.4. Princípio da proporcionalidade.....	70
<b>5. Considerações e perspectivas futuras</b> .....	75
<b>6. Conclusão</b> .....	88
<b>7. Bibliografia</b> .....	92

## 1. Introdução

A cidadania da União surgiu com o Tratado de Maastricht em 1992, mas sua base veio sendo construída para sua concretização ao longo dos anos por ações governamentais e legislativas da Comunidade Europeia e também por decisões do Tribunal de Justiça que foram alargando o campo de aplicação do direito comunitário e abrangendo situações e pessoas que antes não eram afetadas, de modo a estender a elas uma nova realidade.

O direito de livre circulação e residência já veio previsto desde o primeiro Tratado da Comunidade Europeia e, até o alargamento acima referido que culminou na instituição da cidadania da União, sempre foi um direito exclusivo dos trabalhadores da Comunidade, com algumas exceções concedidas pelo Tribunal de Justiça para situações específicas. Esse direito visava a liberdade de circulação dos bens de produção, quais sejam, os trabalhadores, os bens ou produtos, os serviços e as empresas, com o fim de concretizar um dos principais objetivos da Comunidade, o mercado comum.

O alargamento referido feito pelo Tribunal de Justiça se deu também no campo do direito de livre circulação dos trabalhadores, que o estendeu em alguns casos para fora da esfera do trabalho, como para os turistas e estudantes, assim como ocorreu com os direitos derivados do direito de livre circulação, como o direito de residência, que é corolário do direito de circular, e que pode ser considerado tanto para o trabalhador, titular deste direito, como sua família, que o possui a título derivado.

A evolução desse direito culminou com a cidadania da União que estendeu a todos os cidadãos da União o direito de circular e residir livremente em todo o seu território, ou seja, no território de qualquer dos Estados-Membros. Esse direito, como todo o direito, está sempre em evolução. Era já permitido aos familiares destes trabalhadores circular e residir juntamente com ele, independentemente das suas nacionalidades, desde o início da realidade comunitária, e, após, esse direito, não só continuou garantido, mas também foi objeto de ampliação na sua aplicação.

Esses familiares, muitas vezes por não serem cidadãos da União, ou seja, não possuírem a nacionalidade de nenhum Estado-Membro da União Europeia, não tinham, e, até hoje, ainda não têm, direitos próprios e independentes de circular e residir dentro da

União, possuem apenas direitos vinculados ou derivados dos direitos do cidadão da União, seu familiar, que acompanham.

Essas pessoas possuem o estatuto de nacionais de Estados ou países terceiros e têm um tratamento diferenciado em relação às pessoas que também não são cidadãs da União e não possuem familiar(es) nesta situação, porque, como já referido, possuem alguns direitos derivados dos direitos destes perante os Estados-Membros e a União, inclusive o direito de circular e residir em qualquer Estado-Membro em certas condições, como se verá adiante, o que não possuem os outros que são tratados como estrangeiros comuns.

O presente trabalho abordará a situação específica de alguns destes nacionais de Estados terceiros e o seu direito derivado de residir com seu(s) familiar(es) cidadão(s) da União Europeia. Primeiramente, será feito um breve relato do desenvolvimento desta matéria no seio da Comunidade Europeia desde o surgimento do direito de circular e residir até a instituição da cidadania europeia, referindo a situação em que se encontra atualmente o direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e, após, especificamente, a situação das pessoas nacionais de países terceiros familiares de cidadãos da União e o seu direito derivado.

Tratar de todas as situações que abarcam esse direito de circular e residir destes nacionais de Estados terceiros seria muito extenso e extrapolaria os objetivos e limites deste trabalho. Assim, decidimos tratar especificamente dos casos que envolvem os nacionais de países terceiros quando exercem o cuidado e a guarda efetiva e diária de um cidadão da União, menor de idade, na maioria das vezes, de tenra idade.

Tal assunto é relevante em razão de não estar expressamente previsto pelo direito da União, o que causa insegurança jurídica para os seus cidadãos e familiares quando decidem regularizar sua situação perante o Estado-Membro em que se encontram ou dos quais seus filhos são nacionais, buscando a concessão do direito de residir com estes. A autorização de residência é expedida pela autoridade nacional responsável do Estado-Membro de residência e, geralmente, é aplicável o direito nacional para os casos de entrada e residência de pessoas nacionais de Estados terceiros, que deve estar em consonância com o direito da União, como se verá.

Serão abordados quatro casos, e analisados os acórdãos e as conclusões dos Advogados-Gerais, quando pertinente, a fim de demonstrar como a matéria é tratada pelo



Tribunal de Justiça da União que, como intérprete do direito da União, proferiu decisões acerca da matéria, elucidando os casos à luz desse direito. Poder-se-á notar que esta Corte criou e mantém uma linha de raciocínio a respeito dessas situações, que servem como guia para os casos seguintes.

A última decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União nesta matéria avançou um pouco mais na sua abordagem em relação às decisões anteriores, o que despertou mais a curiosidade no tema, pois suscitou condições que antes não eram referidas ao nível de direito da União para a concessão do direito derivado de residência por parte desses progenitores nacionais de Estados terceiros.

Nos casos apresentados, estes nacionais de Estados terceiros são os *principais cuidadores* destes cidadãos de tenra idade, exercem sua guarda efetiva e quotidiana, e, não tiveram concedido o direito de residir com estes no Estado-Membro em questão. Esse direito derivado de residir pode ser concedido com duas fundamentações diversas, ambas com base no direito primário da União a depender se houve ou não circulação dentro do território da União, como se verá, mas sempre com vista a proteção dos direitos oriundos da cidadania da União.

Serão abordados os principais argumentos trazidos pelos acórdãos do Tribunal de Justiça, bem como a linha de entendimento que este vem adotando com o passar dos anos para o julgamento de casos como estes. Os fundamentos das decisões: o primado do interesse superior da criança, o direito à proteção da vida familiar, a idéia de *cuidador principal* e o princípio da proporcionalidade serão analisados a partir das decisões.

Ao final será feita a discussão acerca do direito de residência desses nacionais de Estados terceiros que se encontram sob o relevo do cuidado destes cidadãos, serão tecidos comentários a respeito do tratamento da matéria pelo Tribunal de Justiça, bem como uma tentativa de traçar perspectivas futuras para esses nacionais de países terceiros que assumem a guarda dessas crianças e para tais situações de acordo com o direito da União.

## **2. A Livre circulação e residência de pessoas na União Europeia**

Com o objetivo de contextualizar o conteúdo deste trabalho, iniciamos com um breve apanhado a respeito da livre circulação de pessoas na União Europeia, referindo o seu surgimento e evolução, bem como o papel relevante e transformador do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante chamado de Tribunal de Justiça ou Corte) na evolução da aplicação deste direito, e também a criação e instituição da cidadania da União.

Tal é necessário para que posteriormente se trate da situação dos nacionais de Estados terceiro e o seu direito de livre circulação e residência no território dos Estados-Membros, especialmente os progenitores de cidadãos da União de tenra idade que assumem sua guarda. Será estabelecida a situação dos cidadãos da União e, posteriormente, a dos nacionais de Estados terceiros, e seus direitos derivados de livre circulação e residência.

### **2.1.Surgimento e Evolução**

A liberdade de circulação de trabalhadores estabelecida pelo Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, era uma das quatro liberdades fundamentais previstas naquele Tratado, sendo as outras a liberdade de estabelecimento, a liberdade de capitais e a liberdade de prestação de serviços<sup>1</sup>.

O Tratado de Roma surgiu com a finalidade de unificar a Europa, que após a destruição enfrentada na II Guerra Mundial e o caos econômico que os países europeus enfrentavam na sua recuperação, viram a necessidade de se unirem a fim de conseguirem se reerguer e fazerem frente às outras grandes potências que surgiram ao final da Guerra, além de, com isto, estabelecerem o compromisso de juntos evitarem possíveis desdobramentos de outro conflito no já destruído território europeu<sup>2</sup>.

É verdade que antes do Tratado de Roma houve o Tratado de Paris, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (doravante, CECA) que foi a primeira tentativa

---

<sup>1</sup> Machado, Jónatas E. M.. Direito da União Europeia. Coimbra Editora: Coimbra, 2014. 2ª Ed. p. 14.

<sup>2</sup> União Europeia. Sítio web oficial da União Europeia, disponível em: [https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1945-1959\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1945-1959_pt), consulta feita em 07 de junho de 2019.

de reunir a Europa num contexto econômico e político. Os objetivos da CECA eram, porém, mais restritos. Foi com o Tratado de Roma, de 1957 e a instituição da Comunidade Econômica Europeia (doravante CEE ou Comunidade), que se objetivou a construção de uma realidade<sup>3</sup>. Os seis países fundadores: Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e os Países Baixos, visavam instituir o Mercado Comum, deixando de cobrar direitos aduaneiros nas trocas comerciais realizadas entre si<sup>4</sup>.

As primeiras disposições a respeito da liberdade de circulação de pessoas e de residência remontam ao Tratado de Roma e tratavam da liberdade de circulação dos trabalhadores e da liberdade de estabelecimento, porém em moldes diferentes dos que hoje se aplicam à matéria, uma vez que naquela época esse direito era aplicável somente às situações de trabalho, emprego e prestação de serviços. Quanto à família do trabalhador, as primeiras previsões acerca do direito desta o acompanhar ou a ele se reunir estavam primeiramente previstas no Regulamento 15/1961/CEE, que foi a primeira norma de direito comunitário secundário a regular os direitos de circulação dos trabalhadores assalariados<sup>5</sup>.

E também de forma diversa da abordada no Tratado CECA, pois o Tratado de Roma, nas disposições a respeito da liberdade de circulação de trabalhadores, previam ainda ações que buscavam suprimir obstáculos à livre circulação de trabalhadores definindo a proibição de qualquer discriminação em razão da nacionalidade. É então indicado este direito como um dos alicerces da Comunidade e a ferramenta utilizada para sua concretização é esta da proibição da discriminação em razão da nacionalidade<sup>6</sup>.

Até a década de 1980 o alicerce da política social comunitária foi basicamente esse: o da garantia do direito da liberdade de circulação e residência dos trabalhadores,

---

<sup>3</sup> Ramos, Rui Manoel Moura. Da Livre Circulação de Pessoas à Cidadania da União. *In* Estudos de Direito da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 261.

<sup>4</sup> Sítio Web Oficial da União Europeia: disponível em [https://europa.eu/european-union/about-eu/history\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/history_pt), acessado em 27 de março de 2019.

<sup>5</sup> Berneri, Chiara. Family Reunification in the EU: the movement and residence rights of third country national family members of EU citizens. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2017. p. 42-43.

<sup>6</sup> Ramos, Rui Manoel Moura. Les Nouveaux Aspects de la Libre Circulation des Personnes. Vers Une Citoyenneté Européenne. *In* Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXVIII. Coimbra, 1992. p. 18.

com o desenvolvimento de políticas que visavam extinguir a discriminação em razão da nacionalidade<sup>7</sup>.

O direito comunitário, no âmbito do direito da livre circulação de trabalhadores, tinha duas principais áreas normativas, a primeira abrangia a matéria dirigida a regular a liberdade de circulação dos trabalhadores no interior da Comunidade, com vista à formação do mercado comum de trabalho. E a segunda compreendia as normas que visavam a harmonização das legislações laborais dos diferentes Estados-Membros, em que o objetivo era a construção de um espaço social juridicamente homogêneo. Nesta seara da harmonização das legislações, a necessidade surgiu do imperativo, dentro de um espaço comunitário integrado, no plano social e laboral, da criação de normas relativas ao desenvolvimento das condições de vida e de trabalho desses cidadãos<sup>8</sup>.

As previsões do Tratado acerca dos beneficiários do direito da liberdade de circulação foram sendo ampliadas, para além da natureza econômica desta circulação (seja de forma assalariada ou de forma independente) inicialmente determinada. Essa expansão deveu-se inicialmente à ação do legislador comunitário, seguida pela atividade do Tribunal de Justiça, como responsável pela interpretação do direito comunitário em cooperação com os tribunais nacionais<sup>9</sup>.

Não se pode deixar de ressaltar o papel desempenhado pelo Tribunal de Justiça, que, ao realizar a interpretação dos Tratados e adequação do direito comunitário com o direito interno dos Estados-Membros, teve função ativa no surgimento e evolução do direito social comunitário, ajudando na progressão das condições de trabalho e de vida dos trabalhadores europeus<sup>10</sup>.

Esse processo de integração europeu se deve consideravelmente às decisões e posicionamentos do Tribunal de Justiça e suas fundamentações com base no “espírito dos

---

<sup>7</sup> Fernandes, Francisco Liberal. *Liberdade de Circulação dos Trabalhadores na Comunidade Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 12.

<sup>8</sup> Fernandes, Francisco Liberal. *Liberdade de Circulação dos Trabalhadores na Comunidade Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 13.

<sup>9</sup> Ramos, Rui Manoel Moura. *Les Nouveaux Aspects de la Libre Circulation des Personnes. Vers Une Citoyenneté Européenne*. In *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXVIII. Coimbra, 1992. p. 26-27.

<sup>10</sup> Fernandes, Francisco Liberal. *Liberdade de Circulação dos Trabalhadores na Comunidade Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 22-23.

tratados” e assim estendendo das normas previstas nestes especialmente na área da liberdade de circulação e estabelecimento<sup>11</sup>, o que será aprofundado a seguir.

Esse direito de livre circulação e residência dos trabalhadores na Comunidade Europeia garantia à família deste trabalhador que o acompanhasse, e o Regulamento 1612/68 surgiu para regulamentar o tratamento que deveria ser reservado a esta. Inicialmente era previsto que somente o seu cônjuge e os seus filhos pudessem acompanhá-lo e, posteriormente, foi também autorizado aos ascendentes à cargo e aos filhos do cônjuge, bem como determinada a facilitação da admissão de outros familiares, desde que a cargo ou conviventes com o trabalhador no país de origem<sup>12</sup>.

Esse Regulamento não se limitou a conceder aos familiares do trabalhador da União o direito de instalação, conferiu também o direito de ingresso a qualquer atividade assalariada no território do Estado Membro em que seu familiar desempenha sua atividade econômica e, mais, em relação aos seus filhos, foi concedido o direito de acessar cursos de educação geral, aprendizagem ou formação profissional em igualdade de condições em relação aos nacionais residentes daquele Estado<sup>13</sup>.

No ano de 1990 foram aprovadas algumas Diretivas, no âmbito do Conselho da CEE, que ampliaram o domínio de aplicação do direito de livre circulação e estabelecimento para além das pessoas que exercem atividade profissional<sup>14</sup>. A ampliação se deu para os trabalhadores assalariados e não assalariados que cessaram a sua atividade profissional (Diretiva 90/365/CEE), aos estudantes (Diretiva 90/366/CEE), e aos nacionais dos Estados-Membros que não se beneficiavam desse direito por força de outras disposições do direito comunitário e para os membros das respectivas famílias (Diretiva 90/364/CEE)<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Machado, Jónatas E. M.. Direito da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. 2ª ed. P. 15.

<sup>12</sup> Pocar, Fausto; Ilaria Viarengo. Diritto Comunitario del Lavoro. Milão: Ed. CEDAM, 2001. 2ª ed. p. 116-118.

<sup>13</sup> Ramos, Rui Manoel Moura. Les Nouveaux Aspects de la Libre Circulation des Personnes. Vers Une Citoyenneté Européenne. *In* Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXVIII. Coimbra, 1992. p. 27-28.

<sup>14</sup> Fichas Técnicas sobre a União Europeia, Parlamento Europeu. Retirada do sítio eletrónico do Parlamento Europeu, pesquisado em 23 de maio de 2018, disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_4.1.3.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_4.1.3.html)

<sup>15</sup> Pocar, Fausto; Ilaria Viarengo. Diritto Comunitario del Lavoro. Milão: Editora CEDAM, 2ª Ed. 2001. p. 143-144.

Foi com o Tratado de Maastricht, em 1992, que todas essas ações sociais desenvolvidas e aos poucos aplicadas ao longo dos anos antecedentes, bem como a maior fruição do direito da liberdade de circulação, encontraram, finalmente, uma base jurídica sólida, com o surgimento e instituição da cidadania europeia, a fim de trazer novos direitos para os nacionais dos Estados-Membros, agora, então, cidadãos da União.

Até então, os Tratados que instituíram a CEE, bem como o direito comunitário secundário, não possuíam qualquer previsão acerca de uma cidadania supranacional, não se destinavam às pessoas de um modo geral, e sim àquelas pessoas que exerciam alguma atividade econômica dentro do espaço europeu, enquanto unidade de um processo produtivo, como o trabalhador, o empresário e o prestador de serviços. Somente no desempenho de alguma atividade econômica é que os nacionais de um Estado-Membro podiam exercer seus direitos em igualdade de condições com os nacionais daquele Estado, bem como exercer seu direito de livre circulação<sup>16</sup>.

A cidadania da União, instituída em 1992, entrou em vigor no ano seguinte (em 01 de novembro), veio legitimar o processo de integração europeia, por meio do apoio da participação dos cidadãos, almejando o aumento ou a efetivação da identificação destes com a União.

Esse Tratado, que é também conhecido como o Tratado da União Europeia, foi fruto da revisão dos tratados anteriores, e seu objetivo era para além da instituição de um mercado único, representar um marco para a construção europeia, ampliando a cooperação entre os Estados-Membros para além do então existente, criando um conceito muito mais amplo de União Europeia. Ambicionava-se com ele dar resposta a um projeto parlamentar de União Europeia, garantir a vigência do Ato Único Europeu para além de 1993 e reagir de forma adequada ao processo de reunificação alemã. Ainda, tinha-se em vista assegurar a estabilidade da Europa face ao colapso do bloco do leste, em 1989<sup>17</sup>.

Já agora um breve parêntese para explicitar que a cidadania da União veio complementar a cidadania nacional, não a substituir, como se sabe, e constituir um *status*, ou seja, discriminar a pessoa como sendo membro de uma determinada comunidade política, esta maior do que a do Estado do qual a pessoa é nacional, uma vez que engloba

---

<sup>16</sup> Piçarra, Nuno. Cidadania Europeia, Direito Comunitário e Direito Nacional. In O Direito. Ano 137º, vol. IV-V, 2005. p. 189.

<sup>17</sup> Machado, Jónatas E. M. Direito da União Europeia. - 2ª edição - Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 17.

também outros Estados que também fazem parte dessa mesma comunidade. Sendo a cidadania também uma relação jurídica que representa um conjunto de direitos e deveres perante esta comunidade, essas pessoas que possuem a cidadania da União possuem o rol de direitos e deveres previstos nos Tratados<sup>18</sup>.

Um dos direitos ampliados pela instituição da cidadania da União foi o direito de livre circulação e residência dentro do território dos Estados-Membros, uma vez que anteriormente este direito era restrito a determinadas pessoas envolvidas de alguma forma com uma atividade econômica. Assim, a partir daí e, posteriormente, com a aprovação da Diretiva que disciplina o exercício desse direito pelos cidadãos da União e pessoas da sua família, houve a difusão desse direito e o papel do Tribunal de Justiça mais uma vez foi relevante para delinear os limites e aplicação devida do direito da União.

No intuito de unificar em um único texto todas as normas a respeito da liberdade de circulação de pessoas, bem como incluir nos preceitos as diretrizes já definidas e determinadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, foi aprovada a Diretiva 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, que abarca de uma forma geral todas as situações para as quais é aplicado o direito da livre circulação e residência dos cidadãos da União e suas famílias.

Até o ano de 2004, um regulamento e diversas Diretivas esparsas regulavam o direito da livre circulação e residência dos nacionais dos Estados-Membros, bem como dos membros das suas famílias, nomeadamente, o Regulamento nº 1612/68 e as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE,

---

<sup>18</sup> Moreira, Vital. “Respublica” Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 72-73.

90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE<sup>19</sup>. Após, o Regulamento foi alterado, ao passo que as Diretivas foram todas revogadas pela então nova Diretiva 38/2004/CE, que uniu em um único instrumento as disposições relativas a este tema.

Esta Diretiva leva em consideração os efeitos e os direitos conferidos pela cidadania da União, designadamente o direito à liberdade fundamental da livre circulação e residência dos cidadãos da União no território de qualquer Estado-Membro, e prevê a extensão das mesmas condições aos familiares deste cidadão de forma automática, a fim de que possam exercer este direito em condições de liberdade e dignidade<sup>20</sup>.

Há também a previsão de que para os membros da família não abrangidos expressamente pela Diretiva, os governos nacionais deverão avaliar a possibilidade de aceitar ou não estes familiares tendo em conta a finalidade de manter a unidade familiar, e ainda, tendo em consideração a relação desta pessoa com o cidadão da União, bem como quaisquer outras circunstâncias, como a sua dependência física ou financeira em relação ao cidadão da União<sup>21</sup>.

O período de residência superior a três meses não é incondicional<sup>22</sup>, existem algumas exigências que devem ser cumpridas a fim de que o cidadão não se torne uma sobrecarga excessiva ao Estado-Membro de acolhimento, tais como estar coberto por um

---

<sup>19</sup> Tratam respectivamente: da livre circulação de trabalhadores na Comunidade; 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; supressão das restrições à deslocação e permanência dos trabalhadores dos Estados-Membros e suas famílias na Comunidade; extensão aos trabalhadores que exerçam o direito de permanecer no território de um Estado-membro depois de nele terem exercido uma atividade laboral a aplicação da Diretiva de 25 de Fevereiro de 1964 para a coordenação de medidas especiais aplicáveis aos estrangeiros em matéria de deslocação e permanência, justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública; supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços; direito de os nacionais de um Estado-Membro permanecerem no território de outro Estado-Membro depois de nele terem exercido uma atividade não assalariada; alargamento do âmbito de aplicação da Diretiva 64/221/CEE de coordenação das medidas relativas a estrangeiros em matéria de deslocação e permanência justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, aos nacionais de um Estado-membro que exerçam o direito de permanecer em território de outro Estado-Membro após terem exercido neste Estado uma atividade não assalariada; direito de residência; direito de residência dos trabalhadores assalariados e não assalariados que cessaram a sua atividade profissional; direito de residência dos estudantes, conforme o preâmbulo dos respectivos instrumentos.

<sup>20</sup> Cfr. artigos 1º e 3º da Diretiva 2004/38 e Considerando (5): “*O direito de todos os cidadãos da União circularem e residirem livremente no território dos Estados-Membros implica, para que possa ser exercido em condições objetivas de liberdade e de dignidade, que este seja igualmente concedido aos membros das suas famílias, independentemente da sua nacionalidade, (...)*”

<sup>21</sup> Cfr. Considerando (6) da Diretiva 2004/38.

<sup>22</sup> Cfr. Considerando (10) da Diretiva 2004/38.



seguro doença completo e possuir meios suficientes para sua subsistência<sup>23</sup>, além da possibilidade de não ser aceita caso represente um risco à ordem pública, à segurança pública ou à saúde pública, previstas no Tratado<sup>24</sup>.

Em resumo, o direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União surgiu inicialmente como um direito restrito aos nacionais de Estados-Membros na condição de trabalhadores ou prestadores de serviços, com uma finalidade claramente econômica, porém, após a evolução do conceito, da legislação, da jurisprudência e das situações abrangidas por estas regras, bem como do surgimento da cidadania da União, este direito foi disponibilizado a todos os cidadãos da União e atualmente é tratado especificamente pela Diretiva 2004/38, já referida.

Entretanto, o direito de livre circulação e residência derivado das pessoas nacionais de Estados-Terceiros, familiares de cidadãos da União de tenra idade, que exercem o cuidado e a guarda destes, é uma matéria que gera, em alguns casos, algumas dúvidas na aplicação do direito da União, tendo em consideração que as situações que ocorrem são da vida privada das pessoas, logo, mais peculiares e ricas em detalhes do que a norma jurídica é capaz de prever, razão pela qual o Tribunal de Justiça foi chamado inúmeras vezes a se manifestar sobre a compatibilidade de certas situações com o direito da União.

Agora, será também referido o papel muito relevante desempenhado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no desenvolvimento do conceito e aplicação deste direito, tanto para os cidadãos da União como para os seus familiares.

## 2.2. Papel do Tribunal de Justiça da União Europeia

O Tribunal de Justiça foi um dos principais responsáveis pelo alargamento das possibilidades de aplicação do direito à livre circulação e residência na realidade comunitária. Desempenhou um papel importante para a expansão desse direito para além das relações econômicas, estendendo-o a outras categorias de pessoas não necessariamente economicamente ativas.

---

<sup>23</sup> Cfr. Artigo 7º, n. 1, *b*, da Diretiva 2004/38.

<sup>24</sup> Cfr. Artigo 20º TFUE e Considerandos (22) a (24) da Diretiva 2004/38.

O Tribunal desde o início, ao decidir a respeito da interpretação do termo “trabalhadores”, “estabelecimento” e “serviços” o fazia numa concepção ampla, como, por exemplo, no caso de “trabalhadores”, quando referiu que não importava para o conceito de “trabalhador” o montante auferido pelo cidadão, mas sim que a atividade desenvolvida fosse de natureza econômica, bem como uma atividade real e efetiva, incluindo neste grupo os trabalhadores a tempo parcial e os que auferiam valores menores que o considerado como mínimo para a subsistência (admitindo nesse caso a possibilidade de a renda desta pessoa ser acrescida de outra proveniente de outro lugar ou atividade). Posteriormente, ainda, considerou como condições de caracterização de uma relação de trabalho: o exercício, durante um determinado período de tempo, de prestações de trabalho, as prestações de trabalho deveriam ser realizadas a favor de outrem e sob a direção desta, e que deveria ser percebida uma remuneração como contrapartida destas prestações. E, também, quando entendeu que, em relação ao termo “prestador de serviços”, estava incluído também os chamados “tomadores de serviço”, ou seja, as pessoas destinatárias dos serviços que se deslocavam para tanto (turistas, beneficiários de cuidados médicos, viagens de negócios ou de estudos etc.), e, ainda, inclusive, o caso de serviços prestados sem a deslocação de pessoas<sup>25</sup>.

O caso Luigi e Carbone<sup>26</sup> foi aquele em que se decidiu que as prestações de serviços feitas a turistas, pessoas necessitadas de cuidados médicos, pessoas em estudo ou em viagens de trabalho seriam consideradas como prestação de serviços no âmbito do Tratado, alargando, assim, o campo de pessoas aí incluídas<sup>27</sup>.

E em relação a essa deslocação para a prestação de serviços, no acórdão Gravier<sup>28</sup>, em que uma nacional francesa mudou-se para a Bélgica para frequentar um curso de formação profissional em um estabelecimento de ensino belga e foi-lhe cobrado um valor a título de “*minerval*”, propina suplementar cobrada de alunos estrangeiros, em razão de estes não contribuírem para os impostos belgas e, assim, não poderem se beneficiar do valor pago pelos estudantes nacionais. Em razão de lhe ter sido negada a inscrição, pela

---

<sup>25</sup> Soares, António Goucha. A livre circulação de pessoas na Europa Comunitária: alargamento jurisprudencial do conceito. Lisboa: Ed. Fragmentos, 1990. p. 20-26.

<sup>26</sup> Acórdãos C-286/82 e C-26/83, de 31 de janeiro de 1984.

<sup>27</sup> Ramos, Rui Manoel Moura. Les Nouveaux Aspects de la Libre Circulation des Personnes. Vers Une Citoyenneté Européenne. In Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXVIII. Coimbra, 1992. p. 28-29.

<sup>28</sup> Acórdão C-293/83 de 13 de fevereiro de 1985.

recusa do pedido de dispensa do pagamento e, conseqüentemente, o direito de residir na Bélgica, o Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que o direito comunitário proíbe toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade em situações abrangidas pela aplicação do Tratado. E, então, decidiu que a situação daqueles autos era contida pelo conceito de formação profissional, seguindo parte da proposta feita pelo Advogado-Geral nas suas conclusões<sup>29</sup>, de modo mais completo do que as razões expostas pelo Tribunal. A conclusão a que se chegou é que todos os cursos de nível superior seriam suscetíveis de satisfazer os requisitos para serem considerados formação profissional, de modo que seria possível conceder o direito à livre circulação a todos que perseguem tal formação de forma autônoma<sup>30</sup>.

Nesse caso, o Tribunal de Justiça entendeu que os estudantes nacionais de outros Estados-Membros deveriam ter igualdade no tratamento, com fundamento no Tratado CEE, no princípio geral do seu artigo 7º, em que pese não ter sido estendida essa decisão aos direitos de entrada e permanência (apesar de esta autora entender que os estudantes são destinatários da prestação de serviços, mesmo que a remuneração pelo serviço seja paga somente parcialmente pelo estudante), somente se entendeu que estes estudantes deveriam ter igualdade no tratamento em relação ao pagamento do *minerval*, como dito anteriormente<sup>31</sup>.

Esse entendimento é um dos relevantes exemplos de alargamento da aplicação dos conceitos do direito comunitário concretizado pelo Tribunal de Justiça da União no caminho da evolução do direito comunitário como hoje se encontra e da relevante função que desempenhou nessa trajetória, tendo incluído no âmbito de aplicação pessoal deste

---

<sup>29</sup> Nesse acórdão, o Advogado-Geral assinalou que a autora do processo não estava residindo legalmente na Bélgica a fim de invocar a aplicação do direito comunitário, pois a sua situação teoricamente não possibilitava tal invocação, de modo a que a fundamentação não deveria se dar nesse sentido. A interpretação que propõe é que um direito de residência pré-existente não é condição necessária do direito de efetuar estudos de formação profissional específicos, e, para além disso, seria a busca de uma formação profissional em outro Estado-Membro que poderia permitir aos nacionais de um Estado-Membro estarem incluídos do âmbito de aplicação do direito comunitário. Isto significa que a interpretação proposta pelo Advogado-Geral foi dada no sentido de interpretar a livre circulação de pessoas com vista ao exercício de uma atividade econômica, em um sentido mais amplo, de modo a possibilitar àqueles que estão a se preparar para entrar na vida ativa, possam beneficiar igualmente desse direito, inclusive propôs que este direito à livre circulação para formação profissional seja independente de qualquer prova referente à intenção do titular de vir mesma a trabalhar ou estabelecer-se futuramente em outro Estado-Membro.

<sup>30</sup> Soares, António Goucha. *A Livre Circulação de Pessoas na Europa Comunitária: o alargamento jurisprudencial do conceito*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990. p. 62-65.

<sup>31</sup> Duarte, Maria Luísa. *A Liberdade de Circulação de Pessoas e a Ordem Pública no Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 125-126.

direito (através do direito de igualdade de tratamento ou do princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade) os estudantes universitários, que buscam uma formação profissional.

No caso Humbel<sup>32</sup> foi decidido que, apesar de o ensino técnico dado em uma instituição integrada no ensino secundário não ser considerada prestação de serviço, por faltar o requisito da remuneração, tal não excluiria dos estudantes de outros Estados-Membros, em busca de uma formação profissional - direito do qual são titulares -, o direito de frequentar as escolas de ensino profissional em qualquer Estado-Membro, não sendo possível a imposição de condições de acesso discriminatórias. A busca pelo progresso na qualificação profissional está, no seu propósito, atrelada ao anseio de desempenhar uma profissão ou preencher uma vaga em qualquer Estado-Membro, que é o objetivo da livre circulação. Assim, entendeu o Tribunal que não é suficiente apenas reconhecer o direito dos estudantes de frequentar estes cursos de formação profissional, mas também se deve garantir que estes possam entrar e permanecer no território daquele Estado-Membro, a fim que a regra da não-discriminação seja efetivamente respeitada, pois os Estados-Membros não poderiam mais impor outras condições para o acesso ao ensino profissional<sup>33</sup>.

Com a entrada em vigor das três Diretivas do Conselho<sup>34</sup>, em 1990, o direito da União reconheceu o direito de circular e residir a categorias de pessoas economicamente inativas (estudantes e trabalhadores que já concluíram seu trabalho), cabendo ressaltar que tal direito era limitado à necessidade de estes titulares não constituírem um fardo à segurança social do Estado-Membro para o qual se deslocassem, isto quer dizer que deveriam dispor de recursos financeiros suficientes para a sua manutenção e a das pessoas que com ele se deslocassem<sup>35</sup>.

Percebe-se pela evolução jurisprudencial que o Tribunal de Justiça persistentemente fez valer o entendimento de que o efeito direto, isto é, mesmo na ausência de normas nacionais de aplicação do direito comunitário, os cidadãos podem exigir o cumprimento do seu direito mediante um processo judicial, em razão da força da situação

---

<sup>32</sup> Acórdão C-263/86, de 27 de setembro de 1988.

<sup>33</sup> Duarte, Maria Luísa. *A Liberdade de Circulação de Pessoas e a Ordem Pública no Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 126-127.

<sup>34</sup> 90/364/CE, 90/365/CE e 90/366/CE

<sup>35</sup> Ramos, Rui Manoel Moura. *Les Nouveaux Aspects de la Libre Circulation des Personnes. Vers Une Citoyenneté Européenne*. In *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXVIII. Coimbra, 1992. p. 30.

jurídica destes cidadãos comunitários. É o princípio geral fazendo com que todos os cidadãos dos Estados-Membros sejam potencialmente destinatários da norma comunitária. Essa configuração da norma comunitária estruturou de modo determinante o desenho e a estrutura atual do direito de livre circulação de pessoas. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça se manifestou referindo que estas normas do Tratado que fundam o direito de livre circulação e permanência produzem efeito direto<sup>36</sup>.

Assim, foi através de decisões judiciais e medidas políticas e jurídicas tomadas pela Comunidade que o alargamento dos conceitos ocorreu no direito comunitário e, conseqüentemente, o mesmo ocorreu no âmbito da sua aplicação, foi também alargado. E, com o Tratado de Maastricht e a instituição da cidadania da União, chegou-se ao máximo da sua expansão até então, pois o direito à livre circulação passou a ser de titularidade de todos os cidadãos da União<sup>37</sup>, ou seja, de todos aqueles que tivessem a nacionalidade de um Estado-Membro e não era mais restrito a um grupo específico de pessoas ligadas a determinadas atividades econômicas.

Após a instituição da cidadania da União, o TJ seguiu no seu relevante papel de interpretar o direito da União que então sofreu uma relevante alteração e carecia de novas diretrizes para a interpretação dos novos preceitos e seus alcances. Após o julgamento do caso *Grzelczyk*<sup>38</sup>, a questão da cidadania ganhou ainda mais evidência. Foi consagrado pelo Tribunal de Justiça da União que “o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros”, naquele contexto determinando o tratamento igual para pessoas em igual situação, independentemente da sua nacionalidade. Também, posteriormente, no acórdão *Martinez Sala*<sup>39</sup>, em que foi reconhecido que um cidadão residente legal em um Estado-Membro pode invocar o art. 18º TFUE em qualquer situação que envolva o direito comunitário no campo de atenção *ratione materiae*<sup>40</sup>.

Após a vigência da Diretiva 2004/38/CE que, como já referido, substituiu todas as diretivas anteriores em matéria de livre circulação e residência de cidadãos da União e seus

---

<sup>36</sup> Duarte, Maria Luisa. A liberdade de circulação de Pessoas e a Ordem Pública no Direito Comunitário. Coimbra: CoimbraEditora, 1992. p. 79.

<sup>37</sup> Cfr. Artigo 20.o, n.1, TFUE: “1. É instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui. (...)”

<sup>38</sup> Processo nº C-184/99, acórdão de 20 de setembro de 2001.

<sup>39</sup> Processo n. C-85/96, acórdão de 12 de maio de 1998.

<sup>40</sup> Henriques, Miguel Gorjão. Direito da União. Coimbra: Ed. Almedina, 2019. 9ª edição. p. 554.

familiares de forma segmentada e passou a tratá-los todos sob o estatuto de cidadão da União, ressaltando a importância já antes proclamada em decisões judiciais da cidadania da União como o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros.

O Tribunal de Justiça, após a instituição da cidadania da União, bem como da vigência desta Diretiva, continuou tendo função relevante na padronização e interpretação do direito da União. Não é objeto deste trabalho analisar todos os casos, porém cabe referir alguns que foram relevantes para a liberdade de circulação e residência de cidadãos da União e seus familiares em um Estado-Membro de acolhimento, Como, por exemplo, no caso *MRAX*<sup>41</sup> em que os requerentes, nacionais de Estados terceiros, requereram o direito de entrar e residir no Estado-Membro de acolhimento, em razão do seu casamento com cidadãos da União.

Neste caso, os cônjuges dos cidadãos da União pretendiam entrar e/ou permanecer no território do Estado-Membro de acolhimento sem possuírem necessariamente um visto de entrada ou uma autorização de residência válida, independentemente de terem entrado ou permanecido no território deste Estado-Membro de forma legal ou não. O Tribunal entendeu que o direito de entrada no território tal como se apresenta resulta unicamente do vínculo familiar, e que a exigência de um visto para a entrada ou mesmo a recusa na concessão de uma autorização de residência são medidas contrárias as previstas no direito secundário da União.

Antes disso, entretanto, o Tribunal havia decidido que era necessária a residência legal no território de um Estado-Membro para requerer a extensão do direito de circulação e residência do seu cônjuge, cidadão da União, a este nacional de Estado terceiro. Isso ocorreu no caso *Akrich*<sup>42</sup>, foi, porém, uma decisão isolada neste âmbito, proferida em um processo que possuía fatos peculiares em relação à vida pregressa do requerente e questionava a possibilidade de o casamento ter-se dado por conveniência. Após essa decisão, o Tribunal assentou de vez o entendimento de que o vínculo familiar é suficiente para a concessão do direito de circular e residir ao nacional de um Estado terceiro, juntamente com seu familiar, cidadão da União, quando este exerceu sua liberdade de circulação.

---

<sup>41</sup> Processo nº C-459/99, acórdão de 25 de julho de 2002.

<sup>42</sup> Processo nº C-109/01, acórdão de 23 de setembro de 2003.

Esse direito de livre circulação e residência é considerado um direito fundamental inerente à cidadania da União, e, pode-se dizer, é corolário lógico desta, uma vez que consagra no território da União, o direito da cidadania nacional conferido aos seus cidadãos, que é o direito de entrada, saída e permanência no território do seu Estado, e, no caso da União Europeia, esse direito veio estendido a todos os Estados-Membros. Ainda que seja uma prerrogativa dos cidadãos da União, esse direito, entretanto, está sujeito a limitações previstas nos Tratados ou mesmo no direito secundário.

Não obstante essas possíveis limitações, ou mesmo, condições, previstas nos Tratados ou na legislação derivada que disciplina a matéria, devem ser interpretadas de maneira restritiva e devem respeitar necessariamente “*as regras de restrição de direitos fundamentais estabelecidas na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente o princípio da necessidade e da proporcionalidade e da salvaguarda do núcleo essencial, mas não alteram, entretanto, a natureza revolucionária deste direito da cidadania europeia*”<sup>43</sup>.

O Tratado de Lisboa, em 2007, reforçou a idéia de “Europa dos Cidadãos”, com o posicionamento da cidadania da União como pilar da estrutura democrática da União Europeia, colocando-o em posição central em todas as políticas comunitárias. Também com este Tratado reforçou-se a cidadania no sentido da pretensão pelos cidadãos de um determinado comportamento das instituições e órgãos comunitários<sup>44</sup>.

A cidadania da União deve representar, em geral, um grande ativo para quem a possui, considerando o atual contexto mundial com todas as suas intranqüilidades e desequilíbrios, sejam econômicos, políticos, sociais, naturais, culturais etc. Este estatuto conferido pela cidadania pode ser considerado um ativo quando estes desequilíbrios não são suficientes para abalar o espírito nacional de um indivíduo, mas, por outro lado, também pode ser considerado um passivo, quando o indivíduo está inserido e ligado a um determinado Estado sem ter qualquer condição de modificar este estatuto para outro

---

<sup>43</sup> Moreira, Vital. “República Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia”. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 88-90.

<sup>44</sup> Lopes, Dulce. A cidadania da UE e a importância de ser europeu. *In* Debater a Europa. Nº 7, julho/dezembro, 2012. Disponível em: <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>, consultado em 28/5/2019.

Estado, uma vez que não existe um direito fundamental à migração, ou seja, nenhuma pessoa tem o direito de exigir sua entrada e permanência no território de outro Estado<sup>45</sup>.

Assim, passaremos a abordar este direito à livre circulação e residência, que é uma das liberdades fundamentais da União, e é extensivo a alguns nacionais de Estados terceiros, familiares de cidadãos da União, que passam a ter a prerrogativa de acompanhá-los ou a eles se reunir no deslocamento e permanência em outro Estado-Membro.

### 2.3. A livre circulação e residência de nacionais de Estados Terceiros no território da União Europeia

No intuito de uma verdadeira integração dos povos e dos Estados-Membros da União e construir a “Europa dos cidadãos”, garantiu-se um estatuto de cidadania comunitária abrangente a todos os cidadãos nacionais dos Estados-Membros.

Nem todos os direitos de cidadania europeia têm como titulares exclusivos os cidadãos europeus, alguns direitos podem ser compartilhados ou estendidos a pessoas nacionais de Estados terceiros. São considerados exclusivos dos cidadãos da União aqueles direitos que compõe o “núcleo duro” da cidadania da União, que seriam os direitos eleitorais (eleger e ser eleito, participar de partidos políticos a nível europeu), de iniciativa popular, de proteção diplomática e consular fora do território da União e o direito ao acesso à função pública da União, sendo os outros passíveis de compartilhamento e extensão, como, por exemplo, o direito de liberdade de circulação e residência no território dos Estados-Membros<sup>46</sup>.

Esse compartilhamento ou extensão dos direitos foi sentido no campo dos direitos das pessoas nacionais de Estados terceiros, familiares de cidadãos da União, por que foram beneficiadas com alguns direitos derivados daqueles concedidos aos cidadãos da União, com a finalidade única de viabilizar que estes exercessem seus direitos e liberdades fundamentais de forma mais efetiva, livre e digna. Ressalte-se que antes da instituição da

---

<sup>45</sup> Machado, Jónatas E. M. Direito da União Europeia. - 2ª edição – Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 267-268.

<sup>46</sup> Moreira, Vital. “Respublica Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia”. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 104.



cidadania da União, esses direitos existiam de um modo restrito tanto para os nacionais dos Estados-Membros como para os nacionais de Estados terceiros<sup>47</sup>.

Apesar de haver outras Diretivas que refiram a livre circulação e residência de nacionais de Estados terceiros<sup>48</sup>, esta parte do trabalho se restringirá a tratar da Diretiva 2004/38, eventualmente referindo alguma outra se for necessário, porém trataremos especificamente desta a fim de abordar o direito à livre circulação e residência destas pessoas nacionais de países terceiros, que o têm de forma derivada do direito concedido aos cidadãos da União, seus familiares, através deste instrumento normativo.

A Diretiva trata do direito de livre circulação e residência de todos os cidadãos da União no território de qualquer Estado-Membro e, para que isso fosse efetivamente viabilizado, bem como realizado com um mínimo de dignidade aos seus titulares, foi estendido aos familiares deste, independentemente da sua nacionalidade, o exercício deste direito.

A sua abrangência, entretanto, é limitada. Nos termos do artigo 2º, consideram-se membros da família somente o cônjuge, o parceiro registrado (caso a legislação do Estado-Membro de acolhimento também considere tais parcerias equiparadas ao casamento), os descendentes diretos menores de 21 anos ou que estejam a cargo do cidadão da União, como os descendentes do cônjuge ou do parceiro, e os ascendentes diretos que estejam a cargo, assim como os do cônjuge ou do parceiro.

Existe a previsão de facilitação da entrada e residência por parte do Estado-Membro de acolhimento, nos termos da sua legislação nacional, de pessoas não abrangidas pela definição expressa de membro da família acima exposta e que, por isso, não gozam do direito automático de entrada e residência juntamente com o cidadão da União. Fica a cargo do Estado-Membro de acolhimento a avaliação dessa autorização de entrada e

---

<sup>47</sup> A primeira referência foi feita no Regulamento nº 15, da CEE, de 1961, a respeito da liberdade de circulação, prevendo a possibilidade de o trabalhador mudar-se para o Estado-Membro de destino fazendo-se acompanhar de seu cônjuge, e de seus filhos menores de 21 anos, devendo estes ter o direito a trabalhar e a estudar neste país.

<sup>48</sup> Como por exemplo, a Diretiva 2003/86/CE, que trata do direito ao reagrupamento familiar, ou a Diretiva 2003/109/CE, que trata do estatuto dos nacionais de países não pertencentes à União Europeia residentes de longa duração etc.

residência desses familiares, devendo o Estado-Membro necessariamente levar em consideração a relação existente entre esta(s) pessoa(s) e o cidadão da União<sup>49</sup>.

O Tribunal de Justiça, entretanto, já especificou que somente estão incluídos no âmbito de aplicação desta Diretiva, desde que preenchidos os demais requisitos, aqueles cidadãos que tiverem exercido o seu direito de livre circulação e residência, conforme os casos que serão referidos adiante.

Por outro lado, os cidadãos da União que nunca fizeram uso do seu direito de circular e residir livremente estão excluídos do âmbito de aplicação da Diretiva 2004/38. Se não for este o caso, então, aplica-se o direito interno do Estado-Membro em questão, em consonância com o direito da União, no que couber, havendo, entretanto, algumas hipóteses em que podem ser aplicáveis diretamente o direito da União.

Estes casos são também os que interessarão para o desenvolvimento deste trabalho, que será feito através das jurisprudências selecionadas, na área específica do cuidado de menores cidadãos da União, isto é, quando um nacional de um país terceiro é progenitor de um menor cidadão da União e exerce seu cuidado, assumindo a guarda efetiva e quotidiana deste. E aplica-se ao caso do pedido de concessão do direito de residir com este cidadão, mesmo sem este cidadão ter exercido a circulação e residência em outro Estado-Membro.

Foi o Tribunal de Justiça que entendeu pela aplicação do direito da União nestes casos, quando foi instado a manifestar-se a respeito de situações específicas em que estão em jogo direitos associados aos oriundos da cidadania da União.

Assim, resumidamente, percebe-se que, para o âmbito de aplicação da Diretiva 2004/38, os nacionais de Estados terceiros, a fim de que exerçam o direito de circular e residir juntamente com o seu familiar cidadão da União deve primordialmente estar elencado no rol previsto no art. 2º, podendo ainda, ser possível, caso ali não esteja listado,

---

<sup>49</sup> A Diretiva refere a dependência física ou financeira em relação ao cidadão da União como uma das circunstâncias que o Estado-Membro de acolhimento deve considerar ao decidir a respeito desse direito de circular e residir derivado, conforme leitura da parte final do Considerando 6. E ainda, explícita no art. 3º, ponto 2, a) e b) que isto deve ocorrer para qualquer outro membro da família, independentemente da sua nacionalidade, não abrangido pelo ponto 2, do artigo 2º, que, no país do qual provenha, esteja a cargo do cidadão da União que tem direito de residência a título principal ou que com este viva em comunhão de habitação, ou quando o cidadão da União tiver imperativamente de cuidar pessoalmente do membro da sua família por motivos de saúde grave; o parceiro com quem o cidadão da União mantém uma relação permanente devidamente certificada. O Estado-Membro pode recusar a entrada dessa pessoa em qualquer dos casos, mas deve justificar a recusa.

ter a sua entrada facilitada, se preencher os requisitos do art. 3º, bem como necessariamente deve o cidadão da União deslocar-se para outro Estado-Membro, diferente daquele de origem. É importante ressaltar que se não houver circulação, a Diretiva não é aplicada, pois o art. 3º, n. 1<sup>50</sup> é claro ao estabelecer as condições de aplicação desta<sup>51</sup>.

Já no caso das pessoas que não estão ali elencadas ou que não exercitem o direito de livre circulação e residência juntamente com o cidadão da União, fogem da aplicação da Diretiva, porém, como já referido, isso não quer dizer que estas pessoas não poderão utilizar-se do direito da União para fazerem valer seu direito de acompanhar o seu familiar cidadão da União.

#### 2.4. Competência em matéria migratória

A União, em matéria de delimitação de competências, rege-se, entre outros, segundo o princípio da atribuição, que diz que a União tem competência para atuar somente nas matérias que lhe foram atribuídas nos Tratados pelos Estados-Membros, ficando excluídas da sua competência, todas aquelas que não lhe tenham sido atribuídas<sup>52</sup>.

A União Europeia não possui competência para legislar em matéria migratória especificamente no que diz respeito à determinação de normas para a admissão de pessoas para estadas mais longas que necessitam da concessão de vistos para residência no território da União. Tal competência permanece sendo de competência exclusiva dos Estados-Membros, são estes que determinam o procedimento, bem como as exigências para a concessão dessas autorizações de residência no seu território.

O Ato Único Europeu, que entrou em vigor em 01 de julho de 1987, visava a revisão dos Tratados instituidores da CEE, a fim de reforçar os objetivos de integração europeia e a realização do mercado comum, para tanto, também alargou a competência da União em algumas matérias<sup>53</sup>. Neste Ato havia duas declarações finais relevantes nessa matéria, que dizem respeito à adesão ao princípio da competência nacional. Uma delas

---

<sup>50</sup> 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 acepção do ponto 2 do artigo 2º, que os acompanhem ou que a eles se reúnam.

<sup>51</sup> Para. 52 e 53 do acórdão Chavez-Vilchez, que será abordado no Capítulo 3, o TJUE reiterou esse entendimento.

<sup>52</sup> Artigo 5º (Ex-artigo 5º TCE) do Tratado da União Europeia.

<sup>53</sup> Sítio Web Oficial da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0027>, consultado em 07 de junho de 2019.

alude à criação do mercado interno, constantes dos artigos 13º ao 19º do Ato, e reserva aos Estados-Membros o direito de agirem conforme a necessidade no que diz respeito ao controlo da imigração de países terceiros, já a outra define a necessidade de uma cooperação intergovernamental na seara da liberdade de circulação dos cidadãos da União no território dos Estados-Membros<sup>54</sup>.

Isso significa dizer que se sabendo que hoje o princípio vigente para a atribuição de competências da União, é o princípio da atribuição, isto é, a União somente tem competência para atuar nas matérias que lhe foram imputadas expressamente pelos tratados, e tendo, como dito, sido feita reserva da atuação em matéria migratória para os Estados-Membros, trata-se de um campo de atuação estrito para a União.

Há ainda que se mencionar, mesmo que rapidamente, o Espaço Schengen, que foi um acordo realizado em 1985 entre vários países da União e alguns que não são Estados-Membros, a fim de que fosse realizado um espaço sem fronteiras internas, somente externas, com uma padronização de vistos (os vistos Schengen). Esse acordo homogeneizou o tratamento em matéria de controle das fronteiras externas e permissão de entrada nos países que fazem parte, no que diz respeito à emissão de vistos de curta duração (como para turismo), bem como para algumas categorias de trabalhadores, que são vistos de longa duração, e ainda outros. No caso de vistos de longa duração fora destes regulamentados pela União Europeia e no de títulos de residência, é cada Estado-Membro quem estabelece os próprios requisitos para sua emissão. Os Estados Schengen aplicam as regras da livre circulação no seu território, fazendo parte ou não da União Europeia<sup>55</sup>.

A supressão dos postos de controle de fronteiras internas, entre os Estados-Membros, demandou uma postura comum concernente à entrada dos nacionais de Estados terceiros, combinada com o reforço dos controles nas fronteiras externas da União e também com uma política comum de vistos<sup>56</sup>. Isso, porém, como já referido, somente para tipos específicos de vistos, não incluindo os casos aqui tratados.

---

<sup>54</sup> Duarte, Maria Luísa. A Liberdade de Circulação de Pessoas e a Ordem Pública no Direito Comunitário. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 136.

<sup>55</sup> União Europeia. Sítio Web Oficial da União Europeia. Disponível em: [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/schengen\\_brochure/schengen\\_brochure\\_dr3111126\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_pt.pdf), pesquisa feita em 07 de junho de 2019.

<sup>56</sup> Duarte, Maria Luísa. A Liberdade de Circulação de Pessoas e a Ordem Pública no Direito Comunitário. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 136-137.

Em razão de não haver a previsão de atribuição da competência para a União nessa matéria da entrada e permanência (residência) no seu território de pessoas nacionais de Estados terceiros, bem como não haver também no Acordo Schengen tal previsão, esta é regulamentada por cada um dos Estados-Membros, em razão da sua competência exclusiva.

Entretanto, mesmo sendo essa competência exclusiva, por conta da incerteza e imprevisibilidade da vida, estas pessoas nacionais de Estados terceiros que entram e residem no território deste Estado-Membro podem, posteriormente, a depender da sua situação específica, vir a ser titular de direitos perante a União. Isto é, podem vir a suscitar a aplicação do direito da União, como, por exemplo, para ver reconhecido seu direito derivado de circular e residir com um cidadão da União.

Isso se deve muito a já mencionada evolução jurisprudencial do Tribunal de Justiça, mas principalmente, hoje, pela instituição da cidadania da União. Este estatuto possibilitou que muitos dos direitos garantidos a estes cidadãos fossem também estendidos a pessoas nacionais de países terceiros familiares de cidadãos que inicialmente nem teriam acesso a eles<sup>57</sup>.

Nesse sentido, o direito da União e também o direito internacional público e também o privado, prevêm, mesmo que não há muito tempo, um direito à reunificação familiar, a primeira na ordem internacional foi a Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, por exemplo, e, especialmente quando diz respeito ao direito de crianças, isso se torna de fácil compreensão em razão da importância que tem a presença paterna e materna na criação e desenvolvimento de uma criança. Na Europa, porém, foi um tanto diverso, considerando-se que desde o final da Segunda Guerra Mundial, vários países europeus fizeram acordos bilaterais reconhecendo o direito à reunificação familiar para as pessoas destes países, estando, assim, um pouco avançados nessa matéria em relação ao restante dos países. E, ainda, após, com a CEE essa realidade tornou-se ainda mais concreta, uma vez que essa matéria foi levada a sério, pois considerava-se como imprescindível para o

---

<sup>57</sup> Berneri, Chiara. Protection of families composed by EU citizens and Third-Country Nationals: some suggestions to tackle reverse discrimination. *In* European Journal of Migration and Law. Vol. 16: 2014. p. 251.

fim de tornar possível o objetivo da liberdade de circulação de trabalhadores no território da Comunidade<sup>58</sup>.

O estatuto desses nacionais de países terceiros no contexto da Comunidade Europeia evidencia duas direções essenciais: a falta de um tratamento único dispensado aos estrangeiros em relação à totalidade da Comunidade, dependendo das exigências e tratamentos estabelecidos pelas legislações nacionais de cada Estado-Membro a fim de conseguir entrar, permanecer e exercer alguma atividade econômica, e ainda, a fim de garantir a livre circulação das pessoas no espaço intracomunitário através de uma política global de harmonização de legislações nacionais aplicáveis aos estrangeiros, entendendo-se aos nacionais de Estados terceiros a aplicação do princípio da não discriminação, o que realizaria também o objetivo da criação do mercado interno<sup>59</sup>.

Note-se que nestes casos em que são reconhecidos direitos aos nacionais de países terceiros oriundos do estatuto da cidadania da União, sem que haja previsão expressa do direito da União, é o Tribunal de Justiça que assim decide quando entende que uma determinada decisão de um Estado-Membro fere ou é capaz de ferir o direito da União. Como é o caso de uma recusa de autorização de residência por parte das autoridades competentes de um determinado Estado-Membro a um nacional de um país terceiro, familiar de cidadão da União, quando esta decisão é capaz de privar o cidadão da União do gozo efetivo dos direitos provenientes do estatuto de cidadão da União.

O Tribunal, inclusive, já se manifestou diversas vezes no sentido de obstar medidas nacionais que tenham por conseqüência essa privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União, com base no artigo 20º TFUE, como foi o caso dos acórdãos Zambrano e O e o.<sup>60</sup>

Manifestou-se também para referir que, apesar de algumas questões serem *a priori* da competência dos Estados-Membros, como é o caso da legislação referente à entrada e residência de nacionais de Estados terceiros, que não está compreendida pelo espectro de aplicação do direito da União, possuem uma ligação inseparável com a

---

<sup>58</sup> Berneri, Chiara. Protection of families composed by EU citizens and Third-Country Nationals: some suggestions to tackle reverse discrimination. *In* European Journal of Migration and Law. Vol. 16: 2014. p. 250-251.

<sup>59</sup> Duarte, Maria Luísa. A Liberdade de Circulação de Pessoas e a Ordem Pública no Direito Comunitário. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 140.

<sup>60</sup> Acórdão Zambrano, processo C-34/09, de 08 de março de 2003, que será melhor analisado a seguir, e, acórdão O. e o., processo C-356/11 e C-357/11, de 06 de dezembro de 2012.

liberdade de circulação e residência de um cidadão da União, esta pode impedir que o direito de entrada e residência seja negado aos nacionais de Estados terceiros no Estado-Membro onde reside o cidadão da União, com a finalidade de não afetar o gozo dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União<sup>61</sup>.

Isso não quer dizer, entretanto, conforme essa mesma jurisprudência, que o artigo 20º TFUE confere diretamente um direito de residência aos nacionais de países terceiros simplesmente por serem familiares de cidadãos da União. A aplicação dessa fundamentação deve efetivamente servir para garantir a permanência do cidadão da União no território do seu Estado-Membro, bem como a recusa desse direito de residência ao seu familiar nacional de Estado terceiro deve obrigatoriamente significar a privação do gozo efetivo dos direitos provenientes do estatuto de cidadão da União.

Já para os casos de familiares, nacionais de Estados terceiros, que exerceram o seu direito de livre circulação, o Tribunal de Justiça tem entendido que devem ser aplicadas as disposições da Diretiva correspondente, qual seja, a 2004/38, uma vez que se trata de um familiar necessário para o cidadão da União, do qual este depende em razão da sua tenra idade, devendo-se a concessão da sua autorização de residência ser facilitada, nos termos da Diretiva.

## 2.5. Relevância em matéria de cuidado

Em razão de se tratar de uma área muito fértil para análise, o direito derivado de circulação e residência por parte de nacionais de Estados terceiros, familiares de cidadãos da União, resolveu-se delimitar o estudo deste trabalho à matéria do cuidado.

Isto significa dizer que se restringiu a análise àqueles casos de nacionais de Estados terceiros progenitores de cidadãos da União de tenra idade, que buscam, com base no seu estatuto de cidadão da União, um direito derivado de residência a fim de permanecer juntamente com seu filho exercendo a guarda e o cuidado efetivo e quotidiana.

Além de a Diretiva 2004/38 não ser aplicada, conforme se viu, para casos em que não houve a circulação e residência em outro Estado-Membro, o artigo 2º, nº 2<sup>62</sup>, desta

---

<sup>61</sup> Acórdão Chavez-Vilchez, processo C-133/15, de 08 de setembro de 2016.

<sup>62</sup> “Membro da família”: a) o cônjuge, b) o parceiro com quem um cidadão da União contraiu uma parceria registrada com base na legislação de um Estado-Membro, se a legislação do Estado-Membro de acolhimento

também não prevê, na definição de membro da família, o ascendente que não esteja a cargo<sup>63</sup>, que é o objeto deste estudo.

A matéria específica da guarda e cuidado de crianças menores é de competência de cada Estado-Membro e é sob a jurisdição das legislações nacionais que são decididos os casos de disputa, se existirem.

A responsabilidade parental possui diversos conceitos, sendo que a Convenção de Haia Relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças, de 1996, dispõe que isso significa a autoridade parental ou qualquer outra relação análoga de autoridade que determine os direitos os direitos poderes e responsabilidades dos pais, tutores ou outros representantes legais relativamente à pessoa ou bens da Criança. Já o Regulamento de Bruxelas II *bis*, diz que é o conjunto de direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou coletiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança. São, enfim, o conjunto de responsabilidades do pai e da mãe, abrangendo os direitos de guarda e visita<sup>64</sup>.

Os progenitores são os responsáveis pelos seus filhos, pelo seu bem-estar, educação e bens, bem como que em todos os países da União são as mães que exercem a responsabilidade parental em relação aos filhos automaticamente juntamente com o pai, se forem casados, se não forem casados, a regra varia de acordo com o país. É a legislação nacional que determinará a responsabilidade e os direitos de cada progenitor, e ainda como se dá esse cuidado e eventuais visitas. Todos os países da União, entretanto, têm previsão

---

considerar as parcerias registradas como equiparadas ao casamento e nas condições estabelecidas na legislação aplicável do Estado-Membro de acolhimento; c) os descendentes diretos com menos de 21 anos de idade ou que estejam a cargo, assim como os do cônjuge ou do parceiro na aceção da alínea b); d) os ascendentes diretos que estejam a cargo, assim como os do cônjuge ou do parceiro na aceção da alínea b).

<sup>63</sup> Essa questão foi, inclusive, argumentada e decidida pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Zhu e Chen (processo C-200/02, de 19 de outubro de 2004), em que não foi aceite o argumento de que sua ascendente seria “ascendente a seu cargo” nos termos da Diretiva 2004/38, por se tratar justamente de matéria fática que indicava o contrário, que era a menor que estava a cargo da sua progenitora, e Jia (processo C-1/05, de 09 de janeiro de 2007), onde foram discutidos alguns critérios para se determinar o que seria necessário para comprovar a situação “a cargo” expressa neste dispositivo.

<sup>64</sup> Gomes, Ana Sofia. Responsabilidades Parentais Internacionais: em especial na União Europeia. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2013. p. 14.



de que a criança deve ter relação pessoal e contato direto com ambos os progenitores, mesmo se não viverem no mesmo país<sup>65</sup>.

Essas mesmas disposições aduzem que caso a questão da guarda e das responsabilidades cheguem ao Tribunal, estes tem o dever de decidir em atenção necessária ao superior interesse da criança, isto é, decidir as questões acerca da guarda, de visitas ou mesmo local de residência desta priorizando o que significar o maior benefício (ou, até mesmo, o menor prejuízo) àquela criança. Essas decisões proferidas por um tribunal de um Estado-Membro da União produzem efeitos, são válidas, nos outros Estados-Membros sem a necessidade de um procedimento de validação.

A responsabilidade parental traduz-se numa obrigação por parte dos progenitores de se responsabilizarem pelo cuidado, educação, segurança e saúde da criança até que esta esteja apta física e juridicamente para, por si só, gerir sua vida civil e pessoal. Essa responsabilidade é geralmente atribuída judicialmente ou por acordo entre ambos os progenitores.

O presente trabalho restringirá a matéria do direito de circular e residir dos nacionais de Estados terceiros ao relevo do cuidado, a fim de se analisar como é tratada a matéria pelo Tribunal de Justiça, diante das situações que se apresentaram e que não têm previsão expressa no direito da União.

### **3. Jurisprudências selecionadas do Tribunal de Justiça da União**

Selecionamos quatro acórdãos a fim de demonstrar o posicionamento e a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça nesses casos e preencher as lacunas existentes no direito da União Europeia a respeito da situação de nacionais de Estados terceiros que possuem a responsabilidade do cuidado e guarda de um cidadão da União e o seu direito de circular e residir juntamente com este.

Há dois tipos de casos que chegaram à Corte da União Europeia a respeito dos quais o Tribunal manifestou-se de modo ligeiramente diverso justamente em razão das questões fáticas divergirem em determinados pontos.

---

<sup>65</sup> União Europeia. Sítio Web Oficial da União Europeia, disponível em: [https://europa.eu/youreurope/citizens/family/children/parental-responsibility/index\\_pt.htm](https://europa.eu/youreurope/citizens/family/children/parental-responsibility/index_pt.htm), consulta realizada em 10/5/2019.

Os dois primeiros casos tratam de menores, nascidos no território da União, que adquiriram a nacionalidade de um Estado-Membro da União em razão deste nascimento, cujos ambos os progenitores são nacionais de Estados terceiros. As decisões tratam do direito de residência destes progenitores, em razão da paternidade e do cuidado necessário que estas crianças de tenra idade demandam e do direito destas crianças de terem consigo os progenitores, sob pena de serem afastadas ou dos pais ou do território do Estado-Membro de origem ou residência, a fim de acompanhar os seus progenitores no retorno ao país de origem deles ou qualquer outro lugar fora do território da União.

Os outros dois acórdãos são diferentes no sentido de que tratam de menores, cidadãos da União, nascidos em território de um Estado-Membro, e que adquiriram a nacionalidade deste Estado-Membro, sendo um de seus progenitores nacional de um Estado-Membro e o outro não, e ambos os progenitores não vivem em união familiar. As decisões tratam do direito desse progenitor nacional de país terceiro, não casado com o cidadão da União, de residir e permanecer junto do seu filho menor sob o qual assume a guarda e exerce o cuidado efetivo e quotidiano no território de um Estado-Membro.

A subdivisão deste capítulo tratará cada uma de um dos casos julgados pelo Tribunal de Justiça da União e tratam-se de narrativas que foram extraídas do texto do acórdão e das conclusões do Advogado-Geral de cada caso, logo, a referência bibliográfica do acórdão é feita ao início com a indicação do número do processo e data do julgamento, e, após, serão referidos os parágrafos da referida citação, porém todo o sub-capítulo trata dos textos das conclusões dos Advogados-Gerais e acórdãos indicados.

### 3.1. Acórdão Zhu e Chen

O processo<sup>66</sup> se refere ao caso de Catherine, irlandesa, e sua mãe, de nacionalidade chinesa, que requereram o direito de residência no Reino Unido. Catherine é filha de pais chineses, que nasceu na Irlanda do Norte e adquiriu a nacionalidade irlandesa por este fato, por força da lei daquele local, que, naquela época, atribuía a nacionalidade irlandesa à pessoa nascida naquele território. O pedido de autorização de residência de longa duração foi negado pelas autoridades britânicas pela razão de Catherine, de 8 meses de idade, não exercer qualquer direito decorrente do Tratado CE e de sua mãe não ser uma

---

<sup>66</sup> Processo C-200/02, acórdão de 19 de outubro de 2004.

pessoa com legitimidade para residir no Reino Unido, tudo nos termos da legislação nacional.

O Tribunal de Justiça garantiu o direito de Catherine, de tenra idade, invocar seus direitos de livre circulação e residência conferidos pelo Tratado, independentemente da sua idade, em razão de isto não depender da maioria da cidadã, pois a aptidão para ser titular de direitos não depende da capacidade jurídica de exercê-los por sua própria conta<sup>67</sup>. O Advogado-Geral ainda referiu nas suas conclusões que tal presunção iria contra as disposições expressas e contra o próprio espírito do Tratado<sup>68</sup>.

A menor justificou o seu pedido de residência no Reino Unido pelo fato de ser destinatária de serviços de puericultura, com base na Diretiva 73/148/CE<sup>69</sup>, o que não foi, porém, aceite pelo Tribunal de Justiça, uma vez que a jurisprudência vai contra tal possibilidade, pois é entendimento assente do Tribunal que a livre circulação de pessoas para a finalidade de ser destinatário de um serviço não serve para casos em que tal serviço é prestado por tempo indeterminado, como é o caso de Catherine. Assim, entendeu-se não ser possível fundamentação do pedido com base nesta Diretiva<sup>70</sup>.

O Tribunal reconheceu que, apesar de não poder ser aplicada nenhuma das disposições expressas nas Diretivas apontadas pelas requerentes, o art. 18º CE (atual art. 21º TFUE) deveria ser considerado como fundamento no presente caso, pois, prevê o direito de residir livremente nos Estados-Membros da União a qualquer cidadão desta, condição que é garantida a qualquer nacional de Estado-Membro, isso sem prejuízo de qualquer limitação e condição previstas no Tratado<sup>71</sup>.

Considerando que as requerentes não se enquadram em nenhuma das limitações e condições previstas no Tratado ou na Diretiva 90/364/CEE<sup>72</sup>, e que, muito pelo contrário,

---

<sup>67</sup> § 20, acórdão Zhu e Chen.

<sup>68</sup> § 47 das Conclusões do Advogado-Geral.

<sup>69</sup> Diretiva 73/148/CEE do Conselho, de 21 de Maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços.

<sup>70</sup> §§ 22 e 23 do acórdão Zhu e Chen.

<sup>71</sup> §§ 24 e 26 do acórdão Zhu e Chen.

<sup>72</sup> Diretiva de 28 de junho de 1990, do Conselho, relativa ao direito de residência, atualmente sem vigor, revogada pela Diretiva 2004/38/CEE, cujas limitações e restrições previstas eram as de que o cidadão beneficiário do direito de residência não deveria constituir uma sobrecarga não razoável às finanças públicas do Estado-Membro de acolhimento; a obrigação de disporem, para si próprios e para a sua família, de um seguro de doença que cubra todos os riscos no Estado-Membro de acolhimento e de recursos suficientes para

são titulares de seguro doença que cobre todos os riscos e recursos suficientes para evitar que se tornem durante a sua estadia no Estado de acolhimento uma sobrecarga para as finanças e a assistência social deste, de modo que não haveria qualquer óbice para a sua residência ser fixada naquele Estado-Membro<sup>73</sup>.

O Tribunal, ainda, não aceitou como legítima a exigência pelo governo britânico de que estes recursos suficientes devam necessariamente ser provenientes da menor, titular do direito de residência, e que esta, dependendo financeiramente de um terceiro, nacional de Estado terceiro, não poderia argüir que possui recursos suficientes para a sua estadia no Estado-Membro de acolhimento. Tal argumento não se sustentou pela simples interpretação literal da Diretiva 90/364/CEE, pois ela dispõe que o cidadão deve somente possuir recursos necessários, sem que haja qualquer referência acerca da sua proveniência ou titularidade. O TJ não entendeu ser proporcional tal exigência imposta pelo Estado-Membro, tendo também referido que a interpretação feita dos direitos oriundos dali não pode ser restritiva<sup>74</sup>.

Foi, então, respondido ao Tribunal de origem que o artigo 18º do Tratado CE (atual art. 21º TFUE), bem como a Diretiva 90/364/CEE, conferem, em circunstâncias como as do processo principal, ao nacional de um Estado-Membro, menor, de tenra idade, abrangido por um seguro doença adequado e a cargo de um dos progenitores, nacional de um Estado terceiro, cujos recursos são suficientes para evitar que esta se torne uma sobrecarga para as finanças públicas do Estado-Membro de acolhimento, o direito a residir por tempo indeterminado no território deste último.

E, a fim de responder a questão a respeito do direito da mãe de Catherine de circular e residir juntamente com a sua filha, uma vez que a menor está sob sua guarda e a seu cargo, o Tribunal primeiramente referiu que o eventual direito da mãe não poderia ser embasado na Diretiva 90/364, como ascendente “a seu cargo”, pelo motivo de a progenitora não estar a cargo da sua filha, e sim, o inverso, sendo a cidadã da União que se encontra a cargo da sua mãe, nacional de um Estado terceiro, situação não abrangida pela norma comunitária derivada<sup>75</sup>.

---

evitar que se tornem, durante a sua permanência, uma sobrecarga para a assistência social deste Estado-Membro, além dos casos de proteção da ordem pública, saúde pública e segurança pública.

<sup>73</sup> §§ 27 e 28 do acórdão Zhu e Chen.

<sup>74</sup> §§ 30-33 do acórdão Zhu e Chen.

<sup>75</sup> § 44 do acórdão Zhu e Chen.

Foi decidido, então, que recusar o direito de residência em um Estado-Membro à progenitora, nacional de um Estado terceiro, de uma criança de tenra idade, nacional de um Estado-Membro, que a tem sob sua guarda, e sendo essa criança titular das liberdades garantidas pelo Tratado, tal como a da liberdade de circulação e residência no território de outro Estado-Membro, privaria de qualquer efeito útil o direito de residência da menor. É claro que uma criança de tenra idade tem a necessidade de ser acompanhada pela pessoa que possui a sua guarda e proporciona o seu cuidado, e, para tanto, esta pessoa deve ter condições de residir com ela onde esta criança residir<sup>76</sup>.

E, tendo em consideração essas ponderações, o Tribunal respondeu à outra questão no sentido de que quando o art. 18º CE (atual art. 21º TFUE) e a Diretiva 90/364/CEE conferem um direito de residência de duração indeterminada em um Estado-Membro de acolhimento a um menor de tenra idade, nacional de Estado-Membro, titular de um seguro doença adequado e a cargo de um de seus progenitores, por sua vez nacional de um Estado terceiro, cujos recursos são suficientes de modo que o primeiro não se torne uma sobrecarga às finanças públicas do Estado-Membro de acolhimento, essas mesmas disposições permitem ao progenitor residir com este último no mesmo Estado-Membro de acolhimento<sup>77</sup>.

Percebe-se, então, que o Tribunal optou por conferir ao nacional de Estado terceiro, progenitor de um cidadão da União de tenra idade, direitos de livre circulação e residência derivados deste cidadão, mesmo sem previsão expressa no direito comunitário derivado, em razão da necessidade de cuidado que este menor requer, uma vez que não tem idade para ser independente. A fim de conferir a devida utilidade das previsões comunitárias, bem como da concretização das liberdades fundamentais tituladas por um cidadão da União, foi reconhecido o direito de nacionais de Estados terceiros circularem e residirem em um Estado-Membro de acolhimento, que o tenham sob o seu cuidado.

Na visão do Advogado-Geral, o direito de residência requerido à progenitora de Catherine, derivado do direito de circulação e residência da sua filha, deve ser confirmado pelo Tribunal, em razão de que, assim sendo, os interesses da menor estarão protegidos, bem como o respeito à unidade da vida familiar, e mais, porque a sua recusa destituiria de efeitos úteis o direito de residência conferido à menor pelo Tratado, pela razão óbvia de

---

<sup>76</sup> § 45 do acórdão Zhu e Chen.

<sup>77</sup> § 47 do acórdão Zhu e Chen.

que com tão tenra idade, a menor seria obrigada a deixar o território da União e seria privada de gozar destes direitos<sup>78</sup>.

Cabe ressaltar, ainda, que, apesar de tanto as requerentes como o Advogado-Geral nas suas conclusões, referirem a aplicação dos artigos 8º e 14º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH), o Tribunal de Justiça ao referir seus fundamentos não fez nenhuma menção aos referidos dispositivos.

Ainda foi referido pelo Advogado-Geral que anteriormente no acórdão Baumbast<sup>79</sup> já foi aludido que uma criança que possui o direito de residência em um Estado-Membro possibilita o direito de residência dos seus progenitores que possuam efetivamente a guarda desta, independentemente da sua nacionalidade, a fim de facilitar o exercício do referido direito. Neste acórdão, como se verá, as crianças que possuíam o direito de residência tinham idade escolar e frequentavam a escola no Estado-Membro de acolhimento, o mesmo raciocínio deveria ser feito para este caso, considerando a criança de tenra idade, uma vez que o que se busca proteger é o interesse do menor<sup>80</sup>.

Percebe-se que, neste caso, em que ambos os progenitores da pequena Catherine Zhu não são nacionais de qualquer Estado-Membro, foi permitido à sua progenitora, em razão de assegurar sua guarda e cuidado, o direito de residência em um Estado-Membro de acolhimento, direito este derivado do da sua filha, em razão da sua tenra idade, bem como considerando-se que qualquer medida de afastamento da mãe, teria como consequência o afastamento da menor do território da União e acarretaria na privação desta dos direitos conferidos a ela pelo direito comunitário.

### 3.2. Acórdão Zambrano

Zambrano<sup>81</sup> é nacional colombiano que, munido de visto, entrou no território belga no ano de 1999 e lá requereu asilo, tendo a sua mulher feito o mesmo um ano depois. Ambos os pedidos foram negados e foi expedida uma ordem de expulsão com cláusula de não expulsão para a Colômbia, em razão da situação de guerra civil vivida no país naquele momento. Após demonstrar os esforços empreendidos na tentativa de integração da

---

<sup>78</sup> § 90 do acórdão Zhu e Chen.

<sup>79</sup> Processo n. C-413/99, acórdão de 17 de setembro de 2002, será tratado no item 3 deste Capítulo.

<sup>80</sup> § 91 do acórdão Zhu e Chen.

<sup>81</sup> Processo C-34/09, acórdão de 08 de março de 2011.

sociedade belga, tendo aprendido a língua e inscrito o seu filho, também colombiano, no jardim-escola, diante da impossibilidade de retornar ao seu país, Zambrano requereu a regularização da sua situação perante as autoridades belgas e teve seu pedido e o recurso julgados improcedentes.

Neste período, Zambrano celebrou contrato de trabalho por tempo indeterminado e a tempo integral com uma empresa, com efeitos desde outubro de 2001. Dois anos depois nasceu o segundo filho do casal, em território belga, adquirindo assim, a nacionalidade belga. À data do nascimento deste filho, Zambrano possuía condições de sustento da família em razão do trabalho desenvolvido. Após mais dois anos, em 2005, nasceu a terceira filha do casal, também de nacionalidade belga.

Neste ano Zambrano foi declarado em situação de desemprego, por ter sido despedido por causa da sua situação irregular. Apresentou pedido de subsídio desemprego, uma vez que recolhia os referidos valores para a assistência social belga durante o período que trabalhou, porém seus pedidos e recursos foram negados pela mesma razão.

O casal requereu a regularização da sua situação perante o governo belga, bem como autorização de residência, já agora embasada nestes novos fatos do nascimento de seus dois filhos belgas, na impossibilidade de expulsão destes do território de sua nacionalidade e nos direitos derivados que os progenitores teriam. Os pedidos e os recursos apresentados foram negados, e juntamente com a situação da recusa do subsídio desemprego, o caso chegou à análise do TJUE.

A Advogada-Geral lembrou que no acórdão Carpenter<sup>82</sup>, o TJUE reconheceu o direito fundamental à vida familiar como fazendo parte dos princípios gerais do direito da União, e a fim de chegar nesta conclusão, este Tribunal baseou-se na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH). Referiu também que o

---

<sup>82</sup> Acórdão C-60/00, de 17 de julho de 2002, segundo palavras próprias do acórdão, o Tribunal entendeu que a decisão de expulsão da Sra. Carpenter feria o direito à vida familiar protegida pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que faz parte dos direitos fundamentais, que segundo a jurisprudência constante do TJUE, reafirmada no Ato Único Europeu, são protegidos na ordem jurídica comunitária. A decisão de expulsão não respeitou um justo equilíbrio entre os interesses em questão, quais sejam, o direito ao respeito à vida familiar dos Carpenters e a defesa da ordem e da segurança pública, e o que se concluiu é que, apesar de a Sra. Carpenter não ter atendido à ordem de sair do Reino Unido quando expirou o seu visto de estada, para além disso o seu comportamento naquele país nunca excedeu os limites legais, sempre lá viveu de forma pacífica sem nunca configurar um perigo à comunidade. Além disso, o seu casamento é legítimo e demonstra a veracidade da sua vida familiar e sua imprescindibilidade no seio daquela família, uma vez que efetivamente ajuda muito da educação dos dois filhos de seu cônjuge, frutos de uma relação anterior.

Tribunal já decidiu em outro caso que, apesar de o direito ao respeito à vida familiar não gozar de proteção absoluta, em alguns casos a conduta de excluir uma pessoa do país onde vivem os seus familiares pode constituir uma ingerência do Estado. Deve-se atender ao exame da proporcionalidade da medida levando-se em consideração o respeito à vida familiar e a necessidade social imperiosa da expulsão do familiar em questão<sup>83</sup>.

A Advogada-Geral entendeu que a ordem de expulsão, bem como a reiterada negativa por parte do governo belga em conceder a autorização de residência a Zambrano e sua mulher constituiria uma potencial violação ao direito fundamental de seus filhos à vida familiar e à proteção de seus direitos como crianças, e, da mesma forma, do direito equivalente de Zambrano à vida familiar como seu progenitor. A insistência nessa posição das autoridades belgas poderia provocar a expulsão dos progenitores e, em conseqüência, a expulsão de ambos os filhos cidadãos da União que seriam afastados da sociedade, cultura e meio em que nasceram, se integraram e sempre viveram<sup>84</sup>.

O Tribunal, entretanto, entendeu que, já tendo declarado diversas vezes que o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros, o art. 20º TFUE obsta medidas nacionais que tenham o efeito de privar os cidadãos do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União. Essa recusa da permanência de um nacional de Estado terceiro, no território do Estado-Membro, onde residem seus filhos de tenra idade, nacionais deste mesmo Estado-Membro, e que tem sob sua responsabilidade a guarda destes, tem esse efeito de privação<sup>85</sup>.

A recusa de concessão desse direito de residência aos progenitores, bem como a recusa de atribuir a estes autorização de trabalho, no território do Estado-Membro em que residem terá o efeito de expulsar essas crianças, cidadãs da União, de tenra idade, do território do seu país de origem, bem como do território da União como um todo, onde ficarão privadas de exercerem os direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadãos da União<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> §§ 54-55, acórdão Zambrano.

<sup>84</sup> §§ 62-63, acórdão Zambrano.

<sup>85</sup> §§ 41-42, acórdão Zambrano.

<sup>86</sup> § 43, acórdão Zambrano.



### 3.3. Acórdão Baumbast e R.

O acórdão<sup>87</sup> trata de dois casos distintos, um refere-se à família Baumbast, composta de um nacional alemão casado com uma nacional colombiana e duas crianças, uma sendo filha exclusiva da mulher, cuja nacionalidade também é colombiana, e a outra é filha do casal, possuindo tanto a nacionalidade colombiana como a alemã. A família foi residir no Reino Unido em razão de o progenitor ter conseguido emprego neste país. Após alguns anos de trabalho e residência neste Estado-Membro, o progenitor perdeu o emprego e, não tendo conseguido outro naquele país, empregou-se em uma empresa alemã com atividades na China e no Lesoto.

A família possui uma casa no Reino Unido, as filhas freqüentam a escola da localidade onde vivem, não se beneficiam de prestações sociais britânicas e dispõe de seguro de doença completo na Alemanha, para onde viajam com alguma freqüência para consultas médicas e outros cuidados. Ao apresentarem o pedido de renovação da autorização de residência por tempo indeterminado para a família, este foi negado.

Em sede de recurso foi concedido às suas filhas direito autônomo de residência por estarem inscritas na escola, por força do Regulamento 1612/68<sup>88</sup>, e também à esposa, a fim de possibilitar a estadia das filhas no território, enquanto gozassem desse direito. O recurso do Sr. Baumbast, entretanto, foi negado. Este apresentou recurso contra tal negativa, tendo as autoridades britânicas também apresentado recurso em relação à concessão da renovação do direito de residência às filhas e a progenitora.

O outro caso se refere a R., nacional americana, que foi casada com cidadão francês, e, na constância do casamento, a família (o casal e dois filhos, ambos os filhos de nacionalidade norte-americana e francesa) mudou-se para o Reino Unido, em razão da atividade laboral do progenitor, onde se instalaram e dispuseram de 5 anos de autorização de permanência. O casal divorciou-se e a progenitora manteve sua situação regular, assumindo a guarda dos filhos, que mantinham contato regular com o pai, o qual dividia com a mãe a responsabilidade afetiva e financeira na educação dos filhos e continuava a exercer atividade laboral no Estado-Membro de acolhimento.

---

<sup>87</sup> Processo C-413/99, acórdão de 17 de setembro de 2002.

<sup>88</sup> Dispõe, entre outras coisas, que os Estados-Membros devem encorajar as iniciativas que permitam aos filhos freqüentar o ensino no Estado-Membro de acolhimento nas melhores condições.

R. comprou uma casa e criou uma agência de arquitetura de interiores, onde investiu quantias consideráveis de dinheiro, e casou-se novamente, com um nacional britânico, alguns anos depois. Antes, entretanto, quando apresentou pedido para renovação da autorização de permanência por tempo indeterminado em seu nome e no de seus filhos, este foi somente concedido em relação aos seus filhos na condição de familiares de um cidadão de Estado-Membro que exerce atividade remunerada naquele território e negado em relação a si, em razão de o órgão competente não estar convencido de que a situação da família fosse excepcional a ponto de justificar o exercício do seu poder discricionário, pois, na sua opinião, as crianças eram suficientemente jovens para se adaptarem à vida nos Estados Unidos, caso tivessem que acompanhar a mãe.

Assim como à esposa e às filhas de Baumbast foram deferidos os pedidos de autorização de residência antes do julgamento do processo, o mesmo sucedeu com R, muito provavelmente em razão do seu novo casamento, porém o TJUE enfrentou as questões propostas mesmo assim, por que referiu que mesmo que as situações propostas tenham sido resolvidas à luz do direito nacional britânico, estas devem ser analisadas da mesma forma sob o prisma do direito comunitário<sup>89</sup>.

Ambos os casos têm em comum o fato de os progenitores, nacionais de Estados terceiros ou mesmo sendo nacional de Estado-Membro – como é o caso de Baumbast -, baseiam, primeiramente, o seu direito de residir no Reino Unido no direito dos filhos de continuarem a frequentar o ensino geral naquele território, com fundamento no Regulamento 1612/68<sup>90</sup>, já referido, e, após, com base no direito de livre circulação dos cidadãos europeus e o direito ao respeito à vida familiar.

O Tribunal entendeu que não conceder aos filhos de cidadãos que exerceram seu direito de circular e residir em outro Estado-Membro, como trabalhadores, o direito de residência de forma autônoma, após o progenitor já não exercer mais esse direito, poderia dissuadi-los de exercer esse direito<sup>91</sup>. E mais, não conceder o direito de residência à progenitora, nacional de um Estado terceiro, que se divorciou do progenitor, cidadão da

---

<sup>89</sup> § 36, acórdão Baumbast.

<sup>90</sup> Artigo 12o Os filhos de um nacional de um Estado-membro que esteja ou tenha estado empregado no território de outro Estado-membro, são admitidos nos cursos de ensino geral, de aprendizagem e de formação profissional nas mesmas condições que os nacionais deste Estado, desde que residam no seu território. Os Estados-membros encorajarão as iniciativas que permitam a esses filhos seguir os cursos acima referidos nas melhores condições.

<sup>91</sup> §§ 51 e 52, acórdão Baumbast.

União, afastando-a da vida e da guarda dos filhos, durante a escolaridade destes, também poderia ser capaz de cerceá-los do gozo dos direitos conferidos pelo legislador comunitário<sup>92</sup>.

Foi elucidada a necessidade de se interpretar o Regulamento n. 1612/68 à luz do direito fundamental à proteção da vida familiar, previsto no artigo 8º da CEDH, e reconhecido pelo direito comunitário, bem como pela jurisprudência deste Tribunal. E, com base nisso, deve-se assegurar aos menores titulares deste direito de residência para estudos, a companhia do progenitor responsável pelo seu cuidado, guarda e sustento, como é o caso dos requerentes<sup>93</sup>.

A negativa do direito de residência aos progenitores poria em causa esse direito, além do mais, a nacionalidade dos progenitores, bem como o fato de um deles já não mais exercer atividade laboral no território do Estado-Membro de acolhimento é irrelevante para o caso, asseverou o TJUE<sup>94</sup>.

Foi ressaltado que, como dito inicialmente, os requerentes não constituíam sobrecarga não razoável para as finanças públicas do Estado de acolhimento e a decisão do órgão de reenvio deveria atender ao princípio da proporcionalidade, isto é, que as medidas nacionais adotadas nesta matéria deveriam ser adequadas e necessárias para atingir o fim desejado. Nessas condições, foi decidido que seria desproporcional não conceder a renovação do direito de residência aos requerentes do processo<sup>95</sup>.

A resposta, ao final, se deu no sentido de que as crianças dispõem desse direito de residência para o fim de continuarem seus estudos no Estado-Membro de acolhimento. Aos progenitores que asseguram a guarda destes filhos deve ser garantida a renovação do direito de residência para permitir o acompanhamento destes e facilitar o exercício desse direito. Já em relação ao Sr. Baumbast foi garantido um direito de residência com base na aplicação direta do art. 18º, n. 1, CE (atual artigo 21ª, n 1, TFUE).

---

<sup>92</sup> § 71, acórdão Baumbast.

<sup>93</sup> § 72, acórdão Baumbast.

<sup>94</sup> § 73, acórdão Baumbast.

<sup>95</sup> §§ 88 e 89, acórdão Baumbast.

### 3.4. Acórdão Chavez-Vilchez

Esta decisão<sup>96</sup> refere-se a oito litígios que opõe as autoridades competentes neerlandesas e oito nacionais de Estados terceiros, todas progenitoras de um ou mais filhos menores de nacionalidade neerlandesas, do quais têm a guarda efetiva e diária, que obtiveram negativa no pedido de concessão de prestações de assistência social em razão de não possuírem autorização de residência nos Países Baixos<sup>97</sup>. Cabe referir que nenhuma das progenitoras vive em família com o outro progenitor, havendo alguns casos em que o paradeiro deste é desconhecido, todas as crianças, entretanto, tiveram sua paternidade reconhecida.

Enquanto aguardavam a resposta do pedido de concessão das autorizações de residência, algumas das requerentes encontravam-se em situação regular perante o Estado em que residiam e outras estavam em situação irregular, não havia, entretanto, nenhuma medida de expulsão emitida<sup>98</sup>.

Quanto à situação fática de cada um dos litígios, em relação à frequência do contato dos pais com os filhos, estes variam desde inexistentes até frequentes; em três dos casos, os pais contribuem de alguma forma para o sustento, nos outros cinco não há qualquer contribuição; em dois dos casos os pais compartilham a guarda dos filhos, nos demais é somente a mãe que assume a sua guarda; em quatro (metade) dos casos as crianças residem com as mães em centros de acolhimento; em dois casos foram concedidas autorização de residência durante o curso dos processos, inclusive com autorização para o trabalho, que estão a exercer; de todos os casos, somente em um deles, a mãe e o menor exerceram o direito de livre circulação, tendo residido por um tempo na Alemanha e depois retornado ao país de origem.

Essas situações foram analisadas pelo TJUE em razão de que a concessão das autorizações de residência ocorreu posteriormente aos períodos a que os pedidos de prestações em causa do processo principal se referem<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Processo C-133/15, acórdão de 10 de maio de 2017.

<sup>97</sup> § 43, acórdão Chavez-Vilchez.

<sup>98</sup> § 30, acórdão Chavez-Vilchez.

<sup>99</sup> § 51, acórdão Chavez-Vilchez.

A discussão se deu em torno do artigo 20º TFUE, em razão da condição de cidadão da União dos filhos das requerentes, com fundamento nos acórdãos Zambrano e Dereci<sup>100</sup>, de que a não concessão do direito de residência às progenitoras acarretaria na perda do efeito útil dos direitos titulados pelos cidadãos da União, porque, exercem o cuidado diário e a guarda efetiva de seus filhos e se verão obrigadas a sair do território da União por conta dessa recusa e, conseqüentemente, levar os seus filhos consigo.

Em contrapartida, alegou-se que os referidos acórdãos deveriam ser interpretados de forma restritiva, uma vez que devem levar em consideração a possibilidade e a capacidade de o outro genitor assegurar a guarda dos filhos, já que este também é nacional e residente do Estado-Membro de origem da criança. Caberia, assim, ao progenitor nacional do Estado terceiro demonstrar de forma convincente, através de critérios objetivos, que aquele não é capaz de assegurar a guarda do(s) filho(s).

O acórdão, primeiramente, distinguiu a situação de H. C. Chavez-Vilchez em relação aos demais porque este foi o único que, juntamente com a sua mãe, exerceu seu direito de livre circulação conferido pelo Tratado e pela Diretiva 2004/38, tendo residido por um período de tempo na Alemanha e depois retornado ao seu país de origem. Porém, como o menor e a sua mãe já retornaram ao país da nacionalidade deste, não é possível que esta Diretiva garanta à sua progenitora o direito derivado de entrada e residência neste país. A avaliação deveria ser feita através de uma interpretação analógica da Diretiva relativamente aos requisitos de residência do cidadão da União em outro Estado-Membro que não o seu de origem (os requisitos impostos quando do retorno ao seu Estado-Membro não deveriam ser mais estritos do que os previstos na Diretiva), visto que é o cidadão da União a pessoa de referência para que um nacional de país terceiro, seu familiar, possa requerer o direito derivado de residir neste Estado-Membro<sup>101</sup>.

Determinou, assim, que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio avaliar o preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 5º, 6º e 7º, entre os demais, da Diretiva 2004/38, durante o tempo a que o indeferimento dos benefícios se refere, o que faz crer que H. C. Chavez-Vilchez poderia invocar o direito de residência derivado com fundamento no

---

<sup>100</sup> Processo C-34/09, acórdão de 08 de março de 2011 e Processo C-256/11, acórdão de 15 de novembro de 2011, respectivamente.

<sup>101</sup> §§ 50-55, acórdão Chavez-Vilchez.

art. 21º TFUE, bem como na Diretiva 2004/38. Se assim não for o entendimento, a situação do menor e da sua mãe deverá, então, ser analisada à luz do art. 20º TFUE<sup>102</sup>.

Após, o Tribunal seguiu com a análise dos outros casos, onde não houve a circulação dos cidadãos da União em territórios de outros Estados-Membros, que não o seu de origem.

O que está em discussão nesse processo é o fato de a legislação nacional neerlandesa interpretar anteriores decisões do TJUE sobre a matéria de forma restritiva, entendendo que, caso o outro progenitor, nacional de um Estado-Membro, possa assegurar a guarda efetiva e quotidiana do menor, mesmo que esta esteja sob a responsabilidade da mãe nacional de Estado-terceiro, o direito de residência desta poderá ser negado tendo em vista que desse modo o menor não será obrigado a abandonar o território da União no seu todo para acompanhar sua mãe e também não será privado do gozo efetivo do essencial dos direitos que o estatuto de cidadão da União lhe confere.

A legislação nacional referida reconhece que em determinadas situações o progenitor está de fato e preliminarmente impossibilitado de exercer a guarda efetiva e quotidiana de seus filhos, como é o caso do progenitor falecido, ou quando seu paradeiro é desconhecido, quando está detido, internado ou hospitalizado para algum tratamento de longa duração. Ainda, quando, segundo fontes objetivas, como uma declaração da polícia ou de um serviço de apoio à juventude, este progenitor é incapaz de assumir a guarda do filho e, por último, também fica impossibilitado quando tal situação for determinada por órgão judicial que estabeleceu a guarda do filho para o outro genitor<sup>103</sup>.

O TJUE salientou, contudo, que o fato de o progenitor cidadão da União ser capaz de assegurar a guarda quotidiana do menor não quer dizer necessariamente que é suficiente para entender como inexistente a relação de dependência entre este e o outro progenitor, nacional de país terceiro. Essa conclusão da capacidade do outro genitor e da existência ou não da relação de dependência deve ser um corolário da avaliação do interesse superior da criança em causa e de outras circunstâncias específicas deste menor, como a sua idade, seu desenvolvimento físico e emocional, o grau da sua relação afetiva com ambos os

---

<sup>102</sup> §§ 56-57, acórdão Chavez-Vilchez.

<sup>103</sup> § 67, acórdão Chavez-Vilchez.

progenitores, bem como o risco que a separação dele de seu progenitor nacional de país terceiro acarretaria para o seu equilíbrio<sup>104</sup>.

É essa situação de dependência entre o menor cidadão da União, de tenra idade, e seu progenitor nacional de país terceiro que determina se a recusa ao pedido de residência acarretará no abandono do território da União por parte deste menor. É, portanto, esse risco que deve ser avaliado em cada situação concreta, a fim de determinar se a recusa o privará do gozo efetivo do essencial dos direitos que lhe são conferidos pelo art. 20º TFUE.

Assim, determinou-se que se deve aferir, em cada caso, qual é o progenitor que assume a guarda efetiva do menor e se existe uma relação de dependência efetiva entre este e o progenitor nacional de país terceiro. Essa avaliação deve levar em consideração o direito ao respeito da vida familiar como enunciado no art. 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>105</sup>, devendo este ser lido em conjunto com a obrigação de tomar em consideração o interesse superior do menor, também reconhecido nesta mesma Carta (art. 24º, nº 2<sup>106</sup>)<sup>107</sup>.

Esse acórdão é emblemático por que o Tribunal de Justiça adota claramente posição no sentido de se ter que considerar a eventual capacidade do progenitor cidadão da União para assumir a guarda efetiva e quotidiana do menor de tenra idade, bem como o dever de se demonstrar a relação de dependência entre este e seu progenitor nacional de Estado terceiro, que o tem sob seu cuidado efetivo. Isto tendo-se em consideração, ainda, o superior interesse do menor e de todas as circunstâncias específicas do caso, nomeadamente da sua idade, seu desenvolvimento físico e emocional, o grau da sua relação afetiva tanto com seu progenitor cidadão da União como com o nacional de um país terceiro e do risco que a separação deste último acarretaria para o equilíbrio do menor.

E não somente isto, a decisão do TJUE dispôs que o direito da União não se opõe que seja imposto ao progenitor nacional de país terceiro, requerente do direito de residência derivado do art. 20º TFUE, o ônus de apresentar os elementos suficientes para avaliar se uma decisão que recusa esse direito de residência priva o filho menor do gozo

---

<sup>104</sup> § 71, acórdão Chavez-Vilchez

<sup>105</sup> Artigo 7º: todas as pessoas têm o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

<sup>106</sup> Artigo 24 (...)

2. *Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.*

<sup>107</sup> § 70, acórdão Chavez-Vilchez.

efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da União, obrigando-o a abandonar o território da União juntamente com a mãe. E determinou que cabe às autoridades nacionais competentes proceder, considerando todos os elementos demonstrados, às investigações necessárias a fim de avaliar à luz das circunstâncias específicas já mencionadas, se a decisão de recusa do direito de residência provocaria a consequência do abandono do território por parte do menor juntamente com sua progenitora<sup>108</sup>.

O Advogado-Geral chamou a atenção que, neste caso, o Tribunal de Justiça teria a oportunidade de se debruçar sobre o princípio do interesse superior da criança de forma mais evidente do que o feito no acórdão Zambrano. E, ainda, reiterou que este princípio é um dos que impregnam a ordem jurídica da União e, por isso, merece a devida atenção do Tribunal<sup>109</sup>, ocorre, entretanto, que não foi o que ocorreu, infelizmente, porque em que pese o TJUE ter referido o superior da criança, não o fez minuciosamente.

Quando se referiu a respeito do princípio da proporcionalidade e ao grau de dependência existente entre o progenitor nacional de país terceiro e a criança, cidadã da União, o Advogado-Geral considerou que nessa análise estão envolvidos diversos interesses, designadamente, os interesses nacionais em matéria de imigração, os direitos dos cidadãos da União, o interesse superior da criança bem como os direitos reconhecidos no ordenamento jurídico nacional em matéria de direito de família, como é o caso da discussão relativa à guarda de filhos menores<sup>110</sup>. Assim, essa análise da observância do princípio da proporcionalidade deve levar em consideração necessariamente todos esses elementos enumerados, e sublinhou o Advogado-Geral que considera como mais importante, o grau de dependência existente entre o progenitor nacional de Estado terceiro e o filho cidadão da União. E, para tanto, deve-se ter conhecimento sobre quem é efetivamente o responsável pelo “encargo legal, financeiro ou afetivo”, é essa relação de dependência que, ao final, determinará a necessidade ou não de este cidadão da União, de tenra idade, de ter de se afastar do território do seu Estado de nascimento e, por consequência, do território da União, a fim de se manter com a sua mãe, caso seja ela a responsável efetivamente por esse cuidado<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> § 78, acórdão Chavez-Vilchez.

<sup>109</sup> §§ 42-47 e 100, conclusões do Advogado-Geral no acórdão Chavez-Vilchez.

<sup>110</sup> § 96 das conclusões do Advogado-Geral no acórdão Chavez-Vilchez.

<sup>111</sup> § 98 das conclusões do Advogado-Geral no acórdão Chavez-Vilchez.



Nas suas conclusões, ainda, foi referido que o órgão jurisdicional de reenvio deveria levar em conta, ao ponderar todos os elementos envolvidos, os direitos fundamentais dos envolvidos, nomeadamente, o direito ao respeito à vida familiar, devendo este ser interpretado em consonância com o dever de considerar o interesse superior da criança<sup>112</sup>.

Outra referência interessante feita pelo Advogado-Geral foi em relação ao fundamento da recusa do direito de residência dada pelas autoridades competentes neerlandesas ao afirmarem que “não foi provado que o pai, cidadão neerlandês, não pudesse assumir integralmente a guarda do filho” que esta seria o mesmo que afirmar “que também não foi demonstrado que o mesmo pudesse assumir a guarda da criança”, ou seja, essa presunção, segundo ele, não poderia ser automática, e não seria proporcional recusar o direito de residência da mãe, nacional de um Estado terceiro, unicamente baseada nesta afirmação<sup>113</sup>.

Em relação às questões de direito de família, no que diz respeito à guarda dos filhos, que é uma competência do ordenamento jurídico interno, o Advogado-Geral sustentou que cabe às autoridades nacionais reconhecerem, observando os princípios da proporcionalidade e do superior interesse da criança, a guarda da criança ao progenitor mais capaz de assegurá-la. E, sendo assim, defende que é de responsabilidade das autoridades nacionais competentes averiguarem officiosamente qual o progenitor pode ou não assegurar a guarda da criança, com a devida observância de todas as circunstâncias do caso concreto, bem como dos princípios da proporcionalidade e do superior interesse da criança<sup>114</sup>.

#### **4. Análise das decisões**

Expostas as decisões exaradas, nos debruçaremos agora a respeito do seu conteúdo, bem como, em algumas conclusões interessantes ou pertinentes dos Advogados-Gerais nos respectivos casos, a fim de avaliarmos suas fundamentações e o embasamento utilizado.

---

<sup>112</sup> § 100 das conclusões do Advogado-Geral no acórdão Chavez-Vilchez.

<sup>113</sup> § 101 das conclusões do Advogado-Geral no acórdão Chavez-Vilchez.

<sup>114</sup> §§ 111 e 113 das conclusões do Advogado-Geral no acórdão Chavez-Vilchez.

#### 4.1. Direito derivado de residência

O direito de entrar e residir no território de um determinado Estado-Membro é um corolário do direito à livre circulação, estão intimamente ligados, pois a entrada e a residência em outro Estado-Membro representam a materialização do direito de circular livremente<sup>115</sup>. Assim, quando da evolução dos conceitos e da abrangência desses direitos observou-se também a criação de direitos derivados a pessoas não cidadãs da União, como forma de garantir a efetividade dos direitos e liberdades conferidos aos cidadãos.

Essa designação de direitos “derivados” foi mesmo reconhecida e utilizada pelo Tribunal de Justiça nestes julgados selecionados e em outros, a fim de referir os direitos atribuídos a determinadas pessoas, que não são as destinatárias principais do direito da União, ou seja, são destinatárias secundárias que, se não fosse sua relação com o principal, não seriam abrangidos pelo direito da União.

Garantir, neste contexto, aos membros da família de um indivíduo que exerce o seu direito de livre circulação e residência, independentemente da sua nacionalidade, os mesmos direitos de circular e residir livremente com este cidadão é uma medida que se impõe a fim de garantir o exercício desse mesmo direito e da efetivação do mercado comum e do sentimento de União, pois não fazê-lo significa condenar esses objetivos ao fracasso<sup>116</sup>.

Nos acórdãos apresentados, o Tribunal baseou-se na interpretação clássica do direito europeu a respeito do conceito de “efeito útil” significando dizer que um direito necessariamente implica outros direitos, isso quer dizer que o cidadão da União, titular de direitos desta cidadania, possui, por exemplo, o direito de liberdade de circulação e residência em outro Estado-Membro, supondo que esse seja o direito “principal”, implicará outros direitos, como é o caso dos direitos derivados aos seus familiares nacionais de Estados terceiros de o acompanharem<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Soares, António Goucha. A livre circulação de pessoas na Europa Comunitárias: alargamento jurisprudencial do conceito. Lisboa: Ed. Fragmentos, 1990. p. 37.

<sup>116</sup> Barrett, Gavin. Family matters: European Community law and third-country family members. *In Common Market Law Review*, Vol. 40, N. 02: Abril/2003. p. 10.

<sup>117</sup> Carlier, Jean-Yves. “Case C-200/02 Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department, judgment of the Court of Justice (Full Court) of 19 october 2004”. *In Common Market Law Review*, vol. 42, 2005. p. 1125.

A concessão desses direitos derivados de residência aos progenitores nacionais de Estados terceiros teve como fundamento o direito primário da União, nomeadamente a cidadania da União e seus direitos associados, representados pelos artigos 20º e 21º TFUE.

Conforme se observa no acórdão Zhu e Chen, por exemplo, em que se conferiu o direito de residência da mãe chinesa da cidadã da União de tenra idade, em razão de esta ser sua *cuidadora principal* (“*primary carer*”), que exerce seu cuidado e guarda quotidiana, como um direito corolário do artigo 21º TFUE (antigo art. 18º CE)<sup>118</sup>. O mesmo se deu no acórdão Baumbast, o fundamento apresentado baseou-se no direito de livre circulação e residência, isso porque em ambos os casos foi exercido o direito de livre circulação pelos cidadãos da União e então esse direito de residência foi conferido a fim de possibilitar ao cidadão menor o exercício dos seus direitos de cidadania da União.

Deve-se ressaltar que a decisão em Zhu e Chen teve reconhecidamente como inspiração a do processo Baumbast, o Tribunal de Justiça aplicou o entendimento relativo ao Regulamento n. 1612/68 *mutatis mutandi* às circunstâncias deste caso<sup>119</sup>, conferindo à mãe um direito de residência no Estado-Membro de origem da sua filha, baseado no direito desta de lá residir, a fim de que ela não fosse obrigada a abandonar o território da União, caso à sua mãe não fosse autorizada a permanecer. Foi inclusive referido pelo Advogado-Geral que “o direito da progenitora de lá residir era incindivelmente conexo com o da filha”<sup>120</sup>.

Neste aspecto, no acórdão Baumbast o TJUE considerou que, primeiramente, o direito de circular e residir dos filhos baseava-se no direito ao acesso à educação e na continuação desta, mesmo quando a situação de trabalhador do progenitor no Estado-Membro de acolhimento estabelecido no Regulamento 1612/68 era perdida (direito este que garantiu inicialmente a circulação da família), e posteriormente, os direitos desses filhos transformaram-se em direitos de circular e residir oriundos do direito primário da União, ou seja, dos Tratados, do seu estatuto próprio<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> Berneri, Chiara. Protection of families composed by EU citizens and Thrid-country Nationals: some suggestions to tackle reverse discriminations. *In European Journal os Migration and Law*, vol. 16 (2014), p. 252.

<sup>119</sup> §§ 45-46, acórdão Zhu Chen ref. Capítulo 3, n. 1.

<sup>120</sup> § 99, Conclusões do Advogado-Geral Antonio Tizzano, processo Zhu Chen, ref. Capítulo 3, n. 1.

<sup>121</sup> Martin, Denis. Comments on D’Hoop (Case C-224/98 of 11 july 2002), Grabner (Case C-294/00 of 11 july 2002), MRAX (Case C-459/99 of 25 july 2002) and Baumbast (Case C-413/99 of 17 september 2002). *In European Journal of Migration and Law* 5 – 2003. p. 160.

Essa situação corrobora para o raciocínio anterior, pois esses filhos possuíam o direito derivado de acesso e continuação dos estudos em razão da situação de trabalhador do pai. Posteriormente foi reconhecido o direito próprio destes de manterem sua residência no Estado-Membro de acolhimento em razão do seguimento dos seus estudos, o que gerou para sua progenitora, nacional de um Estado terceiro e responsável pelo cuidado das filhas, o direito derivado de residência a fim de acompanhá-las e permitir que a continuidade dos estudos se realizasse, considerando-se que, se tal não fosse reconhecido, elas teriam que se retirar daquele Estado-Membro a fim de acompanhar seus progenitores.

O Estado-Membro em questão conferiu à progenitora nacional de país terceiro, antes da decisão do TJUE, o direito de residência derivado a fim de residir juntamente com as filhas e não conferiu tal direito ao progenitor, que era nacional de um Estado-Membro, logo, cidadão da União. O Tribunal é que garantiu esse direito a ele, mas já não de forma derivada, e sim de forma autônoma, por ser ele também portador do estatuto de cidadão da União, exercendo seu direito conferido pelo Tratado.

Isso porque é entendido que o artigo 21º TFUE<sup>122</sup> (antigo artigo 18º CE) que prevê o direito de livre circulação e residência no território dos Estados-Membros é o primeiro dos direitos subjacentes à cidadania da União, um direito primário e inseparável desta. De forma que, possuindo efeito direto, que obriga os órgãos e instituições da União a respeitarem os direitos dos cidadãos da União, bem como evita que se estabeleçam obstáculos que afetem o núcleo essencial desse direito<sup>123</sup>, pode servir também como base para outros direitos derivados deste.

O efeito direto deste artigo, entretanto não foi sempre reconhecido pelo TJUE, foi com o acórdão Baumbast que o Tribunal enunciou que o estatuto de cidadão da União, quando foi inserido no Tratado, passou a reconhecer a todos os cidadãos um direito de circular e residir livremente no território dos Estados-Membros, sem exigir que fosse

---

<sup>122</sup> Artigo 21.o (ex-artigo 18.o TCE)

1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação.

UNIÃO EUROPEIA. Sítio web Oficial da União Europeia, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>, pesquisa realizada em 20/6/2019.

<sup>123</sup> Nas conclusões do Advogado-Geral L. A. Geelhoed, do processo Baumbast ao realizar um resumo a respeito do então entendimento sobre o alcance do art. 18, CE, defendendo o efeito direto deste, ainda não reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União, nos §§ 51 e 52, disponível em [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46493&pageIndex=0&doclang=PT&mode=\\_lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8691201](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46493&pageIndex=0&doclang=PT&mode=_lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8691201).

exercido uma atividade profissional assalariada, para gozar dos direitos previstos na Parte II do Tratado CE, relativa à cidadania. Declarou que Baumbast tinha o direito de residir em outro Estado-Membro com fundamento no seu próprio estatuto de cidadão da União, e assim, poderia invocar o art. 21º, n. 1, TFUE<sup>124</sup>.

É claro que o alcance dessa norma não é ilimitado, a condição de não se tornar um fardo excessivo ao Estado-Membro de acolhimento permanece vigente, bem como dispor de um seguro doença completo. O TJUE referiu esta situação aduzindo que a família Baumbast possuía recursos suficientes para si e estava coberta por um seguro saúde, bem como não havia se utilizado do serviço de segurança social do Estado-Membro de acolhimento, o que estava em consonância com o direito da União, os seus princípios gerais, em especial o da proporcionalidade para a concessão do direito de residência<sup>125</sup>.

Em ambos os acórdãos, portanto, foi garantido o direito de residência com fundamento no direito de livre circulação e residência conferido a todos os cidadãos da União, considerando que estes preenchiam as condições previstas para tanto. O TJUE reconheceu que algumas condições eram as extraídas da Diretiva 2004/38, que apesar de não ter cabimento direto, uma vez que os pais que assumem o cuidado diário e efetivo dos filhos não são considerados “membros da família” pela Diretiva. Assim, aplicação dessas condições, em casos em que houve a livre circulação, deve ser feita por analogia daquelas previstas na Diretiva, não podendo ser mais restritivas.

Já nos casos em que não foi exercido o direito de livre circulação e residência por parte do cidadão da União, o Tribunal de Justiça tem entendido que o eventual direito derivado deste nacional de país terceiro seria oriundo do art. 20º, TFUE, do estatuto de cidadão da União, uma vez que garantir a residência deste que assegura a guarda efetiva e quotidiana do menor no território do Estado-Membro de sua nacionalidade é assegurar a permanência deste cidadão no território da União e permitir que goze de todos os direitos associados a esse estatuto.

Em relação ao artigo 20º TFUE, o acórdão Zambrano foi o primeiro em que o Tribunal manifestou-se acerca da aplicação do direito da União, baseado nos direitos

---

<sup>124</sup> Henriques, Miguel Gorjão. *Direito da União*. Coimbra: Ed. Almedina, 2019. 9ª edição. p. 554.

<sup>125</sup> Martin, Denis. Comments on D’Hoop (Case C-224/98 of 11 July 2002), Grabner (Case C-294/00 of 11 July 2002), MRAX (Case C-459/99 of 25 July 2002) and Baumbast (Case C-413/99 of 17 September 2002). *In European Journal of Migration and Law* 5: 2003. p. 161.

oriundos da cidadania, em casos nos quais não tenha havido qualquer movimento transfronteiriço, ou seja, determinou que os Estados-Membros concedessem o direito de residência no seu território a um nacional de Estado terceiro, quando a negativa privasse o seu filho, cidadão da União, do gozo efetivo dos direitos provenientes deste estatuto, interferindo no direito interno daquele Estado sem que este cidadão tenha exercido seu direito de circulação. Entendia-se até então que para os cidadãos “estáticos”, que não haviam exercido seu direito de circulação, que havia uma desconsideração por parte do seu Estado-Membro<sup>126</sup>.

E mais, a fim de estabelecer a origem no direito da União destes direitos derivados, entendeu-se que o art. 20º TFUE<sup>127</sup> (antigo artigo 17º CE), que institui a cidadania da União, seria ferido caso assim não fosse, pois esse direito derivado de residência dos progenitores nacionais de Estado terceiro é proveniente daí e recusá-lo seria ignorar o efeito útil da cidadania da União. Na prática, essa recusa acarretaria na obrigação do cidadão da União de acompanhar seu progenitor ao Estado de que é nacional, fora do território da União, privando o cidadão do gozo efetivo dos direitos que lhe são conferidos por ter este estatuto. Assim, qualquer limitação ao gozo destes direitos está compreendida pelo domínio de aplicação do direito da União, não sendo possível ser considerada como uma situação puramente interna do Estado-Membro, como foi reconhecido no acórdão Zhu e Chen<sup>128</sup>.

A Advogada-Geral, no caso Zambrano, defendeu que tal também deveria ser reconhecido neste caso, aludindo o entendimento do acórdão Rottmann<sup>129</sup>, isso porque, neste julgado, o Tribunal considerou que, após a naturalização alemã deste, não foi exercido o direito de circulação ou residência e, mesmo assim, foi abrangido no âmbito de

---

<sup>126</sup> Espino García, Soraya. La Protección del Estatuto de ciudadanía de la Unión em la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): a propósito de los asuntos *Rendón Marin* (C-165/14), *Chavez-Vilchez* (C-133/15) e *Toufik Lounes* (C-165/16). In Revista de Derecho UNED, num. 23, 2018. p. 741.

<sup>127</sup> Artigo 20.o (ex-artigo 17.o TCE)

1. É instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui.

2. Os cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos nos Tratados. Assistem-lhes, nomeadamente:

a) O direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros; (...).

UNIÃO EUROPEIA. Sítio web Oficial da União Europeia, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>, pesquisa realizada em 20/6/2019.

<sup>128</sup> § 25. Acórdão referido no Capítulo 3, n. 1.

<sup>129</sup> Acórdão C-135/08, de 02 de março de 2010.

aplicação do direito comunitário, por que a perda dessa naturalização acarretaria sem dúvida alguma numa *situação suscetível de implicar a perda do estatuto da cidadania da União e dos seus direitos correspondentes* e, sendo assim, pela sua própria natureza e conseqüências, deveria ser abrangido por ele<sup>130</sup>.

Tal raciocínio é correto na medida em que corrobora o entendimento de que esse gozo dos direitos advindos da cidadania da União, conferidos pelo Tratado, não pode ser de forma alguma limitado pelas normas e situações internas de algum Estado-Membro, pois tal condenaria qualquer prática de discriminação inversa, caso ainda tivesse cabimento no direito comunitário<sup>131</sup>.

Isto é, os direitos advindos da cidadania da União somente podem ser limitados por normas previstas nos Tratados ou no direito da União secundário, mas não por normas nacionais dos Estados-Membros que possam vir a prejudicar o gozo dos direitos oriundos da cidadania. Essas limitações devem atentar que a aplicação de condições e entraves devem ser praticadas em vigilância aos princípios gerais de direito e da proporcionalidade<sup>132</sup>.

No acórdão Zambrano, o Tribunal esclareceu que o art. 20º TFUE tem o poder de impedir a aplicação de medidas nacionais que tenham o efeito de privar cidadãos da União do gozo efetivo do essencial dos direitos que lhes são conferidos em razão deste seu estatuto. O Tribunal é também claro ao declarar que este “poder” do artigo 20º TFUE não é absoluto e pode ser limitado em situações excepcionais, caso em que este cidadão poderá ser obrigado a abandonar o território não só do Estado-Membro de que é nacional como o território da União no seu todo, se não for reconhecido o direito de residência derivado do seu progenitor<sup>133</sup>.

Essa fórmula, primeiramente apresentada no acórdão Zambrano do “gozo efetivo do essencial dos direitos inerentes ao estatuto de cidadão da União Europeia” tem um propósito básico e prático, significam duas proibições essenciais: (1) os cidadãos da EU não serão expulsos do território da União Europeia; e (2) os cidadãos da EU não serão

---

<sup>130</sup> Advogada-Geral Eleanor Sharpston, acórdão Zambrano, ref. Capítulo 3, n. 2.

<sup>131</sup> Ramos, Rui Manoel Moura. *Les Nouveaux Aspects de la Libre Circulation des Personnes. Vers Une Citoyenneté Européenne*. In *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXVIII. Coimbra, 1992. p. 45

<sup>132</sup> §94 Acórdão Baumbast, Capítulo 3, n. 3.

<sup>133</sup> Neuvonen, Päivi Johanna. “EU Citizenship and its ‘very specific’ essence: Rendón Marin and CS” in *Common Market Law Review*, Vol. 54, n. 4, August/2017. p. 1208-1209.

afetados, direta ou indiretamente, por decisões adotadas por autoridades nacionais que equivaleriam à efetiva expulsão do território da União para estes cidadãos. A primeira proibição refere-se especificamente ao direito de residir. Todo cidadão da União tem o direito de residir no território da União, sendo este direito adicional ao daquele decorrente da cidadania nacional e a proteção de expulsão do território do seu Estado-Membro de nacionalidade. A segunda refere-se à quantidade de direitos de cidadania existentes no seu âmbito de proteção, que é indefinido, pois o TJUE não lista exaustivamente os direitos decorrentes desta, opta, em vez disso, pela fórmula que se refere ao essencial dos direitos de cidadania a fim de salvaguardar o modo de usufruir dos direitos definidos como “efetivo”<sup>134</sup>.

Ainda, no acórdão Zambrano, o Tribunal reconheceu também que o direito da União se opõe a que um Estado-Membro, primeiramente, recuse o direito de permanência de um nacional de Estado terceiro no Estado-Membro de residência de seus filhos, cidadãos da União, e que os têm a seu cargo, e após, recuse o direito deste progenitor de lhe ser concedido uma autorização de trabalho, uma vez que tal decisão poderia privar os filhos do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto da cidadania da União e, em consequência, poderia obrigar estes cidadãos de tenra idade a abandonarem o território da União a fim de acompanhar seus progenitores<sup>135</sup>.

Por razões óbvias é que essa autorização de trabalho é tão importante como o próprio direito de residir, pois, para que essas pessoas possam assegurar sua subsistência e viver com um mínimo de dignidade, deve ser concedido o direito de exercer uma atividade econômica, a fim de que possam auferir algum salário, sustentar a família e ser independentes de qualquer ajuda estatal. Caso contrário, poderiam ser obrigados a deixar o território da União a fim de se deslocarem para outro local em que pudessem exercer alguma atividade econômica e prover o seu sustento.

Foi, ainda, determinado que o direito derivado de residência não será concedido, no caso de nacionais de países terceiros que têm a cargo um cidadão da União de tenra idade, se for o caso de esta recusa não resultar na saída deste do território da União,

---

<sup>134</sup> Raucea, Chiara. The substance of citizenship: is it rights all the way down? In Netherlands Journal of Legal Philosophy. p. 69. Disponível em: [http://www.njlp.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2018/1/NJLP\\_2213-0713\\_2018\\_047\\_001\\_005.pdf](http://www.njlp.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2018/1/NJLP_2213-0713_2018_047_001_005.pdf), consultado em 08 de julho de 2019.

<sup>135</sup> Henriques, Miguel Gorjão. Direito da União. Coimbra: Ed. Almedina, 2019. 9ª edição. p. 559.



conforme já decidido no acórdão Dereci e o. (processo C-256/11)<sup>136</sup> e há pouco tempo, com desenvolvimento diverso, no acórdão Chavez-Vilchez<sup>137</sup>.

Neste caso Chavez-Vilchez, o governo neerlandês sustentava que o simples fato de um progenitor ter a guarda efetiva e quotidiana do filho não permitiria concluir necessariamente que este filho, cidadão da União, seria obrigado a deixar o território desta caso fosse negado à sua progenitora o direito de residência. Isso porque, como vimos, neste caso, um dos progenitores é cidadão da União, porém não é o progenitor que possui a guarda efetiva e quotidiana do(s) filho(s), e daí então a necessidade de se discutir o quanto isso influi no direito derivado dos progenitoras nacionais de Estados terceiros de residirem no território da União, por que é um fator importante de se considerar a presença do outro progenitor no território, este outro que poderia assumir a guarda da(s) criança(s)<sup>138</sup>.

Em suma, resta-nos claro que o direito derivado de circulação e residência dos nacionais de países terceiros que têm a cargo um cidadão da União menor de tenra idade baseia-se nos direitos deste cidadão oriundos do estatuto de cidadania da União. Estes nacionais de países terceiros atraem a aplicação do direito da União e têm este direito garantido ou não conforme resulte da análise do caso concreto se tal medida é capaz de privar seus filhos cidadãos da União do gozo efetivo do essencial dos direitos que lhe são conferidos pelo artigo 20º TFUE ou não.

Admite-se, entretanto, a recusa deste direito derivado, caso esta negativa não implique necessariamente na saída dos cidadãos do território da União<sup>139</sup>, não se tratando de um direito automático destes progenitores, como se viu no julgamento do acórdão Chavez-Vilchez.

#### 4.2. Direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Outro argumento bastante ostentado pelos requerentes nos casos analisados, e também em outros relativos a esta matéria, é o da defesa e atenção do direito de proteção à

---

<sup>136</sup> Henriques, Miguel Gorjão. Direito da União. Coimbra: Ed. Almedina, 2019. 9ª edição. p. 559.

<sup>137</sup> § 52 daquele acórdão, onde, inclusive, foram referidos diversos outros acórdão de onde essa afirmação se derivou.

<sup>138</sup> § 66. Acórdão ref. Capítulo 3, n. 4.

<sup>139</sup> Henriques, Miguel Gorjão. Direito da União. Coimbra: Ed. Almedina, 2019. 9ª edição. p. 559.

vida familiar deste menor cidadão da União, bem como o do superior interesse da criança, ambos previstos na Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

A CEDH, de 1950, tem os Estados-Membros como signatários e, após o Tratado de Lisboa, em que houve a previsão de adesão por parte da UE, esta passaria a ser também signatária, logo, não só os Estados-Membros, mas também a própria União de forma autônoma também deveria respeitar os direitos protegidos pela Convenção e passaria a estar sujeita ao crivo de avaliação do TEDH, uma entidade jurídica externa à União, no que se refere à atenção aos direitos fundamentais<sup>140</sup>. A União, porém, não aderiu formalmente à Convenção e não faz parte dos signatários, em razão também de um antigo parecer do Tribunal de Justiça da União entender que há incompatibilidades e o projeto de Acordo de Adesão é suscetível de afetar negativamente as especificidades e a autonomia do direito da União Europeia<sup>141</sup>.

O Tratado de Lisboa previu a adesão da União à CEDH, no seu artigo 6º, n. 2, a fim de resolver o problema da base jurídica idônea que possibilita tal adesão, porém esta não foi formalizada em razão da incoerência de alguns fatores importantes para tanto, como, somente a título de exemplo, a necessidade de unanimidade dos Estados-Membros da União, bem como dos Estados Partes Contratantes da CEDH no acordo de adesão, entre outros problemas de ordem jurídica. Apesar de ainda haver discussão a respeito da adesão formal ou não da União à Convenção<sup>142</sup>, essa não é o objeto de discussão deste trabalho, razão pela qual se segue adiante na discussão.

Enquanto não há a adesão da União à CEDH, esta não é direito da União, significando dizer que não pode ser invocada como norma da União pelos particulares no ordenamento jurídico interno e, assim, também não poderá ser sobreposta a normas nacionais a ela contrárias. Pode, por outro lado, servir como fonte de inspiração de princípios gerais de direito da União e de outros direitos, e, por serem considerados direitos

---

<sup>140</sup> Moreira, Vital. “Respublica” Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 170.

<sup>141</sup> Parlamento Europeu - Fichas temáticas sobre a União Europeia: Proteção dos Direitos Fundamentais na EU. Sítio web disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/146/ptecao-dos-direitos-fundamentais-na-ue>, pesquisa realizada em 08 de junho de 2019.

<sup>142</sup> Parlamento Europeu - Fichas temáticas sobre a União Europeia: Proteção dos Direitos Fundamentais na EU. Sítio web disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/146/ptecao-dos-direitos-fundamentais-na-ue>, pesquisa realizada em 08 de junho de 2019.

fundamentais, parte integrante dos princípios gerais do direito, tem seu respeito assegurado pelo Tribunal de Justiça<sup>143</sup>.

O TJUE já vinha, através da jurisprudência, sustentando que os direitos fundamentais deviam ser respeitados porque eram parte integrante dos princípios gerais do direito comunitário, aceitando os direitos fundamentais previstos na Convenção, bem como os direitos decorrentes das “tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”, na medida em que valiam, na ordem jurídica interna da União, apenas como princípios gerais do direito comunitário europeu, cabendo ao Tribunal de Justiça sua fiscalização e concretização<sup>144</sup>.

Com o intuito de positivar o compromisso da União na proteção e observância dos direitos fundamentais, através de mecanismo de fiscalização interno através do Tribunal de Justiça da União, foi elaborada uma Carta de Direitos Fundamentais da União (CDFUE), no ano 2000, à qual, em 2007, foi conferida força de direito primário, leia-se, com força vinculativa, que entrou em vigor em 2009<sup>145</sup>.

A Carta vincula a União e estipula os direitos que devem ser considerados na aplicação do direito da União por esta e pelos seus Estados-Membros obrigatoriamente. E mais, tem como função proteger os cidadãos e residentes contra os atos políticos, legislativos e administrativos da própria União<sup>146</sup>. Agora, o Tribunal de Justiça também deve obrigatoriamente considerar o rol de direitos fundamentais positivados igualmente quando avaliados juntamente com outros direitos de outra ordem.

E, para o objetivo deste trabalho, analisaremos somente dois dos direitos previstos e protegidos tanto pela CEDH como pela CDFUE, e que foram ambas referidas pelo Tribunal de Justiça da União, apenas para contextualizar suas previsões foi feito esses breves apontamentos, para então seguirmos à análise dos direitos referidos.

Nesse aspecto, somente a título de curiosidade vale a referência de que a CEDH está quase totalmente repetida na Carta, pois a Convenção foi declaradamente uma das

---

<sup>143</sup> Pais, Sofia Oliveira. Estudos de Direito da União Europeia. 4ª Coimbra: Ed. Almedina, 2018. p. 180.

<sup>144</sup> Pais, Sofia Oliveira. Estudos de Direito da União Europeia. 4ª Coimbra: Ed. Almedina, 2018. p. 152-153

<sup>145</sup> Moreira, Vital. “Respublica” Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 174.

<sup>146</sup> Moreira, Vital. “Respublica” Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 174-175

fontes<sup>147</sup>, se não a principal, para a criação da Carta, por isso, percebe-se a semelhança dos textos na proteção dos direitos abaixo transcritos.

Para os dois direitos que serão aqui analisados tanto a CEDH como a Carta têm igual previsão, por isso, nos julgamentos vistos, em razão somente da data das decisões, se utiliza um e/ou outro como fonte destes direitos. Os direitos previstos igualmente em ambos os instrumentos devem ter o mesmo sentido e alcance, sem prejuízo de uma maior proteção conferida pelo direito da União<sup>148</sup>.

Enfim, considerando-se que em matéria de direitos fundamentais há diversidade de fontes, cabe referir que a Carta determina uma *cláusula de correspondência*, que significa que se houver correspondência de direitos garantidos na Carta e na CEDH, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção, o que denota que os direitos desta são considerados *standards mínimos de proteção* dos direitos fundamentais<sup>149</sup>.

#### 4.2.1. Direito à proteção da vida familiar

O direito à proteção à vida familiar é um direito fundamental reconhecido pelo direito da União<sup>150</sup> e está também previsto na CEDH e na Carta<sup>151</sup>, devendo o Tribunal de Justiça considerá-lo ao proferir suas decisões respeitantes aos direitos individuais dos cidadãos da União e seus familiares, como visto anteriormente. O art. 8º, n. 1, da Convenção prevê que “*qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência*”, bem como o art. 7º da Carta, prevê igualmente “*todas as pessoas tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações*”.

---

<sup>147</sup> Pais, Sofia Oliveira. Estudos de Direito da União Europeia. 4ª edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2018. p. 163.

<sup>148</sup> Pais, Sofia Oliveira. Estudos de Direito da União Europeia. 4ª edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2018. p. 179.

<sup>149</sup> Pais, Sofia Oliveira. Estudos de Direito da União Europeia. 4ª edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2018. p. 163.

<sup>150</sup> Pocar, Fausto; Ilaria Viarengo. Diritto Comunitario del Lavoro. Milão: CEDAM Ed. 2001. 2ª edição. p. 119.

<sup>151</sup> Artigos 8º, n. 1, da CEDH; e 7º da CDFUE.

No acórdão Baumbast<sup>152</sup>, o Tribunal decidiu em concordância com a sua jurisprudência e fez referência à necessidade de se interpretar o Regulamento 1612/68 à luz da exigência do respeito à vida familiar previsto no art. 8º da CEDH, que é um direito fundamental reconhecido pelo direito comunitário.

Não garantir aos cidadãos da União o direito à proteção da vida familiar, nestes casos representado pela garantia da presença de seus progenitores no território do Estado-Membro de acolhimento, quando ainda possuem idade em que é necessário o cuidado, e a própria lei estabelece o dever de guarda a um dos ou ambos os progenitores, é ferir este direito garantido pelo artigo 8º, nº 1, da CEDH<sup>153</sup>, não havendo a necessidade de referir, ainda, que também fere os próprios objetivos dos Tratados da União, pois impossibilitaria sua persecução impedindo que cidadãos da União permaneçam no território de um Estado-Membro, sendo obrigados a retirarem-se por não disporem os seus familiares que os têm à cargo de autorização de residência.

O Tribunal de Justiça, nestes casos analisados, não costuma se manifestar a respeito desse direito, porém é muito suscitado pelos requerentes e também pelos Advogados-Gerais, nas suas conclusões, que frequentemente o sinalam a fim de interpretar determinada norma, como é o caso, por exemplo, dos acórdãos Baumbast e Zambrano.

No primeiro acórdão, o Advogado-Geral apesar de salientar que o art. 8º da CEDH não significa num direito automático ao reagrupamento familiar, este deve ser considerado em casos como este, em que constitui um obstáculo desproporcionado à vida familiar e conceder o direito de residência ao progenitor que possui a guarda dos filhos menores estaria de acordo com o proposto pela Convenção, apesar de o Tribunal de Justiça não ter a obrigação de pronunciar-se sobre isso<sup>154</sup>.

Já no caso do segundo acórdão, a Advogada-Geral fez referência à anterior jurisprudência do Tribunal de Justiça no caso Carpenter<sup>155</sup>, onde foi utilizada como fundamentação o direito à proteção à vida familiar como princípio geral da União Europeia, extraído da CEDH, aplicável à família nuclear, que era o caso de ambos os

---

<sup>152</sup> § 72. Acórdão ref. Capítulo 3, n. 3.

<sup>153</sup> Martin, Denis. Comments on D'Hoop (Case C-224/98 of 11 July 2002), Grabner (Case C-294/00 of 11 July 2002), MRAX (Case C-459/99 of 25 July 2002) and Baumbast (Case C-413/99 of 17 September 2002). *In* European Journal of Migration and Law 5: 2003. p. 161.

<sup>154</sup> § 93. Acórdão ref. Capítulo 3, n. 3.

<sup>155</sup> Processo C-60/02, de 11 de julho de 2002.

processos analisados. Acrescentou que o Tribunal de Justiça já desenvolveu a sua linha de raciocínio ao decidir essas questões, que são, entre outras: permite que o familiar, não cidadão, seja titular da ação proposta, não exige de que este familiar seja um residente legal, avalia se ele constitui um perigo para a ordem pública ou segurança pública o que configuraria numa razão legítima para expulsá-lo<sup>156</sup>. A Advogada-Geral sustentou que a decisão de não conceder o direito de residência à Zambrano constituiria num potencial violação ao direito fundamental dos seus filhos à vida familiar.

Nas conclusões da Advogada-Geral do acórdão Zambrano, foi feita uma linha de raciocínio que o Tribunal de Justiça teria desenvolvido a fim de conceder proteção à vida familiar, quais sejam, (1) a não exigência de que o demandante da ação seja o cidadão da União, podendo ser o membro da sua família, nacional de Estado terceiro; (2) o direito fundamental pode ser invocado mesmo que o membro da família contra quem tenha sido expedida ordem de expulsão não seja residente legal no território; (3) avaliação se o membro da família constitui um perigo para a ordem pública ou a segurança pública; e, (4) somente é aceita a justificação baseada no abuso de direitos, no caso de o Estado-Membro poder demonstrar claramente a má-fé do demandante<sup>157</sup>.

Ao final faz uma observação em relação à impossibilidade de, neste caso, invocação do direito fundamental à proteção da vida familiar como direito autónomo, independentemente de qualquer outro nexos com o direito da União Europeia, tanto por um nacional de Estado terceiro como por um cidadão da União, seja no território do seu Estado-Membro de origem, seja no de qualquer outro Estado-Membro. Atualmente tal direito encontra-se consagrado no direito da União Europeia, como direito primário, porém na data dos fatos ainda não estava, como se verá no tópico específico<sup>158</sup>.

Como visto, a jurisprudência é clara ao referir que este direito não tem aplicação direta, isto é, não garante por si só o direito de entrada e residência desses nacionais de países terceiros. Assim, deve ser utilizado em consonância com os demais direitos em causa.

No acórdão Chavez-Vilchez, entretanto, o Tribunal manifestou-se expressamente no sentido de que se deveria analisar primeiramente o risco de cada menor ser obrigado a

---

<sup>156</sup> § 54. Acórdão ref. Capítulo 3, n. 2.

<sup>157</sup> §§ 56-60, acórdão Zambrano.

<sup>158</sup> § 61, acórdão Zambrano.

abandonar o território da União, a fim de se comprovar a privação efetiva do essencial dos direitos que lhe são conferidos pelo artigo 20º TFUE, se o progenitor nacional do país terceiro não tivesse aceito seu pedido de residência, e se determinar qual progenitor assume a guarda efetiva do menor e o grau da dependência entre ambos na sua relação. Ao realizar essa análise, deve-se considerar o respeito à vida familiar, nos termos do artigo 7º da CDFUE, bem como não se deve olvidar do interesse superior do menor, também reconhecido pela Carta, no artigo 24, nº 2<sup>159</sup>.

Neste caso, poderia ser sustentado que o direito à vida familiar corresponderia ao direito de a criança conviver com ambos os progenitores no seu país de origem, podendo ter uma relação e contato direto com ambos, sem se levar em conta os seus estatutos de cidadãos da União. Poderia se dizer que esta alternativa talvez fosse a que mais abrangesse este direito, porém restou ausente das discussões e nas razões do Tribunal<sup>160</sup>. Este somente referiu o direito à vida familiar quando determinou que o tribunal nacional ao analisar as circunstâncias de cada caso concreto deverá tomar em conta o direito à proteção da vida familiar<sup>161</sup>.

Percebe-se que este direito não possui protagonismo nas decisões exaradas pelo Tribunal de Justiça, porém é importante referi-lo em razão de se tratar de direitos fundamentais é referido nas decisões com referência à importância de levá-lo em consideração nesta matéria. Em relação às conclusões dos Advogados-Gerais tal direito é mais frequentemente referenciado, mesmo que brevemente.

#### 4.2.2. Interesse superior da criança

O princípio do superior interesse da criança é um dos que impregnam a ordem jurídica da União, consta no art. 3º, nº 1, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, adotada em Nova Iorque, em 20 de novembro de 1989, e foi ratificada por todos os Estados-Membros, que dispõe que todas as decisões acerca de crianças, seja por instituições públicas ou privadas, deverão ter primordialmente em consideração o interesse superior destas. O Tribunal de Justiça já referiu anteriormente que

---

<sup>159</sup> § 70. Acórdão ref. Capítulo 3, n. 4.

<sup>160</sup> Staiano, Fulvia. “Derivative residence rights for parents of Union citizen children under article 20 TFEU: Chavez-Vichez”. *In Common Market Law Review*, 2018. Vol. 55, n. 1. p. 233.

<sup>161</sup> § 70. Acórdão Chavez Vilchez.

esta Convenção vincula todos os Estados-Membros e que este texto deve ser levado em conta quando da aplicação dos princípios gerais do Direito da União Europeia<sup>162</sup>.

Ainda, o artigo 24, n. 2, da Carta prevê “*todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança*”, fica claro a obrigatoriedade que os Estados-Membros têm, bem como o Tribunal de Justiça da União de levar em consideração o interesse superior da criança em todas as decisões que envolvam o seu bem-estar e a sua vida no geral.

Novamente aqui os acórdãos não costumam embasar suas decisões com base no princípio do superior interesse da criança, como bem se observou dos julgados analisados, porém, em todos os casos houve sempre referência, em maior e menor grau, pelos Advogados-Gerais responsáveis por estes casos, assinalando a importância da observância desse princípio na avaliação dos casos apresentados.

Foi no acórdão Chavez-Vilchez que tanto o Tribunal quanto, já aguardado, o Advogado-Geral, dedicaram mais tempo para esse primado do interesse superior da criança. O Tribunal decidiu que é razoável que se considere que o outro progenitor, cidadão da União, seja apto para exercer o cuidado efetivo e cotidiano do filho menor, porém, em atenção ao superior interesse da criança, deve-se antes verificar muitas outras circunstâncias, que serão exploradas no próximo tópico, a fim de que se verifique o risco que a separação do menor de seu progenitor acarretaria para o equilíbrio desse menor<sup>163</sup>.

Já o Advogado-Geral, inicia por referir que tal primado é um dos princípios que impregnam a ordem jurídica da União, referiu vários instrumentos jurídicos internacionais e comunitários em que tal princípio é consagrado, a fim de salientar a importância da sua observância e, a fim de que seja feita a análise da proporcionalidade das medidas era imperioso levar em consideração os aspectos da relação do menor com seu progenitor nacional de Estado terceiro, a fim de não acarretar a ele grande dano ou mesmo que seja, ao fim, obrigado a deixar o território da União<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Conclusões do Advogado-Geral no acórdão Chavez-Vilchez (C-133/15, de 10 de maio de 2017), apresentadas em 08 de setembro de 2016.

<sup>163</sup> § 71, acórdão ref. Capítulo 3, n. 4.

<sup>164</sup> § 42, acórdão ref. Capítulo 3, n. 4.



Recorda-se que a permissão da separação de progenitores e filhos quando não se comprova a relação de dependência suficiente entre ambos, como exposto no acórdão Chavez-Vilchez, poderia ser considerada uma desatenção ao princípio do superior interesse da criança uma vez que esta deveria ser a última medida a ser tomada, conforme o previsto na Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas e CEDH, dos quais a UE não é signatária, como já referido, essa fontes de direito internacional, entretanto, constituem importantes referências para a aplicação e interpretação do direito da União<sup>165</sup>.

Nesse contexto é assinalado que a obrigação de o Estado garantir a devida proteção e cuidado à criança, em atenção ao seu bem-estar, segundo as Convenções referidas, o cuidado emocional é uma necessidade básica da criança, e este cuidado deve ser proporcionado à criança no percurso do tempo, a fim de que proporcione à criança um ambiente estável. O TEDH já se manifestou sobre questão similar e decidiu que separar os progenitores dos filhos não atendia ao princípio do superior interesse destes, e, mais, quando o progenitor em questão era o *cuidador principal* deste não se deveria questionar a possibilidade de este ser expulso daquele território para o bem da criança<sup>166</sup>.

Logo, não é difícil perceber que, na maior parte dos casos, é mais benéfico para criança a presença constante e direta de ambos os progenitores no seu desenvolvimento e não somente de um deles, simplesmente porque um deles não possui a nacionalidade de um Estado-Membro. Essa é uma questão que deve ser submetida ao TJUE diretamente, a fim de que se manifeste sobre a questão, já que ainda não foi instado diretamente sobre isto.

Entende-se que, da mesma forma que o direito à proteção da vida familiar, o primado do superior interesse do menor é levado em consideração na interpretação das normas, de forma mais periférica na fundamentação das decisões, porém de forma importante e necessária, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais em análise.

---

<sup>165</sup> Staiano, Fulvia. “Derivative residence rights for parents of Union citizen children under article 20 TFEU: Chavez-Vichez”. In *Common Market Law Review*, 2018. Vol. 55, n. 1. p. 234.

<sup>166</sup> Staiano, Fulvia. “Derivative residence rights for parents of Union citizen children under article 20 TFEU: Chavez-Vichez”. In *Common Market Law Review*, 2018. Vol. 55, n. 1. p. 235.

#### 4.3. Da aferição da necessidade do cuidado pelo “cuidador principal”

Dos acórdãos abordados neste trabalho, o último deles é certamente o mais curioso e interessante a respeito da concessão ou não do direito de residência derivado aos progenitores de menores cidadãos da União de tenra idade. Isso porque, além de ser o mais recente deles, foi aí que o Tribunal de Justiça manifestou-se de forma mais minuciosa acerca dos critérios a serem adotados para o fim de determinar a efetiva necessidade desses menores da presença de ambos os progenitores no território da União ou se somente a presença de um deles, bastaria.

O TJUE inovou neste tema de guarda de menores no acórdão Chavez-Vilchez, isto é, nas razões utilizadas para explicar que é a relação de dependência entre o cidadão da União e o nacional de Estado terceiro, a quem foi negado o direito de residência, que pode desvirtuar o efeito útil da cidadania da União, dado que é esta dependência que levaria o cidadão a deixar o território da União de que é nacional, bem como o da União, como um todo, em virtude da decisão de recusa<sup>167</sup>.

Para tanto definiu alguns critérios que devem ser considerados a fim de se determinar se a presença do progenitor nacional de Estado terceiro é mesmo necessária no território daquele Estado-Membro para o bom desenvolvimento e criação do menor. Os critérios utilizados são o de averiguar quem é o *cuidador principal* da criança.

Esse progenitor que cuida da criança é aquele que exerce efetivamente a guarda da criança, aquele que está no seu dia a dia a despender seu tempo para o seu cuidado e manutenção, mesmo nas tarefas mais habituais, tendo um papel relevante no seu desenvolvimento físico e psicológico, possibilitando que este ocorra da melhor forma possível, promovendo a continuidade e a estabilidade na realidade da criança.

O direito norte-americano utiliza-se da doutrina do *primary caretaker* a fim de ajudar o juiz a determinar qual o progenitor mais apto para ficar com a guarda e o cuidado diário dos filhos, em ações de divórcio, promovendo e protegendo o desenvolvimento do laço mais forte entre criança e progenitor. Visa, também, estimular o maior engajamento de

---

<sup>167</sup> Espino García, Soraya. La Protección del Estatuto de ciudadanía de la Unión em la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): a propósito de los asuntos *Rendón Marin* (C-165/14), *Chavez-Vilchez* (C-133/15) e *Toufik Lounes* (C-165/16). In *Revista de Derecho UNED*, num. 23, 2018. p. 757.

ambos os pais na educação e no dia a dia dos filhos para o fim de que, em caso de eventual disputa pela guarda, ambos estejam “bem cotados” para a atribuição da guarda da criança<sup>168</sup>. Os parâmetros referidos são similares aos utilizados pelo Tribunal de Justiça, em que se tenta quantificar ou determinar o grau de dependência no cuidado entre progenitor e filho.

É importante referir que ao estipular os critérios para averiguação de quem assume a guarda efetiva da criança e a existência de relação de dependência efetiva entre o progenitor nacional do Estado terceiro e o filho menor cidadão da União, devendo-se considerar o respeito à vida familiar e o superior interesse da criança.

O Tribunal considerou que é razoável que se analise a circunstância de o outro progenitor, cidadão da União, estar apto ou não para exercer a guarda da criança, porém admitiu que tal aferição somente não basta para concluir que os menores não precisam, para o seu melhor desenvolvimento, da presença do outro progenitor consigo. Deve-se verificar se há entre o menor, cidadão da União, e seu progenitor nacional de país terceiro, uma relação tal de dependência e conexão, que este seria levado a abandonar o território da União caso não fosse concedido ao seu progenitor um direito de residência<sup>169</sup>.

Para isso, deve-se considerar as circunstâncias do caso concreto, nomeadamente, a idade da criança, seu desenvolvimento físico e emocional, o grau da sua relação afetiva com ambos os progenitores e o risco que causaria a separação destes para o equilíbrio do menor, o que deixa claro a atenção necessária imposta pelo Tribunal do superior interesse da criança em exame.

Percebe-se, assim, que essa teoria de se estabelecer alguém que exerça o cuidado da criança não é totalmente divorciada da que tem como objetivo o superior interesse da criança, na verdade, ousaríamos dizer que a utilização deste critério do *cuidador principal* é um dos meios que se pode utilizar para se chegar ao fim, que é justamente o superior interesse da criança. Os parâmetros utilizados para determinar a decisão que melhor contemplará o superior interesse da criança podem passar justamente pela análise dos parâmetros estabelecidos pela teoria do *cuidador principal*.

---

<sup>168</sup> Crippen, Gary (1990). Stumbling beyond best interests of the child: reexamining child custody standard-setting in the Wake of Minnesota’s Four Year Experiment with the Primary Caretaker Preference. *Minnesota Law Review*, 1354. Vol. 75:427. p. 442.

<sup>169</sup> § 71. Acórdão Chavez-Vilchez ref. Capítulo 3, n. 4.

Há que se referir que o Tribunal confirmou anteriormente, no acórdão Baumbast<sup>170</sup>, que o progenitor responsável pelo cuidado da criança, independentemente da sua nacionalidade, tem o direito de acompanhar e residir com seus filhos, no Estado-Membro de acolhimento. Naquele caso foi embasado no direito das filhas de terminarem seus estudos naquele Estado, não obstante seu pai cidadão da União já não exercer atividade profissional neste Estado-Membro ou também mesmo que os pais tenham se divorciado e o progenitor responsável pela guarda dos filhos ser um nacional de Estado terceiro.

O direito de residência derivado deste progenitor nacional de Estado terceiro, que exerce a guarda e o cuidado cotidiano dos filhos, deve ser garantido nesse caso, em razão de que, caso seja negado, privaria os filhos de exercerem o seu direito de freqüentarem e terminarem o ensino naquele país, pois considerando que é este progenitor que exerce sua guarda, ele, ao retirar-se do território da União, teria de levar consigo os filhos, privando-os, assim, do gozo de seus direitos. A decisão proferida pelo Tribunal não deveria se dar de outra forma, pois era um corolário necessário garantido pelo direito comunitário aos filhos cidadãos da União<sup>171</sup>.

Nos demais acórdãos também foi concedido o direito derivado de residência ao progenitor que tinha sob sua responsabilidade a guarda da criança, a fim de que ela pudesse gozar dos direitos advindos da cidadania da União. O que difere, entretanto, esses julgados deste último, do acórdão Chavez-Vilchez<sup>172</sup>, é justamente os critérios para a aferição da necessidade da presença do progenitor no território do Estado-Membro, que até então não havia sido objeto de posicionamento do Tribunal de Justiça.

#### 4.3.1. Critérios para aferição

Considerando que o Tribunal de Justiça deve aferir a necessidade da presença do progenitor nacional de país terceiro juntamente com o filho menor, foi determinado que primeiramente o Estado-Membro ao avaliar os critérios referidos, deveria fazê-lo em atenção ao superior da criança, atentando especialmente para sua idade, seu

---

<sup>170</sup> Acórdão ref. Capítulo 3, n. 3.

<sup>171</sup> Martin, Denis. Comments on D'Hoop (Case C-224/98 of 11 July 2002), Grabner (Case C-294/00 of 11 July 2002), MRAX (Case C-459/99 of 25 July 2002) and Baumbast (Case C-413/99 of 17 September 2002). *In* European Journal of Migration and Law 5: P. 143-162, 2003.

<sup>172</sup> Acórdão ref. Capítulo 3, n. 4.

desenvolvimento físico e emocional, o grau da sua relação afetiva tanto com o progenitor cidadão da União como com o nacional de um Estado terceiro e do risco que uma eventual separação deste último progenitor ocasionaria à estabilidade desse menor.

Esses critérios servem para evitar que uma criança de tenra idade, dependente ainda do cuidado materno ao qual já está acostumada e com a qual já possui rotina, que eventualmente seja alterada a guarda para o outro progenitor que não tem nenhuma intimidade com esta ou não a conhece, causando à criança um possível trauma por se ver afastada do progenitor que despence seu tempo e seu cuidado com ela. Isso quer dizer que no basta que o outro progenitor seja genericamente apto para exercer a guarda do menor, ele deve ter uma relação com esta capaz de proporcionar à criança mais em termos de amparo e comprometimento.

Nos dois primeiros acórdãos tal exigência não foi levantada porque ambos os progenitores dos menores não eram cidadãos da União, e especificamente, no primeiro dos casos, a mãe requereu o direito de circular e residir com sua filha, porque além de ser ela sozinha quem exercia a guarda e o cuidado principal da criança, o outro progenitor não residia no território de nenhum Estado-Membro. Já no segundo caso, ambos os pais representavam a mesma unidade familiar, pois estavam na constância da sua união, sem haver a necessidade de se discutir quem exerce a guarda dos filhos e quem deve ser considerado o *cuidador* diário delas. Neste caso, ambos eram nacionais de um país terceiro e, inclusive, se argumentava pelo direito de ambos residir no Estado-Membro a fim de se manter a unidade familiar e a proteção à vida familiar.

Tal situação já se modifica nos dois últimos casos, pois nestes um dos progenitores é cidadão da União e o outro é nacional de Estado terceiro, e o casal já não representa uma unidade familiar, porque já não estavam unidos pelo casamento. Surge então a discussão da atribuição da guarda e cuidado da criança como primordial, bem como a necessidade por parte dos menores de terem a presença do progenitor nacional de país terceiro juntamente consigo, e conseqüentemente, a concessão ou não a este de um direito de residência derivado.

O acórdão Chavez-Vilchez<sup>173</sup> analisava a situação de oito progenitoras nacionais de Estados terceiros que exerciam o cuidado diário e efetivo das crianças, cada caso tinha

---

<sup>173</sup> §§ 66-67, acórdão ref. Capítulo 3. 4.

alguma peculiaridade e diferença a respeito da participação dos outros progenitores na criação, guarda e despesas dos filhos. O Estado neerlandês, com base em sua lei nacional, interpreta a jurisprudência do Tribunal de forma restritiva, e entende que o simples fato de um nacional de Estado terceiro ser o progenitor que exerce a guarda e o cuidado de uma criança, cidadã da União, ter seu direito de residência negado pelo governo, não significa que o menor será obrigado a abandonar o território da União, pelo motivo de que seu outro progenitor é cidadão da União e, potencialmente apto a exercer o cuidado do filho. Enumerou, inclusive, algumas situações em que entende ser impossível de este progenitor cumprir seu papel de cuidado com a criança, como nos casos de morte, prisão, internação ou hospitalização para tratamento de longa duração, paradeiro desconhecido.

Na sua decisão, o Tribunal referiu que, em jurisprudência anterior, já havia proferido que a guarda e o cuidado do menor, bem como a definição de quem seria a pessoa responsável pelo encargo legal, financeiro ou afetivo deste menor (se seria assumido pelo progenitor nacional de um país terceiro) eram informações relevantes para determinar se a recusa do direito de residência deste progenitor importaria na privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União de seu filho. Ressaltou que é a relação de dependência entre o cidadão da União de tenra idade e o progenitor nacional de Estado terceiro que pode ameaçar o efeito útil da cidadania da União<sup>174</sup>.

Percebe-se então que houve um posicionamento mais claro da jurisprudência do Tribunal de Justiça no estabelecimento de critérios para se determinar se o fato de um progenitor nacional de Estado terceiro que exerce efetivamente o cuidado efetivo e cotidiano do filho menor, cidadão da União, é suficiente para garantir seu direito de residência derivado no território da União. Foi, inclusive, determinado que, para se negar o direito de residência a este progenitor, deve-se demonstrar que a relação de dependência existente entre este e seu filho não é suscetível de pôr em causa o efeito útil da cidadania da União. E, no âmbito da apreciação das circunstâncias específicas de cada caso, o tribunal nacional deverá levar em consideração tanto o direito à proteção da vida familiar como o superior interesse da criança, expressos na CDFUE<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> § 68, acórdão Chavez-Vilchez ref. Capítulo 3, n. 4.

<sup>175</sup> §§ 69-70, acórdão Chavez-Vilchez ref. Capítulo 3, n. 4.

#### 4.3.2. Ônus da prova

A última questão proposto ao Tribunal de Justiça no acórdão Chavez-Vilchez dizia respeito ao ônus da prova, se o direito da União se opunha à imposição do ônus da prova ao nacional do país terceiro, de este comprovar que o outro progenitor, cidadão da União, não está em condições de assumir a guarda efetiva e quotidiana do menor. Para Estado neerlandês, quem invoca o direito de residência, proveniente do artigo 20º TFUE, deve demonstrar os impedimentos que obstam o progenitor cidadão da União de exercer de fato a guarda do filho, este é por tal razão dependente do progenitor nacional de país terceiro e uma recusa ao seu direito de residência obrigaria que o menor abandonasse o território da União a fim de acompanhá-lo. Isso segundo a regra geral de que quem invoca certos direitos deve comprová-los<sup>176</sup>.

Recorde-se que o Tribunal de Justiça entende que para o fim de se demonstrar a necessidade de se conceder o direito de residência a um progenitor nacional de um país terceiro, basta evidenciar que negar esse direito privará o menor cidadão da União do gozo efetivo do essencial dos direitos oriundos do estatuto de cidadão da União, que teria como consequência o abandono por parte deste do território da União como um todo.

A Comissão Europeia manifestou-se no sentido de que tal regulamentação nacional referente ao ônus probatório do Estado neerlandês não pode comprometer o efeito útil do artigo 20º TFUE, isto é, o ônus de comprovar que a recusa ao direito de residência desse progenitor é capaz de significar o abandono do território por parte do menor cidadão da União, porém ao impor a ele a produção de provas que lhe são difíceis ou impossíveis de produzir, porque isso comprometeria o efeito útil já referido. O Tribunal de Justiça, então, determinou que essa distribuição do ônus probatório não isenta o Estado-Membro através de seus órgãos competentes de proceder às averiguações indispensáveis para definir o local de residência do progenitor cidadão da União, assim como a existência de capacidade e se está pronto para exercer a guarda efetiva e quotidiana do filho. Isso, sem prejuízo da análise das outras circunstâncias referentes à relação do menor com o progenitor nacional de Estado terceiro, já mencionada no item anterior<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> §§73-74 Acórdão Chavez-Vilchez ref. Capítulo 3, n. 4.

<sup>177</sup> §§76-77 Acórdão Chavez-Vilchez ref. Capítulo 3, n. 4.

O Tribunal, apesar de ter aludido que o direito da União não é contrário à que a legislação nacional de um Estado-Membro atribua o ônus de apresentar elementos que permitam demonstrar que a recusa do direito de residência teria a consequência de privar o menor do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da União, obrigando-o a deixar o território da União ao progenitor nacional de país terceiro, impôs ao órgão nacional competente a obrigação de investigar e, à luz de todas as circunstâncias envolvidas, decidir se tal decisão de recusa teria essa consequência<sup>178</sup>.

O Advogado-Geral havia concluído nesse mesmo sentido, de que se configura contrário ao efeito útil do artigo 20º TFUE e aos princípios gerais do direito, especialmente, o da proporcionalidade, impor ao progenitor nacional de um Estado terceiro que assume a guarda efetiva do menor, propor uma ação judicial contrária aos seus interesses (considerando-se que a lei nacional neerlandesa determine que as questões de guarda dos filhos seja definida pela via judicial) a fim de comprovar que este não tem capacidade de assumir a guarda do filho. E sugeriu que o Tribunal, mesmo que a isso não opusesse, que atribuisse às autoridades nacionais competentes averiguarem oficiosamente e demonstrarem que a guarda efetiva do menor pode ser assumida pelo outro progenitor, atentando-se necessariamente, entretanto, aos princípios da proporcionalidade e ao interesse superior da criança<sup>179</sup>.

#### 4.4. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade esteve desde o começo presente nas decisões exaradas pelo Tribunal de Justiça como princípio geral do direito e é previsto no Tratado da União Europeia como um princípio orientador de todas as ações realizadas pelos seus órgãos, veja-se o artigo 5º, nºs 1 e 4<sup>180</sup>. Vem historicamente atrelado a três conceitos principais: o de proibição do excesso, que é a proporcionalidade em sentido estrito, necessidade e adequação<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> §78. Acórdão Chavez-Vilchez ref. Capítulo 3, n. 4.

<sup>179</sup> §112. Conclusões do Advogado-Geral no Acórdão Chavez-Vilchez, ref. Capítulo 3, n. 4.

<sup>180</sup> Art. 5º - 1. A delimitação das competências da União rege-se pelo princípio da atribuição. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade. (...)

4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados.

<sup>181</sup> Henriques, Miguel Gorjão. Direito da União. Coimbra: Ed. Almedina, 2019. 9ª ed. p. 345.



Uma das funções essenciais deste princípio é justamente demarcar os contornos nas intervenções dos Estados-Membros que tenham uma implicação limitativa nas liberdades econômicas formadoras do mercado interno, como na aplicação do direito material da União<sup>182</sup>, que é o caso das ações perpetradas nos autos pelos Estados membros que suscitaram a interpretação do Tribunal de Justiça.

Não se pretende aqui realizar uma análise aprofundada do princípio da proporcionalidade, o objetivo é referenciar como este foi referido nas decisões selecionadas da Corte de Justiça a fim de delinear a fundamentação destas e traçar um raciocínio a seu respeito.

Em muitas decisões do Tribunal de Justiça, foi feita a referência à importância de se observar este princípio na análise de casos como estes em que estão em jogo a vida e o futuro de cidadãos da União de tenra idade, e, na maior parte dos casos, a sua observância resulta na negativa da recusa de concessão de autorização de residência a esses progenitores nacionais de Estados Terceiros que exercem um papel suficientemente relevante no cuidado e na criação dos filhos que não seria uma medida proporcional afastá-los do território da União e, em consequência, dos seus filhos, em razão da falta desta autorização de permanência.

O afastamento do progenitor do território, bem como o impedimento de que a criança, cidadã da União, de tenra idade, desfrute da presença deste progenitor, que na maior parte dos casos desempenha sozinho o papel do cuidado principal e efetivo, muitas vezes com a guarda exclusiva da criança, resultaria facilmente no afastamento do cidadão da União do território do seu Estado de origem, bem como do território da União, em razão da impossibilidade de permanência sem o cuidado deste progenitor, privando este cidadão do gozo efetivo dos direitos que possui em razão do seu estatuto.

Mesmo nos casos em que se avalia tal situação de concessão do direito de residência a ambos os progenitores, quando estes vivem em família e tem a guarda conjunta da criança, também se afigura necessário avaliar que provavelmente a recusa do direito de residência a um ou a ambos os progenitores teriam como consequência o afastamento dos cidadãos da União de tenra idade do território da União, a fim de acompanhar seus progenitores.

---

<sup>182</sup> Henriques, Miguel Gorjão. Direito da União. Coimbra: Ed. Almedina, 2019. 9ª ed. p. 347.

As limitações previstas no Tratado ao direito de circular e residir livremente estão geralmente restritas a questões de ordem pública, segurança pública saúde pública, já as previstas no direito secundário geralmente se restringem a exigir que o cidadão e sua família tenham recursos financeiros suficientes para seu sustento e disporem de um seguro doença, a fim de que não se tornem uma sobrecarga à assistência social do Estado.

Assim, o Tribunal ao fazer a avaliação da proporcionalidade da medida em causa, deve considerar esta, neste caso, a expulsão do progenitor (ou ambos) nacional de Estado terceiro do território do Estado, e a consequência desta para as pessoas envolvidas e em consonância com as circunstâncias específicas de cada caso, criança menor de tenra idade, cidadã da União, que será obrigada a abandonar o território da União e todos os direitos associados ao estatuto de cidadão da União.

No acórdão Zhu Chen, foi referido que os Estados-Membros podem limitar os direitos de livre circulação e residência nos termos do Tratado ou do direito da União em geral e, nesse caso, estava sendo imposta uma condição relativa à proveniência dos recursos financeiros da cidadã da União e sua mãe, com base na justificativa que não poderiam constituir uma sobrecarga às finanças públicas do Estado-Membro, quando estava comprovado que a progenitora possuía recursos suficientes para o sustento de ambas, apesar destes não serem de titularidade da cidadã da União. O Tribunal entendeu que se tratava de uma intervenção desproporcionada que fosse exigido isso uma vez não há qualquer previsão desta no direito da União<sup>183</sup>.

Já no acórdão Zambrano, a questão da proporcionalidade se desenvolveu em torno do grave dano que poderia ser causado caso fosse negado ao progenitor o direito de residir e trabalhar no Estado-Membro de nacionalidade de dois de seus filhos de tenra idade. Foi referido que se isso ocorresse, à progenitora também seria negado o direito e ambos deixariam o território da União e levariam seus filhos, cidadãos da União, consigo, em razão de estes não conseguirem se manter autonomamente. Zambrano já estava integrado na cultura, aprendeu a língua, trabalhou e contribuiu para a segurança social daquele Estado por cinco anos e não representava nenhum perigo à saúde e segurança pública do Estado. Quando trabalhou conseguiu prover o sustento de toda a família, o que significa que não se tornaria, muito provavelmente, uma sobrecarga às finanças públicas do Estado. Ainda, os

---

<sup>183</sup> §§ 32-33. Acórdão Zhu Chen ref. Capítulo 3, n. 1.

filhos também já estavam enraizados naquela cultura, nasceram e sempre viveram na Bélgica, logo, obrigá-los a sair deste país para acompanhar os pais não parecia proporcional, e tudo isto levou o Tribunal a concluir que o órgão de reenvio deveria ponderar a decisão de não concessão daquele direito de residência com as conseqüências duras que os filhos deste casal teriam de enfrentar com o afastamento necessário do território da União.<sup>184</sup>

No caso *Baumbast* a proporcionalidade foi aplicada em razão de o Estado-Membro de acolhimento recusou o direito de residência deste em razão de a cobertura do seu seguro doença não cobrir casos de urgência. O Tribunal então referiu que *Baumbast* já residia a alguns anos naquele Estado-Membro, inicialmente sob o estatuto de trabalhador assalariado, depois não assalariado, e no momento do pedido estava trabalhando fora do território da União, suas filhas estavam em idade escolar e freqüentavam esta instituição e sua família nunca se tornou um sobrecarga ao Estado e se fosse negado aquele direito, que iria separar a família ou obrigar que as filhas abandonassem aquele Estado-Membro e suas vidas já lá estabelecidas, configuraria uma ingerência desproporcionada no exercício do referido direito<sup>185</sup>.

E no caso *Chavez-Vilchez*, o princípio da proporcionalidade não foi referido expressamente na decisão, porém foi aduzido pelo Advogado-Geral quando narrou que estavam envolvidos vários interesses, como os interesses nacionais em matéria de imigração, os direitos dos cidadãos da União, o interesse superior da criança e os direitos em matéria de atribuição da guarda dos filhos, do ordenamento jurídico nacional. Então, a fim de que fosse respeitado o princípio, deve-se considerar vários elementos para a resolução da questão, sendo para ele o mais relevante o grau de dependência existente entre o progenitor nacional de um Estado terceiro e a criança cidadã da União<sup>186</sup>.

Essa questão da análise do princípio da proporcionalidade nos casos analisados nesta matéria é de suma importância na medida em que o estatuto da cidadania da União é definido através do seu “conteúdo essencial” e este depende da análise do princípio da proporcionalidade<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> §§ 63 e 65. Acórdão *Zambrano* ref. Capítulo 3, n. 2.

<sup>185</sup> §§ 92 e 93. Acórdão *Baumbast* ref. Capítulo 3, n. 3.

<sup>186</sup> §§ 96-97. Conclusões Advogado-Geral no acórdão *Chavez-Vilchez* ref. Capítulo 3, n. 4.

<sup>187</sup> Neuvonen, Päivi Johanna. “EU Citizenship and its ‘very specific’ essence: *Rendón Marin and CS*” *In Common Market Law Review*, Vol. 54: n. 4, August/2017. p. 1214-1215.

Além dos casos vistos, em que se analisa o princípio da proporcionalidade a fim de se conceder ou não o direito de residência derivado ao progenitor de um Estado terceiro, cabe referir à título de curiosidade que o Tribunal, entretanto, garantiu a possibilidade de o Estado-Membro expulsar ou impedir um cidadão de permanecer no seu território caso ele represente um perigo à segurança pública ou à ordem pública, porém a análise dessas questões deve atender a algumas exigências do direito da União, como as do artigo 27 e 28 da Diretiva 2004/38/CE<sup>188</sup>.

Manifestou-se em relação à interpretação a ser dada às questões de ordem e segurança pública quando analisadas sob o prisma do princípio da proporcionalidade em casos em que a consequência é justamente a expulsão do progenitor, nacional de país

---

<sup>188</sup> Restrições ao direito de entrada e ao direito de residência por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública

Artigo 27.o - Princípios gerais

1 Sob reserva do disposto no presente capítulo, os Estados-Membros podem restringir a livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias, independentemente da nacionalidade, por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública. Tais razões não podem ser invocadas para fins econômicos.

2. As medidas tomadas por razões de ordem pública ou de segurança pública devem ser conformes com o princípio da proporcionalidade e devem basear-se exclusivamente no comportamento da pessoa em questão. A existência de condenações penais anteriores não pode, por si só, servir de fundamento para tais medidas.

O comportamento da pessoa em questão deve constituir uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade. Não podem ser utilizadas justificações não relacionadas com o caso individual ou baseadas em motivos de prevenção geral.

3. A fim de determinar se a pessoa em causa constitui um perigo para a ordem pública ou para a segurança pública, ao emitir o certificado de registro ou, no caso de não haver sistema de registro, no prazo de três meses a contar da data de entrada da pessoa em questão no seu território ou da data de comunicação da sua presença no território, conforme estabelecido no n.o 5 do artigo 5.o, ou ao emitir o cartão de residência, o Estado-Membro de acolhimento pode, sempre que o considerar indispensável, solicitar ao Estado-Membro de origem e, eventualmente, a outros Estados-Membros informações sobre os antecedentes penais da pessoa em questão. Esta consulta não pode ter caráter de rotina. O Estado-Membro consultado deve dar a sua resposta no prazo de dois meses.

4. O Estado-Membro que tiver emitido o passaporte ou bilhete de identidade deve permitir a reentrada no seu território, sem quaisquer formalidades, do titular do documento que tiver sido afastado por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública, mesmo que esse documento tenha caducado ou a nacionalidade do titular seja contestada.

Artigo 28.o - Proteção contra o afastamento

1. Antes de tomar uma decisão de afastamento do território por razões de ordem pública ou de segurança pública, o Estado-Membro de acolhimento deve tomar em consideração, nomeadamente, a duração da residência da pessoa em questão no seu território, a sua idade, o seu estado de saúde, a sua situação familiar e econômica, a sua integração social e cultural no Estado-Membro de acolhimento e a importância dos laços com o seu país de origem.

2. O Estado-Membro de acolhimento não pode decidir o afastamento de cidadãos da União ou de membros das suas famílias, independentemente da nacionalidade, que tenham direito de residência permanente no seu território, exceto por razões graves de ordem pública ou de segurança pública.

3. Não pode ser decidido o afastamento de cidadãos da União, exceto se a decisão for justificada por razões imperativas de segurança pública, tal como definidas pelos Estados-Membros, se aqueles cidadãos da União:

- a) Tiverem residido no Estado-Membro de acolhimento durante os 10 anos precedentes; ou
- b) Forem menores, exceto se o afastamento for decidido no supremo interesse da criança, conforme previsto na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de Novembro de 1989.

terceiro, que possui a guarda efetiva de seus filhos menores. Cabe referir, entretanto, que esses casos são relativos a progenitores nacionais de Estados terceiros que foram condenados por algum crime e seus direitos derivados de residência foram negados pelo Estado-Membro de nacionalidade dos seus filhos, por razão de ordem pública e segurança pública. O Tribunal entendeu que, não obstante a preocupação de não manter pessoas condenadas por crimes no seu território, considerando a específica situação destas pessoas, de serem progenitoras e de assegurarem a guarda efetiva dessas crianças, o exame da ação (ser condenado por algum crime) e da conseqüência (não ter direito de residência conferido ou renovado e ser expulso do território) e da proporcionalidade dessa medida deve considerar todos os aspectos do caso e as circunstâncias pessoais envolvidas, não devendo ser uma decisão automática e sistemática.<sup>189</sup>

O Tribunal decidiu, enfim, que, além da análise da proporcionalidade das medidas adotadas nos termos já referidos quanto às questões de segurança pública e ordem pública, se deveria avaliar as limitações sugeridas ao direito de residência derivado do art. 20º TFUE, com a necessária observância dos direitos fundamentais, nomeadamente o direito ao respeito à vida familiar (constante do artigo 7º da CDFUE), lido em conjunto com a obrigação de se levar em consideração o superior interesse da criança (artigo 24 da Carta).

Percebe-se da análise das fundamentações relativas ao princípio da proporcionalidade que este tem importância fundamental na análise de situações como as então estudadas. As decisões dos órgãos competentes dos Estados-Membros muitas vezes são conflitantes como direito da União em alguns aspectos, podendo haver algumas ingerências desproporcionadas por parte destes que podem gerar um dano grave aos cidadãos da União e seus familiares. Em todos os casos parece-nos que o Tribunal de Justiça seguiu uma linha de raciocínio bastante coerente referente à aplicação do princípio.

## **5. Considerações e perspectivas futuras**

A jurisprudência selecionada pode ser inicialmente dividida em dois grupos, fazendo parte do primeiro o acórdão Zhu e Chen e Baumbast em razão de, nestes processos, o Tribunal ter decidido o direito de residência com base no direito de livre

---

<sup>189</sup> Acórdão Rendón Marin, Processo C-165/14, de 13 de setembro de 2016; e, acórdão CS, processo C-304/14, de 13 de setembro de 2016.

circulação dos cidadãos, uma vez que efetivamente exerceram tal direito, disposto no art. 18ª CE (atual art. 21, n. 1, TFUE). A partir desse direito de livre circulação do cidadão menor entenderam por conceder aos seus progenitores o direito de com ele residir, em razão de a presença destes ser essencial para a fruição dos direitos provenientes do estatuto de cidadania da União.

Os outros dois casos se diferenciam por que os cidadãos em questão não exerceram seu direito de livre circulação, logo, o direito de residência de seus progenitores não pode ser oriundo daquele dispositivo. O Tribunal, então, apresentou novo fundamento para este direito derivado de residência, que até então ainda não havia proferido.

Estes dois acórdãos atribuem o direito de residência desses progenitores como um corolário do estatuto da cidadania da União, conferido pelo art. 20º TFUE, que tem o poder de obstar medidas nacionais que tenham o efeito de privar os cidadãos do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos por este estatuto. Isso significa dizer, nesses casos, que uma eventual recusa de autorização de residência proferida pela autoridade competente de um Estado-Membro que terá como consequência a saída de um cidadão da União do território da União a fim de acompanhar seu progenitor é uma medida que pode ser impedida pelo direito da União.

Desde o acórdão Zambrano até o recente Chavez-Vilchez o TJUE concluiu que os cidadãos que não tenham exercido seu direito de livre circulação e, por isso, não estejam protegidos por direitos específicos contidos no art. 21 TFUE, possuem, mesmo assim, direito de residência no território do Estado-Membro que escolherem, inclusive o seu próprio de origem. E de lá não podem ser forçados a sair, legalmente ou de fato<sup>190</sup>.

Cabe referir que essa proteção conferida pelo artigo 20º TFUE limita-se essencialmente a situações singulares, garantidas presentemente apenas aos *cuidadores principais* de menores cidadãos da União, e que a regra geral é que a proteção pelo direito da União se dê em situações em que haja a circulação de pessoas. O Tribunal advertiu ainda que tal preceito não impediria a recusa do direito de residência derivado no seu

---

<sup>190</sup> Roeben, Volker. Keith Bush, Petra Minnerop, Jukka Snell, Pedro Telles. Protection from exclusion: a reassessment of Union Citizenship in the time of Brexit. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/324113499\\_Protection\\_from\\_exclusion\\_a\\_reassessment\\_of\\_Union\\_Citizenship\\_in\\_the\\_time\\_of\\_Brexit](https://www.researchgate.net/publication/324113499_Protection_from_exclusion_a_reassessment_of_Union_Citizenship_in_the_time_of_Brexit), consultado em 08/7/2019.

território, desde que o núcleo dos direitos decorrentes da cidadania da União não seja afetado<sup>191</sup>.

Assim, o Tribunal conferiu a aplicação do direito da União em uma esfera que os Estados-Membros clamavam como exclusiva, de âmbito interno, por que se trata de concessão de direitos de entrada e permanência no seu território de pessoas nacionais de Estados terceiros.

Na medida em que a cidadania da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros e da necessidade de os direitos nacionais estarem em consonância com o direito da União, pela interpretação já referida, nenhuma medida nacional pode obstar um cidadão da União de gozar dos direitos oriundos desta.

Essa fórmula adotada pelo TJUE não trata apenas do destino de cidadãos da União, mas inclusive do destino de categorias de indivíduos que não possuem estatuto formal de cidadão da União, mas que deveriam ser incluídos no âmbito de proteção da cidadania da União, e tem potencial, portanto, para modificar a estrutura de membros da comunidade política europeia<sup>192</sup>.

A decisão não só invade a seara do direito nacional relativamente à política de estrangeiros, sua entrada e residência no território do Estado-Membro, como também alarga a aplicação do direito da União a fim de conferir a nacionais de Estados terceiros direitos de residência, o que, de fato, molda essa tal estrutura de membros da comunidade política europeia mencionada.

Apesar de ser inovadora a decisão nesse sentido, o Tribunal não aprofundou, no acórdão Zambrano, nem nos posteriores, a fundamentação acerca da configuração do estatuto de cidadania, ignorando, inclusive as conclusões claras da Advogada-Geral, ao debruçar-se de forma pormenorizada sobre a superação do elemento transfronteiriço e

---

<sup>191</sup> Montaldo, Stefano. Freedom of Movement, Social Integration and naturalization: testing reverse discrimination in the recent case law of the Court of Justice. In *Insight European Papers*. Vol. 3, 2018. N. 3. p. 1487. Disponível em [http://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf\\_version/EP\\_EF\\_2018\\_I\\_040\\_Stefano\\_Montaldo.pdf](http://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2018_I_040_Stefano_Montaldo.pdf), consultado em 05 de julho de 2019.

<sup>192</sup> Raucea, Chiara. The substance of citizenship: is it rights all the way down? In *Netherlands Journal of Legal Philosophy*. P. 69. Disponível em: [http://www.njlp.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2018/1/NJLP\\_2213-0713\\_2018\\_047\\_001\\_005.pdf](http://www.njlp.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2018/1/NJLP_2213-0713_2018_047_001_005.pdf), consultado em 08 de julho de 2019.

sobre a possibilidade de se gozar dos direitos derivados de cidadania sem que haja a necessidade de circular<sup>193</sup>.

Identificada as bases fundadoras do direito em questão, que são os direitos oriundos da cidadania da União, parte-se então para a avaliação da fundamentação utilizada pelo Tribunal para embasar as decisões de concessão do direito derivado de residência a um progenitor nacional de país terceiro.

O Tribunal não costuma aprofundar na consideração do direito à proteção da vida familiar nem do princípio do superior interesse da criança, porém há eventualmente, quando necessário, a referência relativa à necessidade de se levar em conta estes preceitos quando do exame do caso específico pelo órgão jurisdicional nacional, bem como da ponderação da proporcionalidade da medida analisada.

Nesta esfera, o Tribunal, antes da incorporação da CDFUE no âmbito do direito primário da União, em vigor a partir de 2009, utilizava-se da CEDH para fundamentar o necessário respeito aos direitos fundamentais. Após, com a obrigatoriedade de se considerar o rol dos direitos fundamentais na análise de atos realizados pelos Estados em defesa dos direitos associados ao estatuto da cidadania da União, por conta da força vinculativa da Carta, o Tribunal referiu, em alguns casos, a necessidade de ponderação desses direitos fundamentais quando da avaliação das circunstâncias do caso concreto pelo órgão competente nacional.

Desde a primeira até a última decisão apresentada verificou-se uma dada remodelação da posição e dos critérios adotados pelo Tribunal nesta matéria. Por um lado houve a solidificação da proteção jurídica do conteúdo do estatuto da cidadania da União e, por outro, nesta última decisão, observa-se uma função mais ativa dos direitos fundamentais, especialmente o direito à vida familiar e o superior interesse da criança.

O Tribunal de Justiça adotou postura generosa no caso *Baumbast*, como já referido, ao reconhecer o direito derivado daqueles progenitores de filhos menores que necessitavam da sua presença a fim de que pudessem viver e exercer seus direitos oriundos

---

<sup>193</sup> Espino Garcia, Soraya. La Protección del Estatuto de ciudadanía de la Unión em la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): a propósito de los asuntos *Rendón Marin* (C-165/14), *Chavez-Vilchez* (C-133/15) e *Toufik Lounes* (C-165/16). In *Revista de Derecho UNED*. Num. 23, 2018. p. 743.



da cidadania da União. Esses direitos foram, inclusive, ampliados no caso *Alarape*<sup>194</sup>, em que a Corte decidiu que atingir a idade adulta não têm efeito direto sobre os direitos conferidos pelo Regulamento 1612/68 nem nos direitos de residência do progenitor nacional de Estado terceiro de um cidadão da União se este possuir ainda necessidade de ajuda financeira e suporte emocional. E, mesmo sem o vínculo com os estudos, o direito de residência desses progenitores é também garantido, simplesmente sustentado pelos direitos oriundos do filho cidadão da União, como foi estabelecido no caso *Zhu e Chen*<sup>195</sup>.

No caso acima referido *Alarape*, o Tribunal entendeu que a maioria por si só não extingue o direito de residência derivado do progenitor, desde que se comprove que o cidadão da União ainda possui uma relação de dependência com seu progenitor tal que se for recusado a este último o direito de residência, aquele abandonaria o território da União, mantendo o mesmo raciocínio das decisões anteriores já referidas.

No acórdão *Chavez-Vilchez*, foi ressaltada a obrigação das autoridades nacionais de levarem em consideração o respeito à vida familiar em consonância com o superior interesse da criança e que o fato de o outro progenitor ser capaz de assumir a guarda da criança e estar disposto a fazê-lo é um elemento pertinente, porém, por si só, não é capaz de demonstrar que entre o menor e progenitor nacional de país terceiro não há uma relação de dependência tal que poderá culminar no abandono do território da União por parte deste menor, caso seja recusado o direito de residência do progenitor<sup>196</sup>.

Pode-se dizer que o Tribunal declarou que o superior interesse da criança faz parte do estatuto de cidadania da União, pois, se o interesse do menor exige, por exemplo, que este resida com a sua mãe, imigrante irregular, os Estados-Membros não podem expulsá-la do território. Não se trata de evitar uma expulsão de fato do menor, mas sim de assegurar de forma proativa a melhor solução para o interesse do menor, cidadão da União. Assim, vê-se que o TJUE não se limitou à interpretação do art. 20º TFUE e atribuiu à aplicação do princípio do superior interesse da criança um caráter central no exame da problemática. E é

---

<sup>194</sup> Processo n. C-529/11, Acórdão *Alarape e Tijani v. Secretary of State for the Home Department*, de 8 de maio de 2013.

<sup>195</sup> Berneri, Chiara. *Family Reunification in the EU: the movement and residence rights of third country national family members of EU citizens*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2017. p. 69.

<sup>196</sup> Espino Garcia, Soraya. La Protección del Estatuto de ciudadanía de la Unión em la última jurisprudência del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): a propósito de los asuntos *Rendón Marin* (C-165/14), *Chavez-Vilchez* (C-133/15) e *Toufik Lounes* (C-165/16). In *Revista de Derecho UNED*. Num. 23, 2018. p. 757.

com fundamento nesses dispositivos que reforça a tutela dos direitos de cidadãos da União menores de idade<sup>197</sup>.

O TJUE sustentou o risco de expulsão do menor do território da União como razão para a concessão do direito de residência à progenitora do menor, mas é importante ressaltar que também concentrou muito da sua fundamentação no princípio do superior interesse da criança e nos critérios que deveriam ser seguidos para sua contemplação, a fim de que fosse atingido este interesse e o risco de expulsão não se concretizasse.

Neste acórdão Tribunal também remodelou os seus critérios a fim de deixá-los mais claros para se determinar a efetiva necessidade de permanência do progenitor nacional de país terceiro no território do Estado-Membro para o desenvolvimento do filho.

Até o acórdão Chavez-Vilchez, o Tribunal ainda não tinha enfrentado a questão acerca do tipo e do nível de dependência exigido do menor com o seu progenitor nacional de Estado terceiro suficientes para garantir o direito derivado de residência deste<sup>198</sup>.

O Tribunal entendia nos casos anteriores que bastava que a negativa da concessão do direito de residência ao progenitor nacional de um Estado terceiro significasse o afastamento do menor cidadão da União do território desta para que fosse conferido o direito derivado de residência deste progenitor, com fundamento na necessidade que a criança tem da presença do progenitor que assegura seu cuidado a fim de efetivamente gozar dos direitos conferidos pelo direito da União.

Com este acórdão o Tribunal, diante de uma interpretação restritiva dessa jurisprudência feita pelo governo neerlandês, foi instado a manifestar-se sobre a conformidade do direito da União com as condições impostas por aquela lei nacional no que se refere à concessão do direito derivado de residência ao progenitor nacional de Estado terceiro quando este não vive em comunhão familiar com o outro progenitor e este outro é nacional de um Estado-Membro.

Nesta hipótese, como vimos, o Tribunal determinou os critérios que deveriam ser levado em conta pelo tribunal nacional quando da aferição da efetiva necessidade dessa

---

<sup>197</sup> Espino Garcia, Soraya. La Protección del Estatuto de ciudadanía de la Unión en la última jurisprudência del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): a propósito de los asuntos *Rendón Marin* (C-165/14), *Chavez-Vilchez* (C-133/15) e *Toufik Lounes* (C-165/16). In *Revista de Derecho UNED*. Num. 23, 2018. p. 759.

<sup>198</sup> Staiano, Fulvia. “Derivative residence rights for parents of Union citizen children under article 20 TFEU: Chavez-Vilchez”. In *Common Market Law Review*. Vol. 55: n. 1, 2018. p. 226.

criança da presença do progenitor nacional de um país terceiro na sua criação e educação. Os critérios têm por base a definição do progenitor que é o *cuidador principal*, ou *primary carer*, em que se verifica quem assume a guarda efetiva e a verificação da relação de dependência efetiva existente entre o menor e ambos os progenitores, devendo levar em consideração o superior interesse da criança e todas as circunstâncias específicas de cada um dos casos, nomeadamente a idade da criança, seu desenvolvimento físico e emocional, bem como examinar o risco que a separação do menor de seu progenitor nacional de Estado terceiro pode acarretar ao equilíbrio do menor.

Essa alteração para atenção ao critério do *primary carer* a fim de verificar a relação de dependência, se não aplicada com cuidado, pode trazer algumas discussões importantes acerca da questão de gênero e das atividades geralmente atribuídas às progenitoras e aos progenitores. Isso porque premia o progenitor que exerce unicamente a atividade de cuidador da criança, uma vez que é esse contato e cuidado diário que gera relação de dependência entre a criança e o progenitor. Isso, entretanto, pode ser mau <sup>199</sup>.

É também por isso que nos Estados Unidos essa teoria foi criticada. O objetivo da doutrina, além de determinar qual seria o progenitor mais apto para ficar com a guarda e o cuidado diário dos filhos, seria promover e proteger o desenvolvimento do laço mais forte entre criança e progenitor, e também, estimular o maior engajamento de ambos os pais na educação e no dia a dia dos filhos para o fim de que, em caso de eventual separação ou divórcio, ambos estivessem “bem cotados” para a atribuição da guarda da criança<sup>200</sup>.

A teoria não é unânime no direito norte-americano e, inclusive, sofre diversas críticas, de diversos lados, o grupo que defende os direitos dos pais costumam argüir que a teoria privilegia as progenitoras, em razão do papel culturalmente atribuído à mãe, o grupo defensor dos direitos das mães costumam referir que a exceção de “inaptidão” à presunção é vaga e deixa à discricionariedade de um judiciário desproporcionalmente masculino e estipula um padrão duplo para homens e mulheres, ainda, o grupo de feministas argui que

---

<sup>199</sup> Staiano, Fulvia. “Derivative residence rights for parents of Union citizen children under article 20 TFEU: Chavez-Vichez”. In *Common Market Law Review*. Vol. 55: n. 1, 2018. p. 239.

<sup>200</sup> Crippen, Gary (1990). *Stumbling beyond best interests of the child: reexamining child custody standard-setting in the Wake of Minnesota’s Four Year Experiment with the Primary Caretaker Preference*. *Minnesota Law Review*, 1354. Vol. 75:427. Pp. 442.

essa presunção consolida os papéis de gênero na sociedade em relação à educação das crianças<sup>201</sup>.

A nosso ver, entretanto, por enquanto essa nova abordagem não alterou significativamente o que já havia estabelecido, porque, apesar de ser mais específica na imposição dos critérios de verificação da real necessidade da presença do progenitor nacional de um país terceiro, a forma como está exposta deixa claro que o direito à proteção da vida familiar e o superior interesse da criança devem ser levados em conta na decisão. O que significa para os progenitores que exercem de fato o cuidado diário e efetivo da criança, onde há uma relação de afeto e cuidado da criança com esse progenitor, o direito de este permanecer com aquele deverá ser garantido.

A determinação do progenitor cuidador principal não significa, portanto, a necessária exclusão da análise da proteção à vida familiar e do superior interesse da criança, como estabelecido pelo TJUE na decisão proferida. Pelo contrário, pode-se dizer que a teoria de definição da existência da relação de dependência seria mista, pois determina o *primary carer* da criança, mas também exige que sejam atendidos o superior interesse da criança e a proteção à vida familiar.

Além disso, percebe-se, na decisão proferida, uma diferença de tratamento e aplicação dessa proteção à vida familiar e do superior interesse da criança em relação às aquelas em que ambos os pais vivem em comunhão familiar e aquelas em que os pais não vivem juntos, pois, na hipótese em que os pais vivem juntos o direito é conferido à família para que assim permaneça, sem aí questionar se ambos os pais participam ativamente na criação do filho ou mesmo se ambos possuem uma relação de dependência considerável com o menor. Já na hipótese de os progenitores não viverem juntos, cogita-se a possibilidade de expulsar para fora do território da União e separá-lo do contato diário com este progenitor simplesmente por ele não possuir o estatuto de cidadão da União.

Tal situação provoca certa desconfiança relativamente à aplicação destes princípios de proteção do menor, uma vez que, na maior parte dos casos, é mais benéfico à criança crescer com a presença direta de ambos os progenitores, mesmo que um deles não

---

<sup>201</sup> Smith, Paul L. (2000). The Primary Caretaker Presumption: Have we been presuming too much? *Indiana Law Journal*, Vol. 75: Issue 2, Artigo 23. Pp. 3-4.

seja o *cuidador principal* desta, bastando que a relação entre ambos seja frutífera à criança, que este progenitor contribua com seu papel para sua educação.

Pode-se dizer que esses critérios de averiguação da dependência efetiva da criança com o seu progenitor, através da avaliação de quem é essencialmente o responsável pelo encargo legal, financeiro ou afetivo, levando-se em conta todos os critérios apontados, protegerão as ligações afetivas realmente existentes entre a criança e o progenitor que assume a sua guarda.

A forma como esta situação de dependência entre o menor e seu progenitor será aferida é que será determinante para a resolução dos casos. Os Estados-Membros, no cumprimento desta decisão, deverão averiguar todos os critérios estabelecidos pelo Tribunal em cada caso concreto e verificar o risco que o afastamento do progenitor nacional de Estado terceiro causaria ao equilíbrio do menor.

O que mais suscitou dúvidas talvez seja na concordância por parte do Tribunal na atribuição do ônus da prova ao progenitor nacional de Estado terceiro. Porém, mesmo aí, o Tribunal certificou-se de determinar a obrigação do órgão jurisdicional de proceder às investigações necessárias a fim de avaliar se a decisão de recusa do direito de residência teria como consequência o abandono do território por parte do menor cidadão da União, considerando todos os elementos demonstrados pelo progenitor nacional de Estado terceiro e os critérios já indicados pelo TJUE.

O Tribunal obriga, assim, os Estados a terem uma postura ativa, não podendo ser um espectador passivo, pois deve tomar todas as medidas necessárias para impedir um efeito negativo do disposto no art. 20º TFUE, como também não pode basear-se na falta de provas para tomar uma decisão que resulte na privação do cidadão do conteúdo essencial do estatuto de cidadania da União<sup>202</sup>.

A fim de ver os seus direitos garantidos como progenitor nacional de um Estado terceiro este deve construir uma relação de afeto e dedicação com seu filho, o que de certa forma é benéfico para o interesse da criança que terá assegurada sua guarda e seu cuidado com a devida construção de uma relação estreita e de afeto entre pais e filhos.

---

<sup>202</sup> Espino Garcia, Soraya. La Protección del Estatuto de ciudadanía de la Unión em la última jurisprudência del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): a propósito de los asuntos *Rendón Marin* (C-165/14), *Chavez-Vilchez* (C-133/15) e *Toufik Lounes* (C-165/16). In *Revista de Derecho UNED*. Num. 23, 2018. p. 767.

Em razão de se tratar de um direito derivado, logo possui um caráter temporário, desse direito de residência do progenitor nacional de Estado terceiro, a questões que surge é acerca do destino deste progenitor após o término da situação que sustenta o seu direito, quando a criança alcançar a maioridade, qual será o seu destino<sup>203</sup>.

Para as situações como as analisadas neste trabalho levadas à apreciação do Tribunal de Justiça da União, de progenitores aos quais foi concedido o direito de residir com seu filho, cidadão da União, em razão da situação de cuidado, todos se tratavam de menor com tenra idade. Imagina-se que, nas condições normais de criação de uma criança, sem contar com imprevistos e impossibilidades no caminho, que estes progenitores sigam exercendo tal função até que a criança atinja a plena capacidade civil, ou até mesmo depois, como no já lembrado acórdão Alarape, até o final do ensino universitário, e que somente a partir daí é que não haja mais a necessidade de cuidado.

A única aplicação possível do direito da União que se vislumbra é a aplicação do estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração, que através da Diretiva 2003/109/CE, considera residente de longa duração tais pessoas que residam legalmente no território de algum Estado-Membro por período superior a cinco anos, que não estejam previstos no art. 3º, n. 2<sup>204</sup>, e concede a estas um tratamento diferenciado em relação aos residentes com menor tempo.

---

<sup>203</sup> Staiano, Fulvia. “Derivative residence rights for parents of Union citizen children under article 20 TFEU: Chavez-Vichez”. *In Common Market Law Review*. Vol. 55: n. 1, 2018. p. 232.

<sup>204</sup> 2. A presente directiva não é aplicável aos nacionais de países terceiros que: a) Tenham residência para seguirem os seus estudos ou uma formação profissional; b) Estejam autorizados a residir num Estado-Membro ao abrigo da protecção temporária ou tenham solicitado autorização de residência por esse motivo e aguardem uma decisão sobre o seu estatuto; c) Estejam autorizados a residir num Estado-Membro ao abrigo de uma forma de protecção subsidiária, em conformidade com obrigações contraídas internacionalmente, o direito interno ou a prática dos Estados-Membros, ou tenham soli-citado uma autorização de residência por esse motivo e aguardem uma decisão sobre o seu estatuto; d) Sejam refugiados ou tenham solicitado o reconhecimento do estatuto de refugiado e o seu pedido não tenha ainda sido objecto de decisão definitiva; e) Tenham residência exclusivamente por motivos de carácter temporário, como trabalhadores sazonais ou au pair, trabalhadores destacados por um prestador de serviços para efeitos de prestação de serviços transfronteiriços, ou presta-dores de serviços transfronteiriços, ou nos casos em que a sua autorização de residência tenha sido formalmente limitada; f) Beneficiem de um estatuto jurídico ao abrigo da Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, de 1961, da Convenção de Viena sobre relações consulares, de 1963, da Convenção sobre missões diplomáticas especiais, de 1969, ou da Convenção de Viena sobre a representação dos Estados nas suas relações com as organizações internacionais de carácter universal, de 1975.

Para tanto os pais deverão comprovar que preenchem os requisitos previstos da Diretiva, como dispor de recursos financeiros suficientes para o seu sustento, e, inclusive, comprovar a sua real integração na comunidade daquele Estado-Membro de residência<sup>205</sup>.

Tal proposição também tem fundamento e inspiração na Diretiva 2004/38 que trata do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e seus familiares, em que dispõe no Considerando 15 que os familiares do cidadão deverão ter proteção jurídica em caso de morte do cidadão, de divórcio, de anulação do casamento ou cessação da parceria registrada, isso com base no respeito da vida familiar e na dignidade humana, e dispõe que a esses familiares fosse concedido um direito de residência no Estado-Membro de acolhimento exclusivamente numa base pessoal. A aplicação dessa Diretiva não pode ser feita aos casos ora analisados, porém poderia servir de inspiração para solucionar o futuro destas pessoas nacionais de Estados terceiros.

Pensamos que caso não seja atribuído o estatuto de residente de longa duração, a questão deveria ser resolvida pelo direito interno de cada Estado-Membro, uma vez que não há previsão no direito da União desta competência. Porém, parece-nos correto que o Estado-Membro ao avaliar essa questão deve não somente verificar as condições impostas pela lei nacional como deveria levar em consideração o histórico desta pessoa e a vida que esta construir naquele país durante todo o tempo de residência, fazendo a ponderação de todas as circunstâncias do caso concreto.

Devido a este caráter temporário do direito derivado, reconhecido com base no art. 20º TFUE, nesta ocasião os direitos desse nacional de estado terceiro inevitavelmente escapariam do escopo de aplicação do direito da União. Nem o direito da União nem a jurisprudência do TJUE oferecem uma solução para a questão<sup>206</sup>.

Deve-se ponderar que uma vez aceitos na comunidade do Estado-Membro, e da União, através dessa decisão do órgão jurisdicional da União, esses progenitores nacionais de Estados terceiros não se tratam mais de estranhos, mesmo que não estejam registrados como cidadãos da União, já estão integrados e construindo uma vida naquele lugar<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> Staiano, Fulvia. “Derivative residence rights for parents of Union citizen children under article 20 TFEU: Chavez-Vilchez”. *In Common Market Law Review*. Vol. 55: n. 1, 2018. p. 232

<sup>206</sup> Staiano, Fulvia. “Derivative residence rights for parents of Union citizen children under article 20 TFEU: Chavez-Vilchez”. *In Common Market Law Review*. Vol. 55: n. 1, 2018. p. 232.

<sup>207</sup> Rauceca, Chiara. The substance of citizenship: is it rights all the way down? *In Netherlands Journal of Legal Philosophy*. p. 84. Disponível em:

Se isso for possível verifica-se a alteração do estatuto desses progenitores a fim de adquirirem o direito de residência autonomamente, como titulares deste, e assim continuarem a viver no local onde construíram sua vida e passaram os anos a cuidar de seu filho que já não tem mais a necessidade desse cuidado.

Ainda, pode-se aventar a possibilidade, também no âmbito do direito nacional, por que também, assim como a concessão de vistos para residência, também se trata de competência exclusiva dos Estados-Membros, de naturalização. Isso porque a maior parte dos países prevê a tem no seu ordenamento jurídico a possibilidade de naturalização por tempo de residência no seu território, o que seria uma opção também. Neste mesmo raciocínio referimos também o pedido de residência permanente, se houver a possibilidade no Estado-Membro em questão. Ambas as situações, entretanto, geram insegurança para este progenitor, pois trata-se de seara privativa e de discricionariedade das autoridades do Estado.

Vê-se que, apesar de não haver nenhuma previsão específica acerca do possível destino destes progenitores, existem algumas alternativas para a tentativa de manutenção do seu direito de residência após o término da sua condição de *cuidador principal*, porém nenhuma delas confere segurança jurídica aos requerentes deste direito, pois dependem da discricionariedade do Estado-Membro, caso não preencham os requisitos e não lhes seja atribuído o estatuto de residente de longa duração.

Assim, não se pode desconsiderar a possibilidade de alguma alteração legislativa no âmbito do direito da União, com o objetivo, por exemplo, de alterar a Diretiva dos residentes de longa duração a fim de incluir expressamente a situação destes progenitores nacionais de Estados terceiros, ou mesmo criar uma nova norma de direito secundário a fim de englobar esta situação e garantir-lhes um direito expresso de residência após o cumprimento do tempo mínimo, bem como o preenchimento das demais condições.

Sabe-se, entretanto, que os Estados-Membros possuem certa dificuldade em tratar destas matérias e as legislações nacionais têm, inclusive, se tornado mais restritas no que se referem à concessão de direitos de residência de nacionais de Estados-terceiros. As razões



por trás dessas escolhas são bem conhecidas: limites claros do estado de bem-estar social ligado aos inúmeros custos de tomar conta de imigrantes, o medo de abrir as comportas que podem dificultar um processo suave e natural de integração de imigrante, e, infelizmente, uma boa dose de xenofobia, sendo este último uma razão inaceitável, enquanto as duas primeiras são compreensíveis preocupações dos Estados<sup>208</sup>.

Enquanto não ocorre uma alteração legislativa a respeito desta matéria, seguimos com a análise e as críticas a respeito da jurisprudência e da interpretação lançada pelo TJUE para casos como estes, que estão refinando a aplicação do direito da União e reforçando a ideia de cidadania da União no campo do direito derivado de residência a nacionais de Estados terceiro progenitores que assumem a guarda efetiva e quotidiana de seus filhos cidadãos da União de tenra idade.

---

<sup>208</sup> Berneri, Chiara. Family Reunification between static EU citizens and Third Country Nationals: a practical way to help families caught in the current immigration crisis. *In* European Journal of Migration and Law. Vol. 20: n. 3, 2018. P. 306.

## 6. Conclusão

O direito derivado de residência dos nacionais de Estados terceiros progenitores de cidadãos da União menores, que os têm sob sua guarda efetiva e quotidiana, é concedido de modo a garantir o efeito útil da cidadania da União deste menor. O TJUE firmou entendimento que deve ser concedido esse direito sempre que restar comprovado que a sua recusa obrigará o cidadão a abandonar o território da União a fim de que acompanhe esse progenitor. Tal abandono significa privar esse cidadão do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pela cidadania da União, que é o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros.

Primeiramente, as decisões referiam-se a casos em que foi exercitada a circulação e residência em outro Estado-Membro por parte do cidadão, e foi conferido o direito de residência do seu progenitor a fim de garantir o exercício do direito de livre circulação pelo menor, cidadão da União, uma vez que sem a presença da progenitora, não seria possível para realizá-lo. E, após, a Corte decidiu pelo mesmo caminho, em um caso em que não havia sido exercitado o direito de livre circulação e residência em outro Estado-Membro. Desta vez, com base exclusivamente nos direitos derivados do estatuto de cidadania, foi determinado que nenhuma medida nacional poderia ter o efeito de privar os cidadãos da União de gozar efetivamente do essencial dos direitos conferidos pela cidadania desta.

Nesta segunda parte, o Tribunal inovou também por que atribuiu o cabimento do direito da União e o preavalecimento da proteção à cidadania da União em situações antes consideradas como internas, ou nacionais, uma vez que não havia, à primeira vista, característica transfronteiriça na situação proposta.

A cidadania, portanto, é o estatuto que tem o poder de garantir, através do direito da União, um direito de residência de modo derivado a um nacional de Estado terceiro, progenitor e que tem seu filho, cidadão da União, sob seu cuidado diário e efetivo, de forma a permanecer e residir em um Estado-Membro com este.

Viu-se, através das jurisprudências selecionadas, que o Tribunal confere tal direito com a finalidade exclusiva de garantir que o menor permaneça no território da União, para que possa gozar de todos os direitos associados ao estatuto da cidadania. Para tanto, na sua última decisão estipulou parâmetros a serem atendidos pelo tribunal nacional quando da

decisão do caso concreto para aferir se com a decisão se estará salvaguardando o menor nesse sentido.

O Tribunal atribuiu aos direitos fundamentais da proteção à vida familiar e o superior interesse da criança uma importância considerável, pois determinou que estes devem ser levados em consideração pelo órgão nacional quando realizar a averiguação da real necessidade da presença do progenitor nacional de um país terceiro na vida deste menor, para o seu equilíbrio. Também apontou na direção de se utilizar o critério do *cuidador principal* da criança, devendo-se avaliar qual o grau ou mesmo a existência de uma relação de dependência entre o progenitor nacional de Estado terceiro e o cidadão da União, a fim de determinar a existência ou não da real necessidade da presença daquele.

Não se discutiu, mesmo quando houve referência à proteção da vida familiar e ao superior interesse da criança, a possibilidade de proporcionar a este menor a oportunidade da permanência de ambos os progenitores na sua criação, isto é, proporcionar o contato direto e cotidiano, uma vez que, se o progenitor nacional do Estado terceiro não conseguir comprovar a real necessidade da sua presença no mesmo território de seu filho, inevitavelmente será obrigado a deixar o território do Estado-Membro em questão e terá de se afastar da criação do filho.

A jurisprudência também determinou que a autoridade nacional é responsável por investigar se a separação do filho e do progenitor nacional de Estado terceiro é capaz de causar desequilíbrio para o desenvolvimento do menor, com base no grau de dependência existente entre ambos, além de se considerar os demais parâmetros abalizados pela Corte, podendo, entretanto, atribuir ao progenitor nacional de Estado terceiro o ônus probatório a fim de demonstrar que o outro progenitor, cidadão da União, não é capaz de assumir a guarda e o cuidado do filho, não bastando somente isto, como já referido, para a recusa do direito de residência do progenitor nacional do Estado terceiro.

Portanto, o direito de residência é derivado, ou seja, não possui autonomia e depende da constância e existência da situação que deu origem, ou seja, o cuidado do menor. Assim, uma vez concedido este direito, questiona-se qual seria o destino desse progenitor após o término da condição de existência do seu direito de residência.

Relativamente ao direito da União já existente, a única possibilidade de conferir alguma segurança jurídica a estes progenitores na conservação desse direito de residência

poderia ser o pedido e a concessão do estatuto de nacional de Estado terceiro residente de longa duração, pois bastaria preencher os requisitos impostos na Diretiva específica, após cinco anos de residência legal no Estado-Membro.

Alguma iniciativa legislativa por parte da União a fim de uniformizar o tratamento desta matéria também poderia ser uma alternativa viável para assegurar o resultado almejado nestas situações, porém, isso dependeria da vontade política dos Estados-Membros, que sabemos muitas vezes não conseguem responder aos anseios e necessidades dos cidadãos da União e nacionais de Estados terceiros, e, ainda mais, em um assunto delicado como é este na realidade da União.

Fora dessa possibilidade, a princípio não se vislumbra, no direito da União atual, uma alternativa a fim de conferir um direito de residência permanente para estas pessoas que perderam, após alguns ou muitos anos a viver e construir sua vida no território do Estado-Membro de nacionalidade e/ou residência de seu filho, a condição de permanência naquele Estado pelo término da condição de cuidado deste filho. Essa apreciação seria, portanto, de competência das autoridades nacionais, e dependeria do seu juízo de discricionariedade, o que gera insegurança jurídica a tais situações no futuro.

Assim, percebe-se que não somente o futuro destes progenitores nacionais de Estados-terceiros de cidadãos da União é desconhecido, como também o seu presente e o reconhecimento deste direito de residência derivado em razão do cuidado e da guarda assumida pela criança, uma vez que seu direito não está positivado, foi uma criação jurídica do Tribunal de Justiça acerca dos efeitos e direitos associados à cidadania da União.

Mais seguro seria estabelecer normas que regulamentassem essa situação, determinando as condições e regras expressas do direito de residência derivado. Porém, isso depende, como já referido, da iniciativa do legislador europeu e de articulações políticas acerca de um assunto muito delicado dentro da política da União, o que não será fácil conseguir, entretanto, não significa que não deve ser buscado.

O TJUE realiza o seu dever de interpretar o direito da União buscando dar a maior efetividade aos direitos dos cidadãos da União e continua a conferir proteção e direitos quando tais direitos são ou correm o risco de ser violados por medidas nacionais, como no caso ora estudado, enquanto não surgem normas legais que confirmam essa proteção

diretamente. Apesar de, com algumas críticas pontuais acerca das decisões proferidas, entendemos que a posição do TJUE é acertada ao garantir a proteção ao cidadão da União e seu(s) progenitor(es) de residirem juntamente em um Estado-Membro quando este Estado não o faz, a fim de garantir o efeito útil da cidadania do cidadão da União, menor de tenra idade.

## 7. Bibliografia

BARRETT, Gavin. Family matters: European Community law and third-country family members. *In* Common Market Law Review. Vol. 40: n. 02, Abril/2003.

BERNERI, Chiara. Family Reunification between static EU citizens and Third Country Nationals: a practical way to help families caught in the current immigration crisis. *In* European Journal of Migration and Law. Vol. 20: n. 3, 2018.

BERNERI, Chiara. Family reunification in the European Union: the movement and residence rights of third country national family members of EU citizens. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2017.

BERNERI, Chiara. Protection of families composed by EU citizens and Third-country Nationals: some suggestions to tackle reverse discriminations. *In* European Journal of Migration and Law. Vol. 16: 2014. p. 249-275.

CARLIER, Jean-Yves. “Case C-200/02 Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department, judgment of the Court of Justice (Full Court) of 19 october 2004”. *In* Common Market Law Review. Vol. 42: 2005.

CRIPPEN, Gary. Stumbling beyond best interests of the child: reexamining child custody standard-setting in the Wake of Minnesota’s Four Year Experiment with the Primary Caretaker Preference. *In* Minnesota Law Review. Vol. 75:427, 1990.

DUARTE, Maria Luísa. A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitário. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

DUARTE, Maria Luísa. Estudos sobre o Tratado de Lisboa. Coimbra: Ed. Almedina, 2010.

ESPINO GARCÍA, Soraya. La Protección del Estatuto de ciudadanía de la Unión em la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): a propósito de los asuntos *Rendón Marin* (C-165/14), *Chavez-Vilchez* (C-133/15) e *Toufik Lounes* (C-165/16). *In* Revista de Derecho UNED, num. 23: 2018. p. 741.

FERNANDES, Francisco Liberal. Liberdade de Circulação dos Trabalhadores na Comunidade Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

GOMES, Ana Sofia. Responsabilidades Parentais Internacionais: em especial na União Europeia. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2013.

GROENENDIJK, Kees. Family Reunification as a right under Community Law. *In* European Journal of Migration & Law. Netherlands: n. 8, 2006.

HENRIQUES, Miguel Gorjão. Direito da União. Coimbra: Ed. Almedina, 9ª Ed. 2019.

LOPES, Dulce. A cidadania da UE e a importância de ser europeu. *In Debater a Europa*. nº 7, julho/dezembro, 2012. Disponível em: <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>, consultado em 28/5/2019.

MACHADO, Jónatas E. M. Direito da União Europeia. - 2ª Ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MARTINS, Ana Maria Guerra. A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados Terceiros legalmente residentes na União Europeia. Coimbra: Ed. Almedina, 2010.

MARTIN, Denis. Comments on D’Hoop (Case C-224/98 of 11 July 2002), Grabner (Case C-294/00 of 11 July 2002), MRAX (Case C-459/99 of 25 July 2002) and Baumbast (Case C-413/99 of 17 September 2002). *In European Journal of Migration and Law* n. 5: 143-162, 2003.

MONTALDO, Stefano. Freedom of Movement, Social Integration and naturalization: testing reverse discrimination in the recent case law of the Court of Justice. *In Insight European Papers*. Vol. 3, n. 3, 2018. Disponível em [http://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf\\_version/EP\\_EF\\_2018\\_I\\_040\\_Stefano\\_Montaldo.pdf](http://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2018_I_040_Stefano_Montaldo.pdf), consultado em 05 de julho de 2019.

MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

NEUVONEN, Päivi Johanna. “EU Citizenship and its ‘very specific’ essence: Rendón Marin and CS” *in Common Market Law Review*, Vol. 54, n. 4, August/2017.

PAIS, Sofia Oliveira. Estudos de Direito da União Europeia. 4ª ed. Coimbra: Ed Almedina, 2018.

PARLAMENTO EUROPEU - Fichas temáticas sobre a União Europeia: Proteção dos Direitos Fundamentais na EU. Sítio web disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/146/pt/146/protecao-dos-direitos-fundamentais-na-ue>

PARLAMENTO EUROPEU - Fichas Técnicas sobre a União Europeia. Sítio web do Parlamento Europeu, disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_4.1.3.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_4.1.3.html), acessado em 20 de março de 2019.

PIÇARRA, Nuno. Cidadania Europeia, Direito Comunitário e Direito Nacional. *In O Direito*. Ano 137º, vol. IV-V, 2005.

POCAR, Fausto; Ilaria Viarengo. Diritto Comunitario del Lavoro. 2ª ed. Padova: Editora CEDAM, 2001.

RAMOS, Rui Manoel Moura. Da Livre Circulação de Pessoas à Cidadania da União. *In Estudos de Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

RAMOS, Rui Manoel Moura. Les Nouveaux Aspects de la Libre Circulation des Personnes. Vers Une Citoyenneté Européenne. *In* Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXVIII. Coimbra, 1992.

RAUCEA, Chiara. The substance of citizenship: is it rights all the way down? *In* Netherlands Journal of Legal Philosophy, 2018. Disponível em: [http://www.njlp.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2018/1/NJLP\\_2213-0713\\_2018\\_047\\_001\\_005.pdf](http://www.njlp.nl/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2018/1/NJLP_2213-0713_2018_047_001_005.pdf), consultado em 08 de julho de 2019.

ROEBEN, Volker. Keith Bush, Petra Minnerop, Jukka Snell, Pedro Telles. Protection from exclusion: a reassessment of Union Citizenship in the time of Brexit. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/324113499\\_Protection\\_from\\_exclusion\\_a\\_reassessment\\_of\\_Union\\_Citizenship\\_in\\_the\\_time\\_of\\_Brexit](https://www.researchgate.net/publication/324113499_Protection_from_exclusion_a_reassessment_of_Union_Citizenship_in_the_time_of_Brexit), consultado em 08/7/2019.

SMITH, Paul L. The Primary Caretaker Presumption: Have we been presuming too much? *In* Indiana Law Journal, Vol. 75: Issue 2, Artigo 23, 2000.

SOARES, António Goucha. A livre circulação de pessoas na Europa Comunitária: alargamento jurisprudencial do conceito. Lisboa: Ed. Fragmentos, 1990.

SOBREIRA, Carlos Pedro. O Juiz Comunitário e o recurso aos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade enquanto limites ao exercício das competências comunitárias. Lisboa: Vislis Editores, 2003.

STAIANO, Fulvia. “Derivative residence rights for parents of Union citizen children under article 20 TFEU: Chavez-Vilchez”. *In* Common Market Law Review. Vol. 55, n. 1. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Sítio Web Oficial da União Europeia: disponível em [https://europa.eu/european-union/about-eu/history\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/history_pt), consulta realizada em 27 de março de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Sítio Web Oficial da União Europeia, disponível em: [https://europa.eu/youreurope/citizens/family/children/parental-responsibility/index\\_pt.htm](https://europa.eu/youreurope/citizens/family/children/parental-responsibility/index_pt.htm), consulta realizada em 10/5/2019.

UNIÃO EUROPEIA. Sítio Web Oficial da União Europeia. Disponível em: [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/schengen\\_brochure/schengen\\_brochure\\_dr3111126\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_pt.pdf), consulta realizada em 07 de junho de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Sítio Web Oficial da União Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0027>, consulta realizada em 07 de junho de 2019.



UNIÃO EUROPEIA. Sítio web oficial da União Europeia. Disponível em: [https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1945-1959\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1945-1959_pt), consulta realizada em 07 de junho de 2019

## **Relação de Legislações**

### **Convenções Internacionais**

Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Convenção de Haia relativa à competência, à lei aplicável, ao Reconhecimento, à execução e a cooperação em matéria de responsabilidade parental e medidas de proteção das Crianças, de 1986.

Convenção dos Direitos da Criança, de 1989.

### **Legislação Europeia**

Tratado da União Europeia.

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Diretiva 73/148/CEE do Conselho, de 21 de Maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços.

Diretiva 90/364/CEE, de 28 de junho de 1990, do Conselho, relativa ao direito de residência, atualmente sem vigor, revogada pela Diretiva 2004/38/CEE.

Diretiva 90/365/CEE, de 28 de junho de 1990, do Conselho, relativa ao direito de residência dos trabalhadores assalariados e não assalariados que cessaram a sua atividade profissional.

Diretiva 90/366/CEE, de 28 de junho de 1990, do Conselho, relativa ao direito de residência dos estudantes.

Diretiva 2003/109/CE, de 25 de novembro de 2003, do Conselho, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração.

Diretiva 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 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.

Regulamento 15/1961/CEE, do Conselho.

Regulamento 1612/68, do Conselho, de 15 de outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade.

## **Relação de Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia**

Acórdão Luigi e Carbone, Processo n. C-286/82 e C-26/83, de 31 de janeiro de 1984.

Acórdão Gravier, Processo n. C-293/83, de 13 de fevereiro de 1985.

Acórdão Humbel, Processo n. C-263/86, de 27 de setembro de 1988.

Acórdão Martinez Sala, Processo n. C-85/96, de 12 de maio de 1998.

Acórdão Grzelczyk, Processo n. 184/99, de 20 de setembro de 2001.

Acórdão MRAX, Processo n. C-459/99, de 25 de julho de 2002.

Acórdão Baumbast e R., Processo n. C-413/99, de 17 de setembro de 2002.

Acórdão Carpenter, Processo n. C-60/00, de 11 de julho de 2002.

Acórdão Zhu e Chen, Processo n. C-200/02, de 19 de outubro de 2002.

Acórdão Akrich, Processo n. C-109/01, de 23 de setembro de 2003.

Acórdão Rottmann, Processo n. C-135/08, de 02 de março de 2010.

Acórdão Zambrano, Processo n. C-34/09, de 08 de março de 2011.

Acórdão Dereci e o., Processo n. C-256/11, de 15 de novembro de 2011.

Acórdão Alarape, Processo n. C-529/11, de 08 de maio de 2013.

Acórdão CS, Processo n. C-304/14, de 13 de setembro de 2016.

Acórdão Rendón Marin, Processo n. C-165/14, de 13 de setembro de 2016.

Acórdão Chavez-Vilches e o., Processo n. C-133/15, de 10 de maio de 2017.