

PT

PT

PT



COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Bruxelas, 2.7.2009
COM(2009) 313 final

**COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO
AO PARLAMENTO EUROPEU E AO CONSELHO**

**sobre orientações para assegurar uma transposição e aplicação mais adequadas da
Directiva 2004/38/CE relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da
União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros
(Texto relevante para efeitos do EEE)**

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU E AO CONSELHO

sobre orientações para assegurar uma transposição e aplicação mais adequadas da Directiva 2004/38/CE relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros (Texto relevante para efeitos do EEE)

1. INTRODUÇÃO

Em 10 de Dezembro de 2008, a Comissão adoptou o seu relatório¹ sobre a aplicação da Directiva 2004/38/CE², que apresentou uma panorâmica global sobre a forma como a directiva foi transposta para o direito nacional e aplicada na prática.

O relatório concluiu que, globalmente, a transposição da directiva era decepcionante, nomeadamente no que diz respeito ao Capítulo VI (*que prevê o direito de os Estados-Membros limitarem os direitos dos cidadãos da UE e dos membros das suas famílias por razões de ordem pública ou de segurança pública*) e ao artigo 35.º (*que autoriza os Estados-Membros a adoptarem medidas destinadas a prevenir os abusos e as fraudes, como os casamentos de conveniência*).

No referido relatório, a Comissão anunciou a intenção de disponibilizar informações e assistência no primeiro semestre de 2009, tanto aos Estados-Membros como aos cidadãos da UE, através de orientações, relativamente a uma série de questões problemáticas em matéria de transposição ou de aplicação. Esta intenção foi bem acolhida pelo Conselho³ e pelo Parlamento Europeu⁴. As orientações apresentam os pontos de vista da Comissão e não prejudicam a jurisprudência do Tribunal de Justiça (*«o Tribunal»*), nem a respectiva evolução.

A presente comunicação destina-se a dar orientações aos Estados-Membros sobre a forma de aplicar correctamente a Directiva 2004/38/CE, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, a fim de introduzir verdadeiras melhorias para os cidadãos da UE e tornar a União um espaço de segurança, de liberdade e de justiça.

O relatório permitiu igualmente identificar problemas frequentes relacionados com o direito de entrada e residência de membros da família de cidadãos da UE nacionais de países terceiros, bem como com a obrigação imposta aos cidadãos da UE de apresentarem documentos complementares não previstos na directiva ao introduzirem um pedido de residência. A Comissão anunciou no relatório que redobrará esforços para assegurar a correcta transposição e aplicação da directiva. Para alcançar este objectivo, continuará a informar os

¹ COM(2008) 840 final.

² Directiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros.

³ Conclusões das reuniões do Conselho JAI de Novembro de 2008 e Fevereiro de 2009.

⁴ Resolução do Parlamento Europeu, de 2 de Abril de 2009, relativa à aplicação da Directiva 2004/38/CE (2008/2184(INI)).

cidadãos sobre os direitos que lhes são conferidos pela directiva, nomeadamente através da distribuição de um guia simplificado aos cidadãos da UE e tirando o melhor partido da Internet. Além disso, a Comissão reunir-se-á com os Estados-Membros a título bilateral para discutir questões relacionadas com a execução e a aplicação e utilizará plenamente os poderes que lhe são conferidos pelo Tratado.

Actualmente mais de 8 milhões de cidadãos da União exercem o seu direito de livre circulação e residência e vivem noutra Estado-Membro da União. A livre circulação de cidadãos constitui uma das liberdades fundamentais do mercado interno e está no cerne do projecto europeu. A Directiva 2004/38/CE codificou e reviu os instrumentos comunitários existentes, com vista a simplificar e reforçar o direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias. A título de observação de carácter geral, a Comissão recorda que a directiva deve ser interpretada e aplicada em conformidade com os direitos fundamentais⁵, nomeadamente o direito ao respeito pela vida privada e familiar, o princípio da não discriminação, os direitos das crianças e o direito a um recurso efectivo perante um tribunal, tal como garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (*CEDH*) e retomados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A livre circulação de pessoas constitui um dos alicerces da União Europeia e, como tal, as derrogações a este princípio devem ser interpretadas de forma restritiva⁶. Todavia, o direito à livre circulação na UE não é ilimitado e é acompanhado de obrigações para os seus beneficiários, o que implica o respeito da lei do país de acolhimento.

2. CIDADÃOS DA UE E MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS NACIONAIS DE PAÍSES TERCEIROS - ENTRADA E RESIDÊNCIA

A directiva⁷ só se aplica aos 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 que os acompanhem ou que com eles se reúnam.

T., nacional de um país terceiro, reside no seu Estado-Membro de acolhimento há algum tempo e pretende que o seu cônjuge, também nacional de um país terceiro, se lhe venha juntar. Uma vez que nenhum deles é cidadão da UE, o casal não pode beneficiar dos direitos previstos na directiva, cabendo inteiramente ao Estado-Membro em causa regular o direito de os nacionais de países terceiros se juntarem ao seu cônjuge nacional de um país terceiro, tendo em conta, se for caso disso, outros instrumentos do direito comunitário.

Os cidadãos da UE que residem no Estado-Membro da sua nacionalidade não beneficiam, em princípio, dos direitos conferidos pela legislação comunitária relativa à livre circulação de pessoas, sendo os seus familiares nacionais de países terceiros abrangidos pela regulamentação nacional em matéria de imigração. Todavia, os cidadãos da UE que regressaram ao seu Estado-Membro de origem após terem residido noutra Estado-Membro⁸ e os cidadãos da União que exerceram o seu direito de livre circulação noutra Estado-Membro

⁵ Processos C-482/01 e C-493/01 *Orfanopoulos e Oliveri* (n.ºs 97-98) e C-127/08 *Metock* (n.º 79).

⁶ Processos 139/85 *Kempf* (n.º 13) e C-33/07 *Jipa* (n.º 23).

⁷ N.º 1 do artigo 3.º.

⁸ Processos C-370/90 *Singh* e C-291/05 *Eind*.

sem nele residirem⁹ (*por exemplo, prestando serviços*) também beneficiam das regras relativas à livre circulação de pessoas.

P. reside no Estado-Membro da sua nacionalidade. Gosta de lá viver e nunca residiu nouro Estado-Membro. Quando pretende que a sua mulher, nacional de um país terceiro, se lhe venha juntar, o casal não pode beneficiar dos direitos previstos na directiva, cabendo inteiramente ao Estado-Membro em causa regular o direito de os cônjuges nacionais de países terceiros se juntarem aos seus nacionais.

Os trabalhadores fronteiriços são abrangidos pelo direito comunitário em ambos os países (*enquanto trabalhadores migrantes no Estado-Membro de emprego e enquanto pessoas auto-suficientes no Estado-Membro de residência*).

2.1. Membros da família e outros beneficiários

2.1.1. Cônjuges e parceiros

Os casamentos contraídos de forma válida em qualquer país devem, em princípio, ser reconhecidos para efeitos da aplicação da directiva. Os **casamentos forçados**, em que uma ou ambas as partes casam sem o seu consentimento ou contra a sua vontade, não são protegidos pelo direito internacional¹⁰ nem pelo direito comunitário. Convém estabelecer uma distinção entre casamentos forçados e **casamentos combinados**, contraídos com o livre consentimento de ambas as partes, embora seja um terceiro a assumir o papel principal na escolha do parceiro, bem como entre casamentos forçados e casamentos de conveniência, definidos na secção 4.2.

Os Estados-Membros não são obrigados a **reconhecer casamentos polígamos**, legalmente contraídos num país terceiro, os quais podem colidir com a sua própria ordem jurídica¹¹. Tal não prejudica a obrigação de ter em conta os interesses superiores dos filhos resultantes desses casamentos.

A directiva deve ser aplicada em conformidade com o princípio da não discriminação, nomeadamente consignado no artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

O parceiro com quem um cidadão da UE mantenha uma relação de facto duradoura, devidamente comprovada, é abrangido pelo n.º 2, alínea b), do artigo 3.º. As pessoas cujos direitos ao abrigo da directiva decorrem da sua qualidade de **parceiros duradouros** podem ser obrigadas a apresentar documentos comprovativos da sua relação com um cidadão da UE, bem como do carácter duradouro da mesma. Os elementos de prova podem ser apresentados através de quaisquer meios adequados.

⁹ Processo C-60/00 *Carpenter*.

¹⁰ Nomeadamente, n.º 2 do artigo 16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem ou n.º 1, alínea b), do artigo 16.º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

¹¹ TEDH processo *Alilouch El Abasse / Países Baixos* (6 de Janeiro de 1992).

O requisito da durabilidade da relação deve ser apreciado à luz do objectivo da directiva, ou seja, manter a unidade da família em sentido lato¹². As normas nacionais relativas ao carácter duradouro da parceria podem prever um período de tempo mínimo como critério. Todavia, nesse caso, devem prever que outros aspectos pertinentes sejam igualmente tidos em consideração (*por exemplo uma hipoteca conjunta para a aquisição de um imóvel*). Qualquer recusa de entrada ou residência deve ser plenamente fundamentada por escrito e deve poder ser objecto de recurso.

2.1.2. Familiares em linha directa

Sem prejuízo das questões ligadas ao reconhecimento das decisões das autoridades nacionais, a noção de **descendentes e ascendentes directos** é alargada às relações de adopção¹³, bem como aos menores sob custódia de um tutor legal permanente. Em caso de tutela temporária, os filhos e pais adoptivos podem ter direitos ao abrigo da directiva, em função da força dos laços que existam no caso concreto. Não existem restrições quanto ao grau de parentesco. As autoridades nacionais podem solicitar provas da alegada relação de parentesco.

Ao transporem a directiva, os Estados-Membros devem agir sempre no **interesse superior da criança**, conforme previsto na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de Novembro de 1989.

2.1.3. Outros membros da família

O n.º 2, alínea a), do artigo 3.º não estabelece quaisquer restrições quanto ao grau de parentesco ao referir-se a «**outro membro da família**».

2.1.4. Familiares a cargo

Em conformidade com a jurisprudência¹⁴ do Tribunal, a qualidade de familiar «**a cargo**» resulta de uma situação caracterizada pelo facto de o **apoio material**¹⁵ a esse familiar ser prestado pelo cidadão da UE ou pelo seu cônjuge/parceiro. A qualidade de familiar a cargo não pressupõe um direito a alimentos. Não é necessário examinar se os familiares em causa estariam teoricamente em condições de assegurar o seu próprio sustento, por exemplo exercendo uma actividade profissional.

Para determinar se os familiares estão a cargo, deve ser avaliado individualmente, tendo em conta as circunstâncias de ordem financeira e social, se os familiares precisam de apoio material para satisfazer as suas necessidades essenciais no seu país de origem ou no país de onde vinham no momento em que apresentaram um pedido para se juntarem ao cidadão da UE (*e não no Estado-Membro de acolhimento onde o cidadão da UE reside*). Nos seus

¹² Sexto considerando.

¹³ Os filhos adoptivos são plenamente protegidos pelo artigo 8.º da CEDH (*TEDH processos X / Bélgica e Países Baixos (10 de Julho de 1975), X / França (5 de Outubro de 1982), bem como X, Y e Z / Reino Unido (22 de Abril de 1997)*).

¹⁴ Processos 316/85 *Lebon* (n.º 22) e C-1/05 *Jia* (n.ºs 36-37).

¹⁵ A dependência afectiva não é tida em consideração, ver conclusões do advogado-geral Tizzano no processo C-200/02 *Zhu e Chen*, n.º 84.

acórdãos sobre o conceito de dependência, o Tribunal não se referiu a nenhum nível de vida específico para determinar a necessidade de apoio financeiro por parte do cidadão da UE¹⁶.

A directiva não prevê qualquer condição relativamente à duração mínima da dependência nem ao montante do apoio material prestado, desde que a dependência seja real e de carácter estrutural.

Os familiares a cargo devem apresentar provas documentais da sua dependência. Os elementos de prova podem ser fornecidos por qualquer meio adequado, tal como confirmado pelo Tribunal¹⁷. Sempre que os familiares em causa possam apresentar elementos de prova da sua dependência por meios diferentes de um certificado emitido pela autoridade competente do país de origem ou do país de proveniência, o Estado-Membro de acolhimento não pode recusar reconhecer os seus direitos. Contudo, o simples compromisso do cidadão da União de apoiar o familiar em causa não basta, por si só, para estabelecer a existência de dependência.

Em conformidade com o **n.º 2 do artigo 3.º**, os Estados-Membros dispõem de uma certa margem de apreciação ao estabelecerem os critérios de concessão dos direitos previstos na directiva em relação aos «**familiares a cargo**», mas esta liberdade não é ilimitada. A fim de manter a unidade da família em sentido lato, a legislação nacional deve prever um exame cuidadoso das circunstâncias pessoais pertinentes dos candidatos em causa, tomando em consideração a sua relação com o cidadão da UE ou quaisquer outras circunstâncias, como a sua dependência financeira ou física em relação ao cidadão da União, como previsto no sexto considerando.

Qualquer decisão negativa está sujeita a todas as garantias materiais e processuais previstas na directiva. Deve ser inteiramente fundamentada por escrito e deve poder ser objecto de recurso.

2.2. Entrada e residência dos membros da família de países terceiros

2.2.1. Vistos de entrada

Tal como previsto no n.º 2 do artigo 5.º, os Estados-Membros podem impor a obrigação de visto de entrada aos membros da família nacionais de países terceiros que circulem ou se venham reunir com um cidadão da UE ao qual seja aplicável a directiva. Tais membros da família têm não só o direito de entrar no território do Estado-Membro, mas também **o direito de obter um visto de entrada**¹⁸, o que os diferencia dos outros nacionais de países terceiros, que não beneficiam deste direito.

Deve ser emitido aos membros da família nacionais de países terceiros, **o mais rapidamente possível e por tramitação acelerada, um visto de entrada de curta duração gratuito**. Por analogia com o artigo 23.º do Código de Vistos¹⁹, a Comissão considera que os atrasos de mais de quatro semanas não são razoáveis. As autoridades dos Estados-Membros devem dar orientações aos membros da família relativamente ao tipo de visto que devem solicitar e não

¹⁶ O critério para determinar a dependência deveria consistir essencialmente em analisar se, à luz das circunstâncias pessoais da pessoa que necessita de apoio, os meios financeiros do familiar a cargo lhe permitem viver com um nível de subsistência mínimo no país onde reside normalmente (conclusão do advogado-geral Geelhoed no processo C-1/05 *Jia*, n.º 96).

¹⁷ Processos C-215/03 *Oulane* (n.º 53) e C-1/05 *Jia* (n.º 41).

¹⁸ Processo C-503/03 *Comissão / Espanha* (n.º 42).

¹⁹ COM(2006) 403 final/2.

podem exigir-lhes que introduzam um pedido de visto de longa duração, de residência ou de reagrupamento familiar. Os Estados-Membros devem conceder aos membros da família referidos todas as facilidades para a obtenção dos vistos necessários. Os Estados-Membros podem recorrer às linhas telefónicas de valor acrescentado ou a serviços de uma empresa externa para fixar uma entrevista, mas devem oferecer a possibilidade de acesso directo ao consulado aos membros da família nacionais de países terceiros.

Como o direito de obter um visto de entrada decorre da existência do elo de parentesco com o cidadão da UE, os Estados-Membros só podem exigir a **apresentação de um passaporte válido e provas do elo de parentesco**²⁰ (*e, se for caso disso, de uma prova de dependência, da existência de razões de saúde graves ou de uma relação duradoura*). Não pode ser exigido qualquer documento suplementar, como uma prova de alojamento, uma prova de recursos suficientes, uma carta de convite ou um bilhete de regresso.

Os Estados-Membros podem encorajar a integração dos cidadãos da UE e dos seus familiares nacionais de países terceiros mediante a oferta de cursos de línguas e outros cursos específicos numa base voluntária²¹. A recusa de assistir a estes cursos não deve ter consequências.

Os cartões de residência emitidos nos termos do artigo 10.º da directiva aos *membros da família de um cidadão da UE que resida no Estado-Membro de acolhimento*, incluindo os emitidos por outros Estados-Membros, isentam o seu titular da obrigação de visto quando este acompanha o cidadão da UE ou se reúna com o mesmo no Estado-Membro de acolhimento.

Os cartões de residência não emitidos ao abrigo da directiva podem isentar o seu titular da obrigação de visto em conformidade com as regras de Schengen²².

2.2.2. Cartões de residência

Tal como estabelecido no n.º 1 do artigo 10.º, o direito de residência dos membros da família nacionais de um país terceiro é comprovado pela emissão de um documento denominado «*cartão de residência de membro da família de um cidadão da União*». A denominação deste cartão de residência não deve desviar-se da redacção prevista na directiva, dado que títulos diferentes impossibilitariam o reconhecimento do cartão de residência noutros Estados-Membros enquanto documento que isenta o seu titular da obrigação de visto por força do n.º 2 do artigo 5.º.

Dado que não existe um modelo de cartão de residência, os Estados-Membros são livres de o conceber da forma que julgarem mais apropriada²³. Todavia, o cartão de residência deve ser

²⁰ N.º 5 do artigo 8.º e n.º 2 do artigo 10.º

²¹ Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Multilinguismo: uma mais-valia para a Europa e um compromisso comum (COM (2008) 566).

²² Artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 562/2006 que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (*Código das Fronteiras Schengen*).

²³ O Regulamento (CE) n.º 1030/2002 do Conselho, que estabelece um modelo uniforme de título de residência para os nacionais de países terceiros, não se aplica aos membros da família de cidadãos da UE que exerçam o seu direito de livre circulação (*artigo 5.º*) e o artigo 21.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.

emitido enquanto documento distinto e não sob a forma de uma vinheta aposta num passaporte, já que tal poderia limitar a validade do cartão, em violação do n.º 1 do artigo 11.º.

O cartão de residência deve ser **emitido no prazo de seis meses a contar da data do pedido**. Este prazo deve ser interpretado à luz do artigo 10.º do Tratado CE, só se justificando o prazo máximo de seis meses nos casos em que o exame do pedido envolva a verificação da existência de considerações de ordem pública²⁴.

A **lista dos documentos**²⁵ a apresentar juntamente com o pedido de cartão de residência é exaustiva, como confirmado pelo considerando 14, não podendo ser solicitados documentos adicionais.

Os Estados-Membros podem exigir que os documentos sejam **traduzidos, autenticados ou legalizados**, no caso de a autoridade nacional competente não compreender a língua em que o documento em causa está redigido ou ter suspeitas quanto à autenticidade da autoridade que o emitiu.

2.3. Residência dos cidadãos da UE por um período superior a três meses

Os cidadãos da UE têm o direito de residir no Estado-Membro de acolhimento se nele desenvolverem uma actividade económica. Os estudantes e os cidadãos da União economicamente inactivos devem dispor de **recursos suficientes** para si próprios e para os membros das suas famílias, a fim de não se tornarem uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período de residência. Devem também dispor de um **seguro de doença completo**.

A **lista dos documentos** a apresentar juntamente com o pedido de residência é exaustiva, não podendo ser exigidos documentos adicionais.

2.3.1. Recursos suficientes

A **noção de «recursos suficientes»** deve ser interpretada à luz do objectivo da directiva, que consiste em facilitar a livre circulação, desde que os beneficiários do direito de residência não se tornem uma sobrecarga excessiva para o regime de assistência social do Estado-Membro de acolhimento.

O primeiro passo para avaliar a existência de recursos suficientes consiste em verificar se o cidadão da UE (*e os membros da família cujo direito de residência dele decorra*) preenche os critérios nacionais para a concessão de uma **prestação básica de assistência social**.

Os cidadãos da UE dispõem de recursos suficientes sempre que o nível dos seus recursos seja superior ao limiar abaixo do qual é concedido o subsídio de subsistência mínimo no Estado-Membro de acolhimento. Se este critério não for aplicável, deve ser tida em conta a pensão mínima de segurança social.

O n.º 4 do artigo 8.º proíbe os Estados-Membros de estabelecerem, quer directa quer indirectamente, um montante fixo a considerar como «recursos suficientes», abaixo do qual o direito de residência pode ser automaticamente recusado. As autoridades dos

²⁴ COM(1999) 372 (ponto 3.2).

²⁵ N.º 2 do artigo 10.º.

Estados-Membros devem ter em conta a situação pessoal do interessado. Devem ser aceites os recursos provenientes de um terceiro²⁶.

Quando necessário, as autoridades nacionais podem efectuar verificações relativamente à existência dos recursos, bem como à sua legalidade, montante e disponibilidade. Os recursos não têm de ser periódicos e podem assumir a forma de capital acumulado. Os meios de prova da existência de recursos suficientes não podem ser limitados²⁷.

Para avaliar se uma pessoa, cujos recursos deixaram de ser considerados suficientes e à qual foi concedido o subsídio de subsistência mínimo, é ou se tornou uma **sobrecarga excessiva**, as autoridades dos Estados-Membros devem efectuar um teste de proporcionalidade. Para tal, os Estados-Membros podem elaborar, por exemplo, um dispositivo baseado em pontos a usar como indicador. O considerando 16 da Directiva 2004/38 apresenta três grupos de critérios com esta finalidade:

(1) Duração

- Há quanto tempo é concedida a prestação?
- Perspectivas: é provável que o cidadão da UE deixe de precisar da rede de segurança em breve?
- Há quanto tempo reside o cidadão no Estado-Membro de acolhimento?

(2) Situação pessoal

- Qual é o nível de integração do cidadão da UE e dos membros da sua família na sociedade do Estado-Membro de acolhimento?
- Há considerações relativas à idade, estado de saúde e situação familiar e económica a ter em conta?

(3) Montante

- Qual é o montante total da assistência concedida?
- O cidadão da UE tem antecedentes de forte dependência da assistência social?
- O cidadão da UE tem antecedentes de contribuições para o regime de assistência social no Estado-Membro de acolhimento?

Desde que não se tornem um encargo excessivo para o regime de assistência social do Estado-Membro de acolhimento, os titulares do direito de residência não podem ser afastados por esse motivo²⁸.

²⁶ Processo C-408/03 *Comissão / Bélgica* (n.º 40 e seg.).

²⁷ Processo C-424/98 *Comissão / Itália* (n.º 37).

²⁸ N.º 3 do artigo 14.º.

Só o benefício de prestações de assistência social pode ser considerado pertinente para determinar se a pessoa em causa constitui uma sobrecarga excessiva para o sistema de assistência social.

2.3.2. Seguro de doença

Em princípio, qualquer seguro, privado ou público, obtido no Estado-Membro de acolhimento ou noutro Estado, é aceitável, desde que a sua **cobertura seja completa** e não dê origem a uma sobrecarga para as finanças públicas do Estado-Membro de acolhimento. Ao protegerem as suas finanças públicas avaliando a extensão da cobertura do seguro de doença, os Estados-Membros devem agir respeitando os limites impostos pelo direito comunitário e em conformidade com o princípio da proporcionalidade²⁹.

Os pensionistas preenchem a condição de dispor de um seguro de doença completo se tiverem direito a cuidados de saúde a cargo do Estado-Membro que paga a sua pensão³⁰.

O Cartão Europeu de Seguro de Doença oferece esta cobertura global quando o cidadão da UE em causa não muda de residência, na acepção do Regulamento (CEE) n.º 1408/71, para o Estado-Membro de acolhimento e tem a intenção de regressar, por exemplo para estudar ou ser destacado para outro Estado-Membro.

3. RESTRIÇÕES AO DIREITO DE LIVRE CIRCULAÇÃO E RESIDÊNCIA POR MOTIVOS DE ORDEM PÚBLICA OU DE SEGURANÇA PÚBLICA

A presente secção baseia-se na Comunicação de 1999 sobre medidas especiais aplicáveis aos cidadãos da União Europeia em matéria de deslocação e permanência, justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública³¹. De uma forma geral, o conteúdo da Comunicação de 1999 continua válido, ainda que faça referência à Directiva 64/221, que foi entretanto revogada pela Directiva 2004/38. O objectivo da presente secção é actualizar o conteúdo da comunicação de 1999 à luz da jurisprudência recente do Tribunal e clarificar certas questões suscitadas durante o processo da transposição da directiva.

Sendo a **livre circulação de pessoas** um dos alicerces da União Europeia, as disposições que concedem essa liberdade **devem ser interpretadas de forma lata**, enquanto as derrogações o devem ser de forma restritiva³².

3.1. Ordem pública e segurança pública

Os Estados-Membros podem restringir a liberdade de circulação dos cidadãos da UE por motivos de ordem pública ou de segurança pública. O Capítulo VI da directiva aplica-se a qualquer medida tomada por razões de ordem pública ou de segurança pública que afecte o

²⁹ Processo C-413/99 *Baumbast* (n.ºs 89-94).

³⁰ Artigos 27.º, 28.º e 28.º-A do Regulamento (CEE) n.º 1408/71 relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade. A partir de 1 de Março de 2010 este regulamento será substituído pelo Regulamento (CE) n.º 883/04, mas aplicar-se-ão os mesmos princípios.

³¹ COM(1999)372.

³² Processos 139/85 *Kempf* (n.º 13) e C-33/07 *Jipa* (n.º 23).

direito de as pessoas abrangidas pela directiva entrarem e residirem livremente no Estado-Membro de acolhimento nas mesmas condições que os nacionais desse Estado³³.

Os Estados-Membros mantêm a liberdade de determinar os requisitos em matéria de ordem pública e de segurança pública em conformidade com as suas necessidades, e estes podem variar em função do Estado-Membro e do período em causa. Todavia, no contexto da aplicação da directiva, devem interpretar esses requisitos de forma restritiva³⁴.

É fundamental que os Estados-Membros definam claramente os interesses protegidos pela sociedade e estabeleçam uma distinção clara entre ordem pública e segurança pública. Esta última categoria não pode ser alargada a medidas que devem ser abrangidas pela primeira.

De um modo geral, a **segurança pública** é interpretada de modo a abranger a segurança interna e externa³⁵, preservando a integridade territorial de um Estado-Membro e das suas instituições, ao passo que a **ordem pública** tem como objectivo prevenir as perturbações da ordem social.

Os cidadãos da UE só podem ser expulsos por um comportamento punido pela lei do Estado-Membro de acolhimento ou relativamente ao qual tenham sido adoptadas outras medidas reais e efectivas para o combater, como confirmado pela jurisprudência³⁶ do Tribunal.

Em qualquer caso, o incumprimento da obrigação de registo não é susceptível de constituir, em si, um comportamento que ameace a ordem pública e a segurança pública, não podendo, por si só, justificar a expulsão da pessoa³⁷.

3.2. Comportamento pessoal e ameaça

Só podem ser adoptadas medidas restritivas caso a caso, sempre que o comportamento de uma pessoa constitua uma ameaça real, actual e suficientemente grave para prejudicar um dos interesses fundamentais da sociedade do Estado-Membro de acolhimento³⁸. As medidas restritivas não se podem basear exclusivamente em considerações ligadas à protecção da ordem pública ou da segurança pública avançadas por outro Estado-Membro³⁹.

O direito comunitário opõe-se à adopção de medidas restritivas por **razões gerais de prevenção**⁴⁰. As medidas restritivas devem basear-se numa ameaça real, não podendo ser justificadas por um simples risco geral⁴¹. Não podem ser adoptadas de forma automática medidas restritivas na sequência de uma condenação penal, devendo estas ter em conta o comportamento do infractor e a ameaça que este representa para a ordem pública⁴². Não

³³ Processos 36/75 *Rutili* (n.ºs 8-21) e 30/77 *Bouchereau* (n.ºs 6-24).

³⁴ Processos 36/75 *Rutili* (n.º 27), 30/77 *Bouchereau* (n.º 33) e C-33/07 *Jipa* (n.º 23).

³⁵ Processos C-423/98 *Albore* (n.º 18 e seg.) e C-285/98 *Kreil* (n.º 15).

³⁶ Processos 115/81 *Adoui e Cornuaille* (n.ºs 5-9) e C-268/99 *Jany* (n.º 61).

³⁷ Processo 48/75 *Royer* (n.º 51).

³⁸ Os critérios são cumulativos.

³⁹ Processos C-33/07 *Jipa* (n.º 25) e C-503/03 *Comissão / Espanha* (n.º 62).

⁴⁰ Processo 67/74 *Bonsignore* (n.ºs 5-7).

⁴¹ A prevenção geral em circunstâncias específicas, como manifestações desportivas, está abrangida pela Comunicação de 1999 (cf. ponto 3.3).

⁴² Processos C-348/96 *Calfa* (n.ºs 17-27) e 67/74 *Bonsignore* (n.ºs 5-7).

podem ser invocadas razões alheias ao **comportamento** da pessoa em causa. As expulsões automáticas não são permitidas ao abrigo da directiva⁴³.

Os direitos das pessoas só podem ser limitados se o seu comportamento constituir uma **ameaça**, ou seja, indiciar uma probabilidade de prejuízos graves à ordem pública ou à segurança pública.

Uma mera presunção de ameaça não é **real**. A ameaça deve ser **actual**. O comportamento passado só pode ser tido em conta quando haja a probabilidade de reincidência⁴⁴. A ameaça deve existir no momento em que a medida restritiva é adoptada pelas autoridades nacionais ou examinada pelos tribunais⁴⁵. A pena suspensa constitui um factor importante para avaliar a ameaça, já que sugere que a pessoa em causa deixou de representar um perigo real.

A **pertença a uma organização nesse momento** pode ser tida em conta no caso de a pessoa em causa participar nas actividades da organização e se identificar com os seus objectivos ou projectos⁴⁶. Os Estados-Membros não são obrigados a criminalizar ou proibir as actividades de uma organização para poderem limitar os direitos ao abrigo da directiva, desde que estejam em vigor algumas medidas administrativas destinadas a neutralizar as actividades dessa organização. As associações passadas⁴⁷ não podem, em geral, constituir uma ameaça actual.

Uma **condenação penal anterior** pode ser tida em conta, mas apenas na medida em que as circunstâncias que deram origem à condenação constituam provas de que o comportamento da pessoa constitui uma ameaça actual para a ordem pública⁴⁸. As autoridades devem basear a sua decisão numa avaliação do comportamento futuro da pessoa em causa. O tipo e número de condenações anteriores devem constituir um elemento significativo desta avaliação, devendo também ser particularmente consideradas a gravidade e a frequência dos crimes cometidos. Embora deva ser atribuída grande importância ao risco de reincidência, uma possibilidade remota de novos crimes não é suficiente⁴⁹.

A. e I. acabaram de cumprir uma pena de dois anos por roubo. As autoridades avaliam se o comportamento das duas irmãs constitui uma ameaça, ou seja, se denota a probabilidade de estas causarem novos prejuízos graves para a ordem pública.

Trata-se da primeira condenação de A.. Teve um bom comportamento na prisão e, após a libertação, encontrou um emprego. As autoridades consideram que o seu comportamento não constitui uma ameaça real, actual e suficientemente grave.

Em contrapartida, trata-se da quarta condenação de I.. A gravidade dos seus crimes foi aumentando com o tempo. O seu comportamento na prisão esteve longe de ser exemplar e os seus dois pedidos de libertação condicional foram recusados. Em menos de duas semanas, foi

⁴³ Processo C-408/03 *Comissão / Bélgica* (n.ºs 68-72).

⁴⁴ Processo 30/77 *Bouchereau* (n.ºs 25-30).

⁴⁵ Processos C-482/01 e C-493/01 *Orfanopoulos e Oliveri* (n.º 82).

⁴⁶ Processo 41/74 *van Duyn* (n.º 17 e seg.).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Processos C-482/01 e 493/01 *Orfanopoulos e Oliveri* (n.ºs 82 e 100) e C-50/06 *Comissão / Países Baixos* (n.ºs 42-45).

⁴⁹ Por exemplo, o perigo de reincidência pode ser considerado maior em caso de toxicod dependência, que comporta o risco de serem cometidas outras infracções penais para financiar a dependência: conclusões da advogada-geral Stix-Hackl nos processos apensos C-482/01 e C-493/01 *Orfanopoulos and Oliveri*.

apanhada a planear outro roubo. As autoridades concluem que o comportamento de I. constitui uma ameaça para a ordem pública.

Em certas circunstâncias, a **pequena criminalidade persistente** pode representar uma ameaça para a ordem pública, apesar de os crimes, considerados isoladamente, serem insuficientes para representar uma ameaça suficientemente grave, como acima definida. As autoridades nacionais devem demonstrar que o comportamento da pessoa em causa constitui uma ameaça para a ordem pública⁵⁰. Ao avaliarem a existência de uma ameaça para a ordem pública nestes casos, as autoridades podem ter em conta, nomeadamente, os seguintes **factores**:

- natureza dos crimes;
- frequência;
- prejuízos ou danos causados.

A existência de várias condenações não é, só por si, suficiente.

3.3. Avaliação da proporcionalidade

O Capítulo VI da directiva deve ser entendido não como impondo uma condição prévia à aquisição e manutenção do direito de entrada e residência, mas unicamente como abrindo a possibilidade de limitar, sempre que tal se justifique, o exercício de um direito que decorre directamente do Tratado⁵¹.

Quando as autoridades tiverem estabelecido que o comportamento de uma pessoa constitui uma ameaça suficientemente grave para justificar a adopção de uma medida restritiva, devem proceder a uma **avaliação da proporcionalidade** para decidir se pode ser negada a entrada à pessoa em causa ou se a mesma pode ser expulsa por razões de ordem pública ou de segurança pública.

As autoridades nacionais devem identificar os interesses protegidos, já que é à luz desses interesses que as autoridades nacionais devem proceder a uma análise das características da ameaça. Podem ser tidos em conta os seguintes **factores**:

- grau de ameaça para a sociedade que a presença da pessoa em causa no território desse Estado-Membro representa;
- natureza das actividades incriminadas, a sua frequência, o risco cumulado e os prejuízos causados;
- tempo decorrido desde os actos cometidos e o comportamento da pessoa em causa (*NB: a boa conduta na prisão e uma eventual libertação condicional também podem ser tidas em consideração*).

⁵⁰ Processo C-349/06 *Polat* (n.º 35).

⁵¹ Processo 321/87 *Comissão / Bélgica* (n.º 10).

Convém avaliar cuidadosamente a situação pessoal e familiar da pessoa em causa, com vista a determinar se a medida prevista é adequada e não excede o estritamente necessário para alcançar o objectivo prosseguido, bem como se existem medidas menos rigorosas para alcançar esse objectivo. Devem ser considerados os seguintes **factores**, apresentados numa lista indicativa constante do n.º 1 do artigo 28.º⁵²:

- impacto da expulsão na situação económica, pessoal e familiar da pessoa (*incluindo noutros membros da família que teriam o direito de permanecer no Estado-Membro de acolhimento*);
- gravidade das dificuldades que o cônjuge/parceiro e o ou os seus filhos correm o risco de enfrentar no país de origem da pessoa em causa;
- força dos laços (*parentes, visitas, conhecimentos linguísticos*) - ou ausência de laços - com o Estado-Membro de origem e com o Estado-Membro de acolhimento (*por exemplo, a pessoa em causa nasceu no Estado-Membro de acolhimento ou viveu nesse Estado desde a infância*);
- duração da residência no Estado-Membro de acolhimento (*a situação de um turista é diferente da situação de alguém que viveu durante muitos anos no Estado-Membro de acolhimento*);
- idade e estado de saúde.

3.4. Reforço da protecção contra a expulsão

Os cidadãos da UE e os membros das suas famílias que tenham o estatuto de residentes permanentes (*após cinco anos*) no Estado-Membro de acolhimento só podem ser expulsos por razões graves de ordem pública ou de segurança pública. Os cidadãos da UE que sejam residentes há mais de dez anos, bem como os seus filhos, só podem ser expulsos por razões imperativas de segurança pública (*e não de ordem pública*). Deve ser estabelecida uma distinção clara entre razões normais, «graves» e «imperativas» com base nas quais se pode tomar uma decisão de expulsão.

Em regra geral, os Estados-Membros não são obrigados a ter em consideração o **tempo efectivamente passado na prisão** ao calcularem a duração da residência ao abrigo do artigo 28.º, sempre que não haja laços com o país de acolhimento.

3.5. Urgência

Nos termos do n.º 3 do artigo 30.º, o prazo concedido para abandonar o território não pode ser inferior a um mês, salvo por motivo de **urgência** devidamente justificado. A justificação para uma expulsão urgente deve ser real e proporcionada⁵³. Ao avaliarem a necessidade de reduzir este prazo em casos de urgência, as autoridades devem ter em conta o impacto que uma expulsão imediata ou urgente é susceptível de ter na situação pessoal e familiar da pessoa em causa (*por exemplo, necessidade de notificar o empregador, rescindir um contrato de locação, necessidade de organizar o envio dos bens pessoais para o lugar da nova*

⁵² No que diz respeito aos direitos fundamentais, ver jurisprudência do TEDH nos processos *Berrehab, Moustaqim, Beldjoudi, Boujlifa, El Boujaidi e Dalia*.

⁵³ Conclusões da advogada-geral Stix-Hackl no processo C-441/02 *Comissão / Alemanha*.

residência, educação dos filhos, etc.). Adoptar uma medida de expulsão por razões imperativas ou graves não implica necessariamente a existência de uma situação de urgência. A avaliação da urgência deve ser fundamentada de forma clara e distinta.

3.6. Garantias processuais

Qualquer medida adoptada por razões de ordem pública ou de segurança pública deve sempre ser notificada à pessoa em questão, como previsto no artigo 30.º.

As decisões devem ser devidamente fundamentadas e enumerar todos os motivos de facto e de direito que a justificaram, de forma a que a pessoa em causa possa tomar medidas concretas para assegurar a sua defesa⁵⁴ e que os tribunais nacionais tenham a possibilidade de rever o processo em conformidade com o direito à acção, um princípio geral do direito comunitário consignado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Para proceder à notificação, podem ser utilizados formulários, mas estes devem sempre permitir uma justificação completa das razões da decisão (*limitar-se a assinalar uma ou mais de várias opções numa lista não é uma solução aceitável*).

4. ABUSO E FRAUDE

O direito comunitário não pode ser invocado em caso de abuso⁵⁵. O artigo 35.º autoriza os Estados-Membros a adoptarem medidas efectivas e necessárias para lutar contra o abuso e a fraude nos domínios abrangidos pelo âmbito de aplicação material do direito comunitário em matéria de livre circulação de pessoas, recusando, fazendo cessar ou retirando qualquer direito conferido pela directiva em caso de abuso de direito ou de fraude, como os casamentos de conveniência. Essas medidas devem ser proporcionadas e sujeitas às garantias processuais previstas na directiva⁵⁶.

O direito comunitário encoraja a mobilidade dos cidadãos da UE e protege quem exerça tal direito⁵⁷. Não constitui abuso o facto de um cidadão da UE e os membros da sua família obterem o direito de residência ao abrigo do direito comunitário num Estado-Membro diferente do da sua nacionalidade, dado que se trata de uma vantagem inerente ao exercício do direito de livre circulação, protegido pelo Tratado⁵⁸, independentemente do objectivo da sua instalação nesse Estado⁵⁹. De igual modo, o direito comunitário protege os cidadãos da UE que regressem ao seu Estado de origem após terem exercido o seu direito de livre circulação.

4.1. Conceitos de abuso e de fraude

4.1.1. Fraude

Para efeitos da directiva, por **fraude** entende-se a indução em erro deliberada ou o artifício para obter o direito de livre circulação e residência ao abrigo da directiva. No contexto da directiva, é provável que a fraude se limite à falsificação de documentos ou à descrição falaciosa de um facto material relacionado com as condições ligadas ao direito de residência.

⁵⁴ Processo 36/75 *Rutili* (n.ºs 37-39).

⁵⁵ Processos 33/74 *van Binsbergen* (n.º 13), C-370/90 *Singh* (n.º 24) e C-212/97 *Centros* (n.ºs 24-25).

⁵⁶ Processo C-127/08 *Metock* (n.ºs 74-75).

⁵⁷ Processos C-370/90 *Singh*, C-291/05 *Eind* e C-60/00 *Carpenter*.

⁵⁸ Processos C-212/97 *Centros* (n.º 27) e C-147/03 *Comissão / Áustria* (n.ºs 67-68).

⁵⁹ Processos C-109/01 *Akrich* (n.º 55) e C-1/05 *Jia* (n.º 31).

Os direitos das pessoas que obtiveram um título de residência unicamente graças ao seu comportamento fraudulento, pelo qual foram condenadas, podem ser recusados, cessados ou retirados⁶⁰.

4.1.2. *Abuso*

Para efeitos da directiva, por **abuso** entende-se um comportamento artificial adoptado **unicamente** com vista à obtenção do direito de livre circulação e residência ao abrigo do direito comunitário que, embora respeitando formalmente as condições estabelecidas na regulamentação comunitária, não atinge o objectivo visado por essa regulamentação⁶¹.

4.2. Casamentos de conveniência

O considerando 28 define **casamentos de conveniência** para efeitos da directiva como casamentos contraídos **unicamente** com vista a beneficiar do direito de livre circulação e residência ao abrigo da directiva, que de outra forma não poderia ser adquirido. Um casamento não pode ser considerado um casamento de conveniência simplesmente porque facilita a imigração ou porque proporciona qualquer outra vantagem. A qualidade da relação é irrelevante para efeitos da aplicação do artigo 35.º.

A definição de casamentos de conveniência pode ser alargada, por analogia, a outras formas de uniões contraídas com o objectivo exclusivo de beneficiar do direito de livre circulação e residência, como a parceria (registada) de conveniência, a adopção fictícia ou o caso em que um cidadão da UE reconhece a paternidade de uma criança nacional de um país terceiro para que esta e a sua mãe obtenham a nacionalidade e o direito de residência, sabendo que não é o pai da criança e que não está disposto a assumir as responsabilidades parentais.

As medidas adoptadas pelos Estados-Membros para lutar contra os casamentos de conveniência não podem ser susceptíveis de dissuadir os cidadãos comunitários e membros das suas famílias de exercerem seu direito de livre circulação nem afectar indevidamente os seus direitos legítimos. Não devem comprometer a eficácia do direito comunitário nem acarretar discriminações em razão da nacionalidade.

Ao interpretar o conceito de abuso no contexto da directiva, deve prestar-se a devida atenção ao estatuto do cidadão da UE. Em conformidade com o princípio da primazia do direito comunitário, o exame do eventual abuso do direito comunitário deve ser realizado no âmbito do direito comunitário e não em relação às legislações nacionais em matéria de migração. A directiva não impede os Estados-Membros de **investigarem casos específicos** em que haja **suspeitas legítimas de abuso**, mas o direito comunitário proíbe os controlos sistemáticos⁶². Os Estados-Membros podem basear-se em análises e factos anteriores que demonstrem uma correlação clara entre casos de abuso provados e certas características desses casos.

A fim de evitar criar sobrecargas e obstáculos desnecessários, é possível identificar **uma série de critérios indicativos** que sugerem não ser provável o abuso dos direitos comunitários:

⁶⁰ Processos C-285/95 *Kol* (n.º 29) e C-63/99 *Gloszczuk* (n.º 75).

⁶¹ Processos C-110/99 *Emsland-Stärke* (n.º 52 e seg.) e C-212/97 *Centros* (n.º 25).

⁶² A proibição abrange não só os controlos de todos os migrantes, mas também os controlos de certas categorias de migrantes (por exemplo, de uma dada origem étnica).

- o cônjuge nacional de um país terceiro não teria dificuldade em obter o direito de residência, a título pessoal, ou já residiu legalmente no Estado-Membro do cidadão da UE;
- o casal está junto desde há muito tempo;
- o casal tem um domicílio comum e/ou faz parte do mesmo agregado familiar desde há muito tempo⁶³;
- o casal já assumiu um compromisso jurídico/financeiro importante a longo prazo com responsabilidades partilhadas (*hipoteca conjunta para a aquisição de um imóvel, etc.*);
- os cônjuges são casados há muito tempo.

Os Estados-Membros podem definir **um conjunto de critérios indicativos que sugerem a eventual intenção de abusar dos direitos conferidos pela directiva com o único objectivo de contornar as legislações nacionais em matéria de imigração**. As autoridades nacionais podem ter em conta nomeadamente os seguintes factores:

- os cônjuges nunca se encontraram antes do casamento;
- os cônjuges são incoerentes relativamente aos respectivos dados pessoais, às circunstâncias do seu primeiro encontro ou a outras informações pessoais importantes que lhes digam respeito;
- os cônjuges não falam uma língua que ambos compreendam;
- vários elementos provam que um certo montante ou presentes foram oferecidos para que o casamento fosse contraído (*com excepção do dinheiro ou dos presentes oferecidos a título do dote, nas culturas em que tal seja prática corrente*);
- os antecedentes de um ou de ambos os cônjuges contêm provas de anteriores casamentos de conveniência ou de outras formas de abuso e de fraude com vista a obter o direito de residência;
- desenvolvimento de uma vida de família somente após a adopção da decisão de afastamento;
- os casal divorcia-se pouco tempo depois de o nacional de um país terceiro em questão ter obtido o direito de residência.

Os critérios acima referidos devem ser considerados elementos que justificam a abertura de um inquérito, sem que seja extraída qualquer conclusão automática dos resultados nem das investigações subsequentes. Os Estados-Membros não podem basear-se num único dado, mas devem ter em conta todas as circunstâncias que envolvem o caso investigado. A investigação pode envolver uma entrevista separada com cada um dos cônjuges.

⁶³ O direito comunitário não exige que os cônjuges nacionais de países terceiros vivam com o cidadão da UE para poderem beneficiar do direito de residência - processo 267/83 *Diatta* (n.º 15 e seg.).

S., nacional de um país terceiro, recebeu uma ordem para abandonar o território no prazo de um mês, dado que o seu visto turístico tinha caducado. Duas semanas mais tarde, casou com O., um cidadão da UE que acabava de chegar ao Estado-Membro de acolhimento. As autoridades suspeitam que o casamento possa ter sido contraído apenas para evitar a expulsão. Contactam as autoridades do Estado-Membro de O. e descobrem que, após o casamento, a sua loja familiar tinha conseguido finalmente pagar uma dívida de 5000 euros, pendente há dois anos.

As autoridades convocam os recém-casados para uma entrevista, durante a qual descobrem que entretanto O. já abandonou o Estado-Membro de acolhimento e voltou para casa por razões profissionais, que os cônjuges não são capazes de comunicar numa língua comum e que o seu primeiro encontro ocorreu uma semana antes do casamento. Há fortes suspeitas de que os cônjuges tenham contraído casamento com o único objectivo de contornar a legislação nacional em matéria de imigração.

O **ónus da prova** recai sobre as autoridades dos Estados-Membros que procuram restringir os direitos ao abrigo da directiva. As autoridades devem ser capazes de constituir um dossiê convincente, respeitando ao mesmo tempo todas as garantias materiais descritas no ponto anterior. No que diz respeito aos recursos, cabe aos tribunais nacionais verificar a existência de abuso nos casos específicos, cuja prova deve ser fornecida em conformidade com as regras do direito nacional, desde que não seja comprometida a eficácia do direito comunitário⁶⁴.

As investigações devem ser realizadas em conformidade com os **direitos fundamentais**, nomeadamente com os artigos 8.º (*direito ao respeito pela vida privada e familiar*) e 12.º (*direito de contrair casamento*) da CEDH (*artigos 7.º e 9.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*).

As investigações em curso de casos suspeitos de casamentos de conveniência não podem justificar uma derrogação aos direitos dos membros da família nacionais de países terceiros ao abrigo da directiva, como a proibição de trabalhar, a apreensão do passaporte ou o atraso na emissão de um cartão de residência, para além do prazo de seis meses a contar da data do pedido. Estes direitos podem ser retirados a qualquer momento na sequência de investigações subsequentes.

4.3. Outras formas de abuso

Podem igualmente ocorrer abusos quando cidadãos da UE com os quais os membros da família nacionais de países terceiros não podem reunir-se no seu Estado-Membro de origem devido à aplicação de regras nacionais em matéria de imigração que impedem o reagrupamento vão residir noutra Estado-Membro unicamente com o objectivo de contornar, ao regressarem ao seu Estado-Membro de origem, a legislação nacional que entravou as suas tentativas de reagrupamento familiar, invocando direitos que a legislação comunitária lhes confere.

Os elementos que permitem distinguir uma utilização normal de uma utilização abusiva do direito comunitário devem basear-se na avaliação efectuada para determinar se o exercício dos direitos comunitários num Estado-Membro do qual regressam os cidadãos da União e os membros das suas famílias pode ser considerado **real e efectivo**. Nestes casos, os cidadãos da

⁶⁴ Processos C-110/99 *Emsland-Stärke* (n.º 54) e C-215/03 *Oulane* (n.º 56).

UE e as suas famílias são protegidos pela legislação comunitária em matéria de livre circulação de pessoas. Esta avaliação só pode ser efectuada caso a caso. Se, num caso concreto de regresso, a utilização dos direitos comunitários for verdadeira e efectiva, o Estado-Membro de origem não deve procurar apurar quais os motivos pessoais que estiveram na origem da anterior mudança.

Quando necessário, os Estados-Membros podem estabelecer **um conjunto de critérios indicativos** para determinar se a **residência** no Estado-Membro de acolhimento era **real e efectiva**. As autoridades nacionais podem ter em conta, nomeadamente, os seguintes factores:

- as circunstâncias em que o cidadão da UE em causa se mudou para o Estado-Membro de acolhimento (*anteriores tentativas infrutíferas de obter o direito de residência para um cônjuge nacional de um país terceiro ao abrigo da legislação nacional, oferta de emprego no Estado-Membro de acolhimento, a que título reside o cidadão comunitário no Estado-Membro de acolhimento*);
- o grau de concretização e realidade da residência no Estado-Membro de acolhimento (*residência prevista e efectiva no Estado-Membro de acolhimento, esforços envidados para se estabelecer no Estado-Membro de acolhimento, incluindo formalidades relativas à inscrição no registo nacional e acesso à habitação, inscrição de filhos num estabelecimento de ensino*);
- as circunstâncias em que o cidadão da UE em causa regressou ao seu país origem (*regresso imediato após o casamento com um nacional de um país terceiro noutra Estado-Membro*).

Os critérios acima referidos devem ser considerados elementos que justificam a abertura de um inquérito, sem que seja extraída qualquer conclusão automática dos resultados nem das investigações subsequentes. Ao avaliarem se o exercício do direito de livre circulação e residência noutra Estado-Membro da UE era verdadeiro e efectivo, as autoridades nacionais não podem basear-se num único dado, devendo ter em conta todas as circunstâncias envolvidas no caso investigado. Devem examinar o comportamento das pessoas em causa à luz dos objectivos prosseguidos pelo direito comunitário e agir com base em provas objectivas⁶⁵.

Após um período de residência noutra Estado-Membro, J. regressa a casa, acompanhado de S., a sua mulher, nacional de um país terceiro. S. tentou duas vezes, sem êxito, obter o direito de residência no Estado-Membro de J.. J. continuou a trabalhar no seu Estado-Membro durante a sua alegada residência noutra Estado-Membro.

As autoridades contactam as autoridades do Estado-Membro de acolhimento e descobrem que J. regressou a casa após somente três semanas. O casal permaneceu num hotel de turismo e pagou antecipadamente as três semanas de alojamento. Tendo em conta todos estes elementos, J. e S. não beneficiam das disposições da directiva.

Não se pode partir do princípio que a residência no Estado-Membro de acolhimento não é real e efectiva unicamente com base no facto de o cidadão comunitário manter alguns laços com o Estado-Membro de origem, tanto mais se o seu estatuto no país de acolhimento for instável (*por exemplo, um contrato de trabalho de duração determinada*). O simples facto de uma

⁶⁵ Processo C-206/94 Brennet / Paletta (n.º 25).

pessoa criar deliberadamente as condições que lhe conferem um direito não constitui por si só uma base suficiente para concluir que existe abuso⁶⁶.

Todas as considerações pertinentes expostas acima sobre investigações, garantias materiais e processuais e cooperação entre Estados-Membros referentes aos casamentos de conveniência aplicam-se *mutatis mutandis*.

4.4. Medidas e sanções contra os abusos e as fraudes

O artigo 35.º permite aos Estados-Membros adoptarem as **medidas necessárias** em casos de abuso de direito ou de fraude. Estas medidas **podem ser adoptadas a qualquer momento** e podem implicar:

- a recusa de conferir direitos ao abrigo da legislação comunitária relativa à livre circulação de pessoas (*por exemplo, a emissão de um visto de entrada ou de um cartão de residência*);
- a cessação ou retirada dos direitos conferidos pela legislação comunitária relativa à livre circulação de pessoas (*por exemplo, a decisão de anular a validade de um cartão de residência e de expulsar a pessoa em causa, que obteve os direitos de maneira abusiva ou fraudulenta*).

Actualmente o direito comunitário não prevê sanções específicas que os Estados-Membros possam aplicar no âmbito da luta contra os abusos e as fraudes. Os Estados-Membros podem estabelecer sanções ao abrigo do direito civil (*por exemplo, anulação dos efeitos de um casamento de conveniência comprovado sobre o direito de residência*), administrativo ou penal (*multa ou prisão*), desde que as mesmas sejam efectivas, não discriminatórias e proporcionadas.

⁶⁶ Processo C-212/97 *Centros* (n.º 27).