Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 8 de setembro de 2016[1]

Processo C-133/15

H. C. Chavez-Vilchez,
P. Pinas,
U. Nikolic,
X. V. García Pérez,
J. Uwituze,
I. O. Enowassam,
A. E. Guerrero Chavez,
Y. R. L. Wip

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Centrale Raad van Beroep (Tribunal de Recurso da Segurança Social e da Função Pública, Países Baixos)]

«Reenvio prejudicial — Cidadania da União — Artigo 20.º TFUE — Recusa do direito de residência num Estado-Membro a um nacional de um Estado terceiro, que assume a guarda efetiva do seu filho de tenra idade, nacional desse Estado-Membro — Presença do outro progenitor, nacional desse Estado-Membro, no território desse mesmo Estado — Obrigação de o progenitor nacional de um Estado terceiro demonstrar que o outro progenitor não pode assumir a guarda do filho e que essa impossibilidade obrigará o filho a abandonar o território do Estado de que é nacional se for recusado o direito de residência a esse progenitor nacional de um Estado terceiro»

Índice

I — Introdução 3

II — Quadro jurídico 3

A — Direito da União 3

1. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia 3

2. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia 3

3. Diretiva 2004/38 4

1 — Língua original: francês.

B — Direito neerlandês 4

III — Matéria de facto dos litígios no processo principal, questões prejudiciais e tramitação processual no Tribunal de Justiça 7

IV — Análise 10

A — Observações preliminares 10

1. Princípio do interesse superior da criança 11

2. Heterogeneidade das situações em causa no processo principal 12

3. Prática dos órgãos da administração neerlandeses e procedimentos em matéria de direito dos estrangeiros 13

B — Exame da situação de H. C. Chavez-Vilchez e de Y. R. L. Wip, bem como das respetivas filhas, à luz do artigo 21.º, n.º 1, TFUE e da Diretiva 2004/38 14

1. Quanto à relevância do exercício da liberdade de circulação pela filha de H. C. Chavez-Vilchez 15

a) Breve síntese da jurisprudência relativa à aplicabilidade da Diretiva 2004/38 no caso em que o cidadão da União que exerceu efetiva e previamente a sua liberdade de circulação se desloca ao Estado-Membro de que é nacional 15

b) Quanto à aplicabilidade do artigo 5.º da Diretiva 2004/38 nos casos em que uma criança de tenra idade, cidadã da União, que exerceu efetiva e previamente a sua liberdade de circulação se desloca ao Estado-Membro de que é nacional acompanhada por um ascendente, nacional de um Estado terceiro, que tem a sua guarda exclusiva 16

2. Quanto à relevância do exercício da liberdade de circulação pela filha de Y. R. L. Wip .. 18

C — Exame das situações das crianças que sempre residiram no seu Estado-Membro de origem, com as respetivas mães, que têm a sua guarda efetiva, à luz do artigo 20.º TFUE 19

1. Primeira e segunda questões prejudiciais 19

a) Cidadania da União: o estatuto fundamental de cidadão da União 20

b) Quanto à especificidade das situações em causa no processo principal 21

c) Quanto ao respeito do princípio da proporcionalidade e ao grau de dependência existente entre o progenitor nacional de um Estado terceiro e a criança cidadã da União 23

d) Conclusão intermédia 24

2. Quanto à terceira questão prejudicial 24

V — Conclusão 26

I – **Introdução**

1. As questões submetidas pelo Centrale Raad van Beroep (Tribunal de Recurso da Segurança Social e da Função Pública, Países Baixos) têm por objeto, em substância, o problema de saber se o artigo 20.º TFUE se opõe a que um Estado-Membro recuse o direito de residência a um nacional de um Estado terceiro, progenitor de um menor de tenra idade que é cidadão desse Estado-Membro e sempre residiu no mesmo, apesar de aquele assumir a guarda efetiva deste, quando não tenha sido demonstrado que o outro progenitor, também cidadão desse Estado-Membro, possa assegurar a guarda efetiva da criança.

2. O órgão jurisdicional de reenvio indica que resulta da prática administrativa neerlandesa que a jurisprudência do acórdão Ruiz Zambrano [2] é interpretada de forma restritiva, a ponto de considerar que, de acordo com essa jurisprudência, a saída do progenitor nacional de um Estado terceiro do território da União Europeia não priva o filho, cidadão da União, do gozo efetivo do essencial dos direitos que lhe são conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União. Segundo as autoridades neerlandesas competentes, esta jurisprudência só se aplica em situações em que o pai não está em condições de assegurar a guarda do filho, por exemplo nos casos de morte, de prisão, ou de internamento numa instituição psiquiátrica, é incapaz ou se encontre ausente em parte incerta, ou se um seu pedido de atribuição da guarda do menor cidadão da União tiver sido indeferido por um tribunal.

3. Nesse acórdão, no qual o Tribunal de Justiça decidiu que o direito da União obsta a medidas nacionais que tenham o efeito de privar os cidadãos do gozo efetivo do essencial dos direitos que, para os mesmos, decorrem do estatuto de cidadão da União, o princípio do interesse superior da criança foi seguramente tido em conta. Em meu entender, o presente reenvio prejudicial conduzirá a que o Tribunal de Justiça se debruce sobre este princípio de modo mais evidente.

II – **Quadro jurídico**

A – *Direito da União*

1. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

4. O artigo 20.º, n.º 1, TFUE institui a cidadania da União e dispõe que «qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro» é cidadão da União. Nos termos do artigo 20.º, n.º 2, alínea a), TFUE, os cidadãos da União têm o «direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros».

5. O artigo 21.º, n.º 1, TFUE acrescenta que este direito se aplica «sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação».

2. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

6. O artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), sob a epígrafe «Respeito pela vida privada e familiar» estabelece que «[t]odas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações».

2 — Acórdão de 8 de março de 2011 (C-34/09, EU:C:2011:124).

3. Diretiva 2004/38/CE [3]

7. O artigo 5.º, n.os 1 e 4, da Diretiva 2004/38 dispõe o seguinte:

«1. Sem prejuízo das disposições em matéria de documentos de viagem aplicáveis aos controlos nas fronteiras nacionais, os Estados-Membros devem admitir no seu território os cidadãos da União, munidos de um bilhete de identidade ou passaporte válido, e os membros das suas famílias que, não tendo a nacionalidade de um Estado-Membro, estejam munidos de um passaporte válido.

[…]

4. Se um cidadão da União ou um membro da sua família que não tenha a nacionalidade de um Estado-Membro não dispuserem dos documentos de viagem necessários ou, se for o caso, dos vistos necessários, o Estado-Membro em causa deve, antes de recusar a sua entrada, dar-lhes todas as oportunidades razoáveis a fim de lhes permitir obter os documentos necessários ou de estes lhes serem enviados num prazo razoável, ou a fim de confirmar ou provar por outros meios a sua qualidade de titulares do direito de livre circulação e residência.»

B – *Direito neerlandês*

8. O artigo 1.º da Vreemdelingenwet 2000 (Lei dos Estrangeiros de 2000, a seguir «lei dos estrangeiros») estabelece o seguinte:

«Na aceção da presente lei e das disposições aprovadas com base na mesma, entende-se por:

[…]

e) Nacionais comunitários:

1.° Os nacionais dos Estados-Membros da União Europeia que, ao abrigo do Tratado que institui a Comunidade Europeia, estejam autorizados a entrar e a residir no território de outro Estado-Membro;

2.° Os membros da família das pessoas previstas no ponto 1 que tenham a nacionalidade de um país terceiro e que, na sequência de uma decisão adotada em aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia, estejam autorizados a entrar e a residir no território de um Estado-Membro;

[…]»

9. O artigo 8.º desta lei prevê:

«Os estrangeiros só permanecem em situação regular nos Países Baixos:

[…]

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

e) Como nacionais comunitários, na medida em que a sua permanência nos Países Baixos se baseie numa regulamentação aprovada ao abrigo do Tratado que institui a Comunidade Europeia ou do Tratado sobre o Espaço Económico Europeu;

f) enquanto aguardam a decisão do pedido de autorização de residência, […] se a presente lei, uma disposição aprovada nos termos desta ou uma decisão judicial estabelecerem que não se deve proceder à sua expulsão até à decisão do pedido;

g) enquanto aguardam a decisão do pedido de autorização de residência […] ou de prorrogação do prazo de validade da autorização de residência […], ou da sua alteração, se uma disposição aprovada nos termos da presente lei ou uma decisão judicial estabelecerem que não se deve proceder à sua expulsão até à decisão do pedido;

h) enquanto aguardam a decisão da reclamação ou do recurso, se uma disposição aprovada nos termos da presente lei ou uma decisão judicial estabelecerem que não se deve proceder à sua expulsão até à decisão da reclamação ou do recurso.»

10. O artigo 10.º da mesma lei estabelece:

«1. Os estrangeiros que não tenham residência legal não têm direito à atribuição de ajudas, subsídios e prestações em virtude de uma decisão de um órgão da administração. O primeiro período é aplicável por analogia às isenções ou autorizações previstas na lei ou num regulamento geral da administração.

2. O n.º 1 pode ser derrogado se o direito disser respeito à educação, à prestação de cuidados médicos necessários, à prevenção de infrações em matéria de saúde pública ou à assistência jurídica aos estrangeiros.

3. A atribuição de direitos não dá direito à permanência legal.»

11. O órgão jurisdicional de reenvio precisa que o Staatsecretaris van Veiligheid en Justitie (Secretário de Estado da Segurança e da Justiça, a seguir «Secretário de Estado») é o responsável pela execução da lei dos estrangeiros. O Immigratie-en Naturalisatiedienst [Serviço de Imigração e de Naturalização (IND)] está encarregado, nomeadamente, da execução da legislação em matéria de estrangeiros, o que significa que todos os pedidos de autorização de residência são apreciados pelo IND e que este serviço toma uma decisão sobre o pedido em nome do Secretário de Estado [4].

12. A Vreemdelingencirculaire 2000 (Circular relativa aos estrangeiros de 2000, a seguir «circular relativa aos estrangeiros») consiste num conjunto de orientações publicadas pelo Secretário de Estado. Qualquer pessoa pode aceder a esta circular e invocar as orientações. Na apreciação dos pedidos de autorização de residência, para a qual é designado como autoridade nacional competente, o IND é obrigado a respeitar essas orientações. Só pode afastar-se das mesmas de forma fundamentada e em casos excecionais que não tenham sido previstos na sua redação.

4 — Resulta da decisão de reenvio que, nos processos em matéria de estrangeiros, a Secção do Contencioso Administrativo do Raad van State (Conselho de Estado, Países Baixos) constitui o órgão jurisdicional supremo. Nos processos ao abrigo da Wet Werk en Bijstand (Lei do trabalho e da assistência social, a seguir «lei da assistência social»), o órgão jurisdicional de reenvio constitui o órgão jurisdicional supremo. Nos processos ao abrigo da Algemene Kinderbijslagwet (Lei geral das prestações familiares, a seguir «lei das prestações familiares»), as decisões do órgão jurisdicional de reenvio são ainda passíveis de recurso para o Hoge Raad der Nederlanden (Supremo Tribunal dos Países Baixos) relativamente à interpretação do conceito de «segurado», incluindo os aspetos de direito internacional deste conceito.

13. A circular relativa aos estrangeiros, na versão em vigor à data dos litígios do processo principal, no ponto 2.2 da parte B, contém as seguintes orientações:

«Um estrangeiro permanece em situação regular nos termos da [lei dos estrangeiros] se cumprir todos os requisitos seguintes:

— tiver um filho menor de idade que tenha a nacionalidade neerlandesa;

— esse filho estiver a cargo do estrangeiro e com ele residir; e,

— caso o direito de residência lhe seja recusado, o filho tem de o acompanhar e abandonar o território da União Europeia.

O IND não considera, em todo o caso, que o filho [cujo pai ou a mãe é estrangeiro] é obrigado a acompanhar [o seu progenitor estrangeiro] e abandonar o território da União Europeia quando o outro progenitor tenha residência legal, nos termos […] da lei dos estrangeiros, ou que tenha a nacionalidade neerlandesa, e esse progenitor possa assegurar a guarda efetiva do filho.

O IND presume, em todo o caso, que o outro progenitor pode assegurar a guarda efetiva do filho se:

— o outro progenitor tiver ou puder obter ainda a guarda do filho, e

— o outro progenitor puder utilizar o auxílio e o apoio à prestação de cuidados e à educação oferecidos pelo Estado ou por organizações sociais. Para estes efeitos, o IND também inclui a concessão de prestações provenientes do orçamento geral do Estado a que, em princípio, os cidadãos neerlandeses têm direito nos Países Baixos.

O IND presume, em todo o caso, que o outro progenitor não pode assegurar a guarda efetiva do filho se esse progenitor:

— se encontrar detido, ou

— demonstrar que a guarda não lhe pode ser atribuída.»

14. Nos termos da legislação neerlandesa, os progenitores nacionais de Estados terceiros devem beneficiar do direito de residência para poderem ter direito às prestações previstas na lei da assistência social ou na lei das prestações familiares.

15. Em 1 de julho de 1998, entrou em vigor a Lei de 26 de março de 1998, que altera a lei dos estrangeiros e algumas outras leis, que fazem depender da permanência legal nos Países Baixos os direitos dos estrangeiros a obterem da administração ajudas, subsídios, prestações, isenções e autorizações. Esta lei é também designada «lei de condicionamento». Exceto em relação aos cidadãos da União, esta lei introduziu, na legislação em matéria de assistência social, a exigência da atribuição de um título de residência pelo órgão competente para o estrangeiro poder ser equiparado a um cidadão neerlandês e, na lei das prestações familiares, a exigência da atribuição de um título de residência para o estrangeiro poder ser considerado segurado.

16. O pedido de autorização de residência deve ser apresentado ao IND. O IND decide em nome do Secretário de Estado sobre o direito de residência.

17. Os pedidos de prestações familiares nos termos da lei das prestações familiares devem ser apresentados no Sociale verzekeringsbank [Instituto da Segurança Social (SvB), Países Baixos].

18. Os pedidos de assistência social nos termos da lei da assistência social devem ser apresentados no município da residência do requerente.

19. O artigo 11.º da lei da assistência social estabelece o seguinte:

«1. Os cidadãos neerlandeses residentes nos Países Baixos que, neste país, se encontrem ou corram o risco de se encontrar numa situação em que não disponham dos meios financeiros para poderem prover às necessárias despesas de subsistência têm direito à assistência social do Estado.

2. São equiparados aos cidadãos neerlandeses referidos no n.º 1 os estrangeiros residentes neste país que tenham residência legal nos Países Baixos, na aceção do artigo 8.º, *initio* e alíneas a) a e), e l), da [lei dos estrangeiros], com exceção dos casos referidos no artigo 24.º, n.º 2, da Diretiva [2004/38].

[…]»

20. O artigo 16.º desta lei estabelece o seguinte:

«1. Em derrogação da presente secção, o município pode, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes, conceder assistência a uma pessoa que não tenha direito à mesma se razões extremamente ponderosas assim o exigirem.

2. O n.º 1 só se aplica aos estrangeiros referidos no artigo 11.º, n.ºs 2 e 3.»

21. O artigo 6.º da lei das prestações familiares estabelece o seguinte:

«1. São segurados, na aceção das presentes disposições:

a) os residentes;

b) os não residentes sujeitos a imposto sobre o rendimento das pessoas singulares pelo trabalho por conta de outrem prestado nos Países Baixos.

2. Não é segurado o estrangeiro que permaneça em situação irregular nos Países Baixos na aceção do artigo 8.º, *initio* e alíneas a) a e), e 1), da [lei dos estrangeiros].»

III – **Matéria de facto dos litígios no processo principal, questões prejudiciais e tramitação processual no Tribunal de Justiça**

22. Os oito litígios no processo principal têm por objeto pedidos de prestação de assistência social (*bijstandsuitkering*) nos termos da lei da assistência social e/ou pedidos de prestações familiares (*kinderbijslag*) nos termos da lei das prestações familiares, apresentados pelas recorrentes.

23. H. C. Chavez-Vilchez, nacional da Venezuela, durante o ano de 2007 ou de 2008, deslocou-se aos Países Baixos, com um visto de turista, para visitar Koopman, de nacionalidade neerlandesa. Em 30 de março de 2009, o casal teve uma filha, Angelina, cuja paternidade foi reconhecida por Koopman e que tem, por esse motivo, a nacionalidade neerlandesa. Os três viveram na Alemanha até 2011. Em junho de 2011, Koopman expulsou de casa H. C. Chavez-Vilchez com a filha de ambos. H. C. Chavez-Vilchez e a filha deixaram a Alemanha e apresentaram-se no centro de acolhimento de emergência do município de Arnhem (Países Baixos), onde permaneceram durante algum tempo. H. C. Chavez-Vilchez tem, desde então, a guarda da filha e alegou que Koopman não contribui para o sustento nem para a educação desta.

24. P. Pinas, nacional do Suriname, era titular, desde 2004, de uma autorização de residência, que foi revogada em 2006. Reside em Almere (Países Baixos) e é mãe de quatro filhos. Shine, uma das suas filhas, nasceu em 23 de dezembro de 2009, da sua relação com R. R. Mawny, de nacionalidade neerlandesa. A paternidade da mesma foi reconhecida pelo pai e tem, por esse motivo, a nacionalidade neerlandesa. P. Pinas e R. R. Mawny têm a guarda conjunta da filha, mas vivem separados e este último não contribui para o sustento da filha. Existe contacto entre R. R. Mawny e Shine, mas não foi acordado um regime de visitas.

25. U. Nikolic chegou aos Países Baixos proveniente de um dos países da antiga Jugoslávia, em 2003. Por falta de documentos de identidade, a sua nacionalidade não é clara. De acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, é possível que tenha a nacionalidade croata. O seu pedido de concessão de autorização de residência foi indeferido, em 2009. Da sua relação com F. van de Pluijm, de nacionalidade neerlandesa, nasceu, em 26 de janeiro de 2010, uma filha, Esther. A paternidade da criança foi reconhecida por F. van de Pluijm e tem, por esse motivo, a nacionalidade neerlandesa. U. Nikolic reside em Amesterdão (Países Baixos) e tem a guarda da filha. Ambas vivem num centro de acolhimento do município. U. Nikolic alegou que ela e o pai da sua filha não podem viver juntos porque o pai vive ao abrigo de um programa de auxílio ao alojamento.

26. X. García Pérez, nacional da Nicarágua, veio para os Países Baixos, proveniente da Costa Rica, em 2001 ou 2002, com Schwencke, de nacionalidade neerlandesa. Da relação de ambos nasceu, em 9 de abril de 2008, uma filha, Angely. A paternidade desta foi reconhecida por Schwencke e ela tem, por esse motivo, a nacionalidade neerlandesa. X. García Pérez reside em Haarlem (Países Baixos) e tem a guarda da filha. Schwencke não contribui para o sustento de Angely e o seu atual paradeiro é desconhecido. Segundo a base de dados da Administração relativa à população, partiu para a Costa Rica em 8 de julho de 2009. X. García Pérez tem um segundo filho, que não é filho de Schwencke. A família está alojada no centro de acolhimento do município.

27. J. Uwituze, nacional do Ruanda, deu à luz uma filha, Habibatou, em 12 de dezembro de 2011. A. Fofana, de nacionalidade neerlandesa, reconheceu a paternidade da filha, que tem, por esse motivo, a mesma nacionalidade do pai. A. Fofana não contribui para o sustento nem para a educação da filha. Declarou que não pode nem deseja assegurar a guarda e a educação da mesma. J. Uwituze reside em Bois-le-Duc (Países Baixos) e está alojada com a filha no centro de acolhimento do município.

28. Y. Wip, nacional do Suriname, deu à luz dois filhos, Shalomie, em 25 de novembro de 2009, e Joe, em 23 de novembro de 2012. Panka e os filhos possuem nacionalidade neerlandesa. Não obstante o facto de a relação do casal ter terminado, Panka mantém contacto com os filhos várias vezes por semana. Recebe uma prestação de assistência social e prestações familiares. Entrega as prestações familiares a Y. Wip, mas não contribui com qualquer outro montante para o sustento dos filhos. Y. Wip reside em Amesterdão.

29. I. Enowassam, nacional dos Camarões, veio para os Países Baixos em 1999. Da sua relação com Arrey, de nacionalidade neerlandesa, nasceu, em 2 de maio de 2008, uma filha, Philomena. Arrey reconheceu a paternidade de Philomena, que tem, por esse motivo, a nacionalidade neerlandesa. I. Enowassam e Arrey têm a guarda conjunta da filha, mas vivem separados. Philomena está inscrita na morada de Arrey, mas reside, de facto, com a mãe, com domicílio em Haia (Países Baixos). Estão alojadas num centro de acolhimento de emergência do município de Haia. Existe um regime de visitas entre Arrey e a sua filha. Esta fica com o pai três fins de semana por mês e, por vezes, nas férias. Arrey paga uma prestação de alimentos no montante mensal de 200 euros. Recebe igualmente uma prestação familiar que entrega a I. Enowassam. Arrey trabalha a tempo completo e alega não poder, por esse motivo, assegurar a guarda da filha.

30. A. Guerrero Chavez, nacional da Venezuela, viajou para os Países Baixos, em 24 de outubro de 2007, e, em 2 de novembro de 2009, regressou à Venezuela. Em janeiro de 2011 voltou novamente para os Países Baixos e reside atualmente em Schiedam (Países Baixos). Da sua relação com Maas, de nacionalidade neerlandesa, nasceu, em 31 de março de 2011, Salamo. Maas reconheceu a paternidade da criança, que tem, por esse motivo, a nacionalidade neerlandesa. Maas e A. Guerrero Chavez estão separados e não vivem juntos, mas A. Guerrero Chavez e o filho vivem em casa do padrasto e do irmão de Maas. Maas tem contacto praticamente diário com a criança, mas não está disposto a assumir a sua guarda e contribui de forma limitada para as despesas. A. Guerrero Chavez cuida diariamente do seu filho e assume a sua guarda.

31. Todos os pedidos de prestação de assistência social e/ou de prestações familiares apresentados pelas recorrentes foram indeferidos nas decisões impugnadas, adotadas pelos órgãos administrativos neerlandeses em causa, porque, de acordo com a legislação neerlandesa, as recorrentes não tinham direito a essas prestações devido à sua situação no que diz respeito a direito de residência. Com efeito, nos termos dessa legislação, o progenitor que não tem uma determinada situação regular de permanência não é um «beneficiário» (*rechthebbende*) nem um «segurado» (*verzekerde*) e, portanto, não tem direito às prestações.

32. Nos períodos a que diziam respeito os indeferimentos dos pedidos de prestação acima referidos [5], foram recusados os pedidos de autorização de residência apresentados pelas recorrentes, nos termos da lei dos estrangeiros. Algumas recorrentes encontravam-se, à data dos factos, em situação regular de permanência durante o período em que deviam aguardar a decisão sobre o pedido de concessão de uma autorização de residência. As outras recorrentes permaneceram ilegalmente nos Países Baixos durante o período em questão (ou durante parte dele) e tiveram de abandonar os Países Baixos por iniciativa própria. Não foram tomadas medidas para efetivação da expulsão. As recorrentes não obtiveram autorizações de trabalho.

33. As recorrentes interpuseram recurso das decisões de indeferimento dos seus pedidos de prestações, no Centrale Raad van Beroep (Tribunal de Recurso da Segurança Social e da Função Pública).

34. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se, nas condições descritas, as recorrentes, que têm todas a nacionalidade de um Estado terceiro, podem, enquanto mães de um filho menor cidadão da União, invocar um direito de residência com base no artigo 20.º TFUE. Considera que, nessa eventualidade, as recorrentes teriam, com base nas disposições de equiparação previstas, respetivamente, na lei da assistência social e na lei das prestações familiares, um potencial direito às prestações previstas nos termos dessas leis.

35. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio deduz dos acórdãos Ruiz Zambrano [6] e Dereci e o. [7] que as recorrentes têm um direito de residência diretamente baseado no artigo 20.º TFUE, derivado do direito de residência dos respetivos filhos, se o filho se encontrar numa situação como a descrita nesses acórdãos. Segundo aquele, importa determinar se, nas circunstâncias em causa, os filhos são, na prática, obrigados a abandonar o território da União se for recusado o direito de residência às suas mães. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no contexto das circunstâncias do processo principal, como deve ser ponderado, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, o facto de o pai, cidadão da União, residir nos Países Baixos.

5 — Trata-se de períodos trimestrais, que decorreram entre 2010 e 2013, relativamente a cada uma das recorrentes.

6 — Acórdão de 8 de março de 2011 (C-34/09, EU:C:2011:124).

7 — Acórdão de 15 de novembro de 2011 (C-256/11, EU:C:2011:734).

36. Neste contexto, por decisão de 16 de março de 2015, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 18 de março de 2015, o Centrale Raad van Beroep (Tribunal de Recurso da Segurança Social e da Função Pública) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve o artigo 20.º TFUE ser interpretado no sentido de que se opõe a que um Estado-Membro recuse o direito de residência nesse Estado-Membro a um nacional de país terceiro, que tem a guarda efetiva e quotidiana do seu filho menor de idade que é nacional desse Estado-Membro?

2) É relevante para a resposta a esta questão o facto de este progenitor não assumir sozinho todo o encargo legal, financeiro e/ou afetivo e ainda o facto de não se excluir a possibilidade de o outro progenitor, que é nacional do Estado-Membro, estar em condições de assegurar a guarda do filho?

3) Deverá, nesse caso, o progenitor nacional de país terceiro demonstrar que o outro progenitor não pode assumir a guarda do filho, de tal forma que o filho será obrigado a abandonar o território da União se for recusado o direito de residência a esse progenitor nacional de país terceiro?»

37. A pedido do órgão jurisdicional de reenvio, o presidente do Tribunal de Justiça decidiu que o presente processo devia ser objeto de tratamento prioritário, nos termos do artigo 53.º, n.º 3, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

38. Apresentaram observações escritas, H. C. Chavez-Vilchez e Y. R. L. Wip, os Governos neerlandês, belga, dinamarquês, lituano, polaco e do Reino Unido, bem como a Comissão Europeia. Na audiência, que teve lugar em 10 de maio de 2016, foram ouvidos, nas suas alegações, H. C. Chavez-Vilchez e Y. R. L. Wip, os Governos dinamarquês, francês, lituano, neerlandês, polaco, do Reino Unido e norueguês, bem como a Comissão.

IV – **Análise**

39. A título preliminar, examinarei as premissas sobre as quais o órgão jurisdicional de reenvio baseou a sua decisão de reenvio, antes de analisar os aspetos essenciais das questões que o mesmo submete ao Tribunal de Justiça.

A – *Observações preliminares*

40. Antes de mais, devo recordar que o órgão jurisdicional de reenvio é o único competente para verificar e apreciar os factos do litígio que lhe foi submetido assim como para interpretar e aplicar o direito nacional [8].

41. Nestas circunstâncias, dividirei a minha análise em três momentos. Em primeiro lugar, farei referência ao princípio do primado do interesse superior da criança. Em segundo lugar, para uma melhor compreensão das situações em causa no processo principal, examinarei a heterogeneidade dessas situações. Em terceiro, apresentarei o contexto no qual essas situações se inserem, expondo as considerações feitas pelo órgão jurisdicional de reenvio quanto à regulamentação e à prática administrativa neerlandesas, bem como no que diz respeito aos pedidos de direito de residência apresentados pelas recorrentes no processo principal, no quadro dos processos instaurados em matéria de direito dos estrangeiros.

8 — Como exemplo recente desta jurisprudência constante, v. acórdão de 8 de junho de 2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412, n.º 36).

1. Princípio do interesse superior da criança

42. O primado do interesse superior da criança é um dos princípios que impregnam a ordem jurídica da União [9].

43. Por um lado, todos os Estados-Membros ratificaram a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, adotada em Nova Iorque, em 20 de novembro de 1989 (a seguir «Convenção sobre os Direitos da Criança») [10]. Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, desta convenção, «[t]odas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança» [11]. Além disso, o Tribunal de Justiça teve já ocasião de recordar que a Convenção sobre os Direitos da Criança vincula todos os Estados-Membros e que esse texto é um dos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos que tem em conta na aplicação dos princípios gerais do direito da União [12].

44. Por outro lado, o artigo 3.º, n.º 3, TUE, que, no seu primeiro parágrafo, dispõe que «a União estabelece um mercado interno», no seu segundo parágrafo, estabelece que a União «combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a proteção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e *a proteção dos direitos da criança*». Além disso, os direitos das crianças estão consagrados na Carta [13]. No seu artigo 24.º, esta reconhece que as crianças são titulares de direitos, independentes e autónomos. Este artigo estabelece que as entidades públicas e as instituições privadas terão primacialmente em conta o interesse superior da criança [14].

45. A este respeito, o Tribunal de Justiça considerou o princípio do primado do interesse superior da criança o prisma através do qual devem ser lidas as disposições do direito da União [15].

9 — Para uma exposição sumária do acervo da União no que diz respeito aos direitos da criança, v. Comissão Europeia, DG Justiça, *EU acquis and policy documents on the rights of the child*, dezembro de 2015, pp. 1 a 83.

10 — Esta convenção entrou em vigor em 2 de setembro de 1990.

11 — O artigo 9.º, n.º 1, da mesma convenção dispõe que «[o]s Estados Partes garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança. Tal decisão pode mostrar-se necessária no caso de, por exemplo, os pais maltratarem ou negligenciarem a criança ou no caso de os pais viverem separados e uma decisão sobre o lugar da residência da criança tiver de ser tomada».

12 — V. acórdão de 27 de junho de 2006, Parlamento/Conselho (C-540/03, EU:C:2006:429, n.º 37 e jurisprudência referida).

13 — É certo que, por força do artigo 51.º, n.º 1, da Carta, as disposições da mesma têm por destinatários os Estados-Membros apenas quando apliquem o direito da União. No entanto, no caso em apreço, se, na sequência do exame das situações em causa no processo principal, se considerar que as referidas situações estão abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União, o órgão jurisdicional de reenvio deverá determinar se a recusa de concessão de um direito de residência derivado às recorrentes no processo e dos seus pedidos de prestação em causa ofende o direito ao respeito da vida privada e familiar previsto no artigo 7.º da Carta. V., neste sentido, acórdão de 15 de novembro de 2011, Dereci e o. (C-256/11, EU:C:2011:734, n.º 72).

14 — V., igualmente, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 15 fevereiro de 2011, intitulada «Programa da UE para os direitos da criança» [COM(2011) 60 final, p. 3].

15 — V., em especial, no caso do direito ao reagrupamento familiar de crianças de tenra idade que nunca exerceram o seu direito de livre circulação e que sempre residiram no Estado-Membro de que são nacionais, acórdão de 6 de dezembro de 2012, O e o. (C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, n.ºs 76 a 78). Quanto à livre circulação de mercadorias, v. acórdão de 14 de fevereiro de 2008, Dynamic Medien (C-244/06, EU:C:2008:85, n.ºs 39 a 42 e 52). No que diz respeito ao Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (JO 2003, L 338, p. 1), v., em especial, acórdão de 2 de abril de 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, n.ºs 61 e 64).

46. Mais precisamente, no que diz respeito à cidadania da União e aos artigos 20.° e 21.° TFUE, a interpretação feita pelo Tribunal de Justiça permitiu uma aplicação coerente das disposições do Tratado e do direito derivado [16]. Parece-me especialmente importante sublinhar que o Tribunal de Justiça já decidiu que «[uma criança que é cidadã da União] pode invocar os *direitos de livre circulação e residência* garantidos pelo direito [da União]. A aptidão, por parte de nacional de um Estado-Membro, para ser titular dos direitos garantidos pelas disposições do Tratado e do direito derivado relativas à livre circulação de pessoas não pode estar subordinada à condição de o interessado ter atingido a idade exigida para ter a capacidade jurídica para exercer, por si próprio, os referidos direitos» [17].

47. Este princípio constituirá o ponto de partida da minha análise.

2. Heterogeneidade das situações em causa no processo principal

48. Antes de mais, importa precisar que, uma vez examinadas as situações em causa no processo principal, a sua falta de homogeneidade é evidente.

49. É certo que, como resulta da decisão de reenvio, as oito recorrentes no processo principal são nacionais de Estados terceiros, sem título de residência válido [18] e mães de, pelo menos, uma criança de tenra idade (de 3 a 7 anos), cidadã da União e que reside no seu próprio Estado-Membro, neste caso o Reino dos Países Baixos. A paternidade de todas estas crianças foi reconhecida pelos seus pais, nacionais neerlandeses, mas as mesmas vivem com as suas mães, que têm a sua guarda efetiva e quotidiana. Em todas as situações, o pai não vivia, ou já não vivia, em família com o filho e a mãe durante o período a que os indeferimentos dos pedidos de prestação em causa se referem.

50. Para além destas analogias, as situações em causa no processo principal apresentam um certo número de especificidades que é conveniente ter em conta.

51. Assim, antes de mais, no que diz respeito à situação dos pais nacionais neerlandeses, à sua contribuição para o sustento dos respetivos filhos e à guarda dos mesmos, resulta da decisão de reenvio que os contactos entre os filhos e os seus pais eram, consoante os casos, frequentes [19], raros ou mesmo inexistentes [20]. Com efeito, num caso, o pai estava ausente em parte incerta [21] e, noutro, o pai vivia ao abrigo de um programa de auxílio ao alojamento [22]. Em três casos, o pai contribuía para o sustento da criança [23], ao passo que, nos outros casos, não era paga qualquer contribuição [24]. Em dois

16 — É conveniente fazer notar que a coerência da ordem jurídica da União deve ser o resultado de uma leitura do direito da União «não no seu conjunto, mas como conjunto». V., neste sentido, Simon, D., «Cohérence et ordre juridique communautaire», *in* Michel, V., *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses universitaires de Strasbourg, Estrasburgo, 2009, pp. 25 a 40, em especial, p. 30. A este respeito, Pierre Pescatore sublinhou a importância do juiz para garantir a coerência de uma ordem jurídica complexa, articulada com base nas relações sistemáticas entre várias ordens jurídicas. V., Pescatore, P., *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, A.W. Sijthoff, Leyde, 1972, p. 82.

17 — V. acórdão de 19 de outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, n.° 20 e jurisprudência referida). O sublinhado é meu.

18 — É o caso de U. Nikolic, X. V. García Pérez, J. Uwituze, I. O. Enowassam e A. E. Guerrero Chavez. No que diz respeito a H. C. Chavez-Vilchez, P. Pinas e Y. R. L. Wip, v. n.° 52 das presentes conclusões.

19 — Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, é este o caso de Angelina, Angely e Habibatou. V. n.os 23, 26 e 27 das presentes conclusões.

20 — Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, é este o caso de Angelina, Angely e Habibatou. V. n.os 23, 26 e 27 das presentes conclusões.

21 — No caso de Schwencke, o pai de Angely, foi sublinhado, na audiência, que X. V. García Pérez era vítima de violência doméstica. Além disso, segundo a decisão de reenvio, segundo a base de dados da Administração relativa à população, Schwencke partiu para a Costa Rica em 8 de julho de 2009. V. n.° 26 das presentes conclusões.

22 — A este respeito, na audiência, o representante de U. Nikolic explicou que F. van de Pluijm, o pai de Esther, é um jovem progenitor que foi internado numa instituição para seguir um tratamento de longa duração, estando, por isso, excluído que o mesmo possa assumir a guarda da criança.

23 — Como resulta da decisão de reenvio, os pais de Shalomie, Joe, Philomena e Salamo, respetivamente, contribuem para o sustento das crianças. V. n.os 27 a 30 das presentes conclusões.

24 — Segundo a descrição da matéria de facto feita pelo órgão jurisdicional de reenvio, é o caso de Angelina, Shine, Esther, Angely e Habibatou. V. n.os 23 a 27 das presentes conclusões.

dos oito casos, a guarda era partilhada pelos dois progenitores [25], enquanto que, nos outros, a guarda era efetiva e quotidianamente assumida exclusivamente pela mãe [26]. Num único caso, a mãe assumia efetivamente a guarda do seu filho e ambos viviam em casa do padrasto e do irmão do pai [27]. Em metade dos casos, as crianças viviam com as respetivas mães em centros de acolhimento de emergência [28].

52. Em seguida, quanto à *situação das recorrentes no processo principal no território da União*, resulta igualmente da decisão de reenvio que, em 17 de maio de 2011, P. Pinas obteve uma autorização de residência nos Países Baixos por tempo determinado. Por outro lado, na audiência, os representantes de Y. R. L. Wip e de H. C. Chavez-Vilchez, bem como o Governo neerlandês, indicaram que, atualmente, as mesmas se encontram em situação de permanência legal. Com efeito, Y. R. L. Wip tinha obtido recentemente uma autorização de residência na Bélgica, onde trabalha e reside com a sua filha [29]. Quanto a H. C. Chavez-Vilchez, esta obteve uma autorização de residência nos Países Baixos, com base no artigo 8.º da CEDH, e tem um emprego na Bélgica.

53. Por último, no que respeita, *em especial, à situação das filhas, respetivamente, de H. C. Chavez-Vilchez e Y. R. L. Wip* deve salientar-se que ambas parecem ter exercido o seu direito à livre circulação.

54. Mais adiante, retomarei a questão da relevância destes aspetos para os litígios no processo principal.

3. Prática dos órgãos da administração neerlandeses e procedimentos em matéria de direito dos estrangeiros

55. Em primeiro lugar, no que diz respeito à *prática dos órgãos da Administração*, o órgão jurisdicional de reenvio indica que, nos Países Baixos, diferentes órgãos da Administração interpretam os acórdãos Ruiz Zambrano [30] e Dereci e o. [31] de forma restritiva e entendem que esta jurisprudência só se aplica quando, segundo critérios objetivos, o pai de nacionalidade neerlandesa não está em condições de assegurar a guarda do filho de nacionalidade neerlandesa, designadamente, nos casos de prisão, de internamento numa instituição ou numa clínica, ou em caso de morte. Fora destas situações, o progenitor nacional de um Estado terceiro deverá demonstrar que o pai de nacionalidade neerlandesa não está em condições de assegurar a guarda do filho de nacionalidade neerlandesa, ainda que, eventualmente, com o auxílio de terceiros. Com efeito, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a circular relativa aos estrangeiros prevê que o ónus da prova de que o progenitor neerlandês não podia assegurar a guarda efetiva do menor neerlandês impende sobre o progenitor nacional de um Estado terceiro.

56. Nos litígios no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio acrescenta que os organismos responsáveis pelo pagamento dos auxílios e prestações, nos casos em apreço as diferentes Câmaras Municipais e o Svb, deviam, com base nas informações que os interessados lhes tinham comunicado, e em concertação com o IND, proceder a uma análise detida da questão de saber se o

25 — Resulta da decisão de reenvio que a guarda é partilhada nos casos de Shine e de Philomena. Contudo, deve notar-se que Philomena reside com a sua mãe num centro de acolhimento de emergência. V. n.ºs 24 e 29 das presentes conclusões.

26 — A guarda é exclusivamente assumida pela mãe nos casos de Angelina, Esther, Angely, Habibatou, Shalomie, Joe e Salamo. V. n.ºs 23, 25 a 28 e 30 das presentes conclusões.

27 — É a situação de A. E. Guerrero Chavez e do seu filho Salamo. V. n.º 30 das presentes conclusões.

28 — É esta a situação de Angelina, Esther, Angely, Habibatou e Philomena.

29 — Resulta das observações escritas apresentadas por Y. R. L. Wip que o seu pedido de autorização de residência nos Países Baixos, com fundamento no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH») (assinada em Roma em 4 de novembro de 1950), também tinha sido indeferido. O órgão administrativo tinha considerado que as relações entre o pai e Shalomie, a filha de Y. R. L. Wip, *eram insuficientes para admitir a existência de uma vida familiar*.

30 — Acórdão de 8 de março de 2011 (C-34/09, EU:C:2011:124).

31 — Acórdão de 15 de novembro de 2011 (C-256/11, EU:C:2011:734).

artigo 20.º TFUE confere um direito de residência no país. Em certos casos, o IND emitiu um parecer a pedido dos referidos organismos. Noutros casos, já tinha sido proferida decisão no âmbito de um processo em matéria de direito dos estrangeiros instaurado por uma recorrente. Na apreciação do direito de residência, o IND segue as orientações previstas na circular relativa aos estrangeiros.

57. Em segundo lugar, no que respeita *aos pedidos de autorização de residência* no quadro dos processos em matéria de direito dos estrangeiros, o órgão jurisdicional de reenvio explica que, no caso em apreço, as Câmaras Municipais em causa, o SvB e o IND não consideraram relevante o facto de não ser o pai, cidadão da União, mas a mãe, nacional de um Estado terceiro, a ter a guarda efetiva e quotidiana do filho cidadão da União. Com efeito, não consideraram relevante examinar a intensidade do contacto mantido entre o filho e o pai, a natureza da contribuição deste para o sustento e a educação e se o pai estava ou não disposto a assumir a guarda do filho. Também não foi considerado relevante o facto de não ter sido atribuída ao pai a guarda do filho porque não foi demonstrado que tal não fosse possível. Cabe ao progenitor nacional de um Estado terceiro que tem o filho a seu cargo demonstrar que o progenitor neerlandês não podia assegurar a guarda efetiva do menor. Só se aquele demonstrasse que existem obstáculos objetivos que impedem que o pai assegure a guarda do filho se poderia presumir que o filho depende de tal forma do progenitor nacional de país terceiro que seria, na prática, obrigado a abandonar a União se fosse recusado o direito de residência a esse progenitor.

58. Tendo em conta a heterogeneidade das situações em causa no processo principal, bem como as especificidades da prática administrativa neerlandesa descritas pelo órgão jurisdicional de reenvio na sua decisão, deve verificar-se se os filhos de tenra idade, cidadãos da União, e as suas mães, nacionais de Estados terceiros, que têm a sua guarda exclusiva, estão abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito da União. Para esse efeito, examinarei, por um lado, os casos concretos das filhas de H. C. Chavez-Vilchez e de Y. R. L. Wip, à luz do artigo 21.º TFUE e da Diretiva 2004/38, e por outro, o caso das crianças que sempre residiram com as suas mães no Estado-Membro de que são nacionais, à do artigo 20.º TFUE.

B – *Exame da situação de H. C. Chavez-Vilchez e de Y. R. L. Wip, bem como das respetivas filhas, à luz do artigo 21.º, n.º 1, TFUE e da Diretiva 2004/38*

59. Como o Tribunal de Justiça reiteradamente declarou, ainda que, no plano formal, o órgão jurisdicional de reenvio tenha limitado as suas questões à interpretação do artigo 20.º TFUE, tal circunstância não obsta a que o Tribunal de Justiça lhe forneça todos os elementos de interpretação do direito da União que possam ser úteis para a decisão do processo que lhe foi submetido, quer esse órgão jurisdicional lhes tenha ou não feito referência no enunciado das suas questões [32].

60. Antes de mais, recordo que, nos termos do considerando 3 da Diretiva 2004/38, a finalidade da mesma é simplificar e reforçar o direito de livre circulação e residência de todos os cidadãos da União. Como fiz notar, no n.º 46 das presentes conclusões, esse direito inclui as crianças de tenra idade cidadãs da União [33].

32 — V., neste sentido, em especial, acórdãos de 19 de setembro de 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, n.º 41), e de 1 de outubro de 2013, Alokpa e Moudoulou (C-86/12, EU:C:2013:645, n.º 20).

33 — V. acórdão de 19 de outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, n.º 20 e jurisprudência referida).

1. Quanto à relevância do exercício da liberdade de circulação pela filha de H. C. Chavez-Vilchez

61. No caso da filha de H. C. Chavez-Vilchez, tanto por a mesma ter exercido o seu direito de livre circulação, ao ter residido, até 2011, na Alemanha, Estado-Membro onde o seu pai trabalha [34], como por o órgão jurisdicional de reenvio ter concluído que, atualmente, a mesma reside com a sua mãe na Bélgica, onde esta tem um emprego, entendo que, em princípio, a Diretiva 2004/38 é aplicável a H. C. Chavez-Vilchez, enquanto membro da família de uma cidadã da União, na aceção do artigo 2.º, n.º 2), dessa diretiva, que a acompanha [35]. Contudo, na minha opinião, as consequências da aplicação da Diretiva 2004/38 no caso de H. C. Chavez-Vilchez e da sua filha são diferentes consoante o momento de deslocação em que incida a análise.

62. Como, atualmente, H. C. Chavez-Vilchez trabalha na Bélgica e, por conseguinte, não se pode excluir que resida nesse Estado-Membro com a sua filha, deve sublinhar-se que, tendo em conta o facto de H. C. Chavez-Vilchez ter obtido recentemente uma autorização de residência nos Países Baixos com fundamento no artigo 8.º da CEDH, uma sua eventual residência na Bélgica só seria relevante em duas hipóteses, quer no que diz respeito a um eventual pedido de autorização de residência nesse Estado-Membro, quer, tendo em conta o facto de residir legalmente nos Países Baixos, para a apreciação dos critérios de interpretação do artigo 20.º TFUE, conforme estabelecidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça [36].

63. No que diz respeito ao exercício da liberdade de circulação pela filha de H. C. Chavez-Vilchez, resulta da decisão de reenvio e das observações escritas e orais que, até 2011, a mesma viveu com os seus pais na Alemanha, Estado-Membro onde reside e trabalha o seu pai, antes de este a expulsar, com a mãe, do domicílio familiar [37]. Posteriormente, acompanhada da sua mãe, regressou aos Países Baixos, Estado-Membro do qual tem nacionalidade.

64. Afigura-se-me útil analisar, à luz da Diretiva 2004/38, esta permanência de H. C. Chavez-Vilchez e da sua filha na Alemanha. Com efeito, essa análise poderia ser útil para o órgão jurisdicional de reenvio, pela relevância que tem relativamente aos períodos a que os pedidos de prestação em causa no processo principal dizem respeito.

34 — Saliento que nem na decisão de reenvio nem nos elementos de que o Tribunal de Justiça dispõe é indicado se o Estado-Membro de nascimento da filha de H. C. Chavez-Vilchez é a República Federal da Alemanha ou o Reino dos Países Baixos. Em todo o caso, resulta daquela decisão que a filha de H. C. Chavez-Vilchez tem nacionalidade neerlandesa, tendo o seu pai, de nacionalidade neerlandesa, reconhecido a sua paternidade.

35 — Recordo, a este respeito, que os eventuais direitos atribuídos aos nacionais de países terceiros pelas disposições do direito da União respeitantes à cidadania da União não são direitos próprios dos referidos nacionais, mas direitos derivados do exercício da liberdade de circulação por parte de um cidadão da União. V., designadamente, acórdãos de 8 de maio de 2013, Ymeraga e o. (C-87/12, EU:C:2013:291, n.º 35); de 10 de outubro de 2013, Alokpa e Moudoulou (C-86/12, EU:C:2013:645, n.º 22); e de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 36).

36 — A este respeito, dado que, atualmente, H. C. Chavez-Vilchez é titular de uma autorização de residência nos Países Baixos, é dificilmente equacionável que, na prática, a sua filha seja obrigada a abandonar o território da União considerado no seu todo, privando-a, desse modo, do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadã da União.

37 — Resulta das observações escritas apresentadas por H. C. Chavez-Vilchez que, como se encontrava na rua com a sua filha, os serviços de assistência e de polícia alemães consideraram preferível que Angelina e a sua mãe regressassem aos Países Baixos, uma vez que Angelina, enquanto cidadã neerlandesa, podia gozar nesse Estado-Membro todos os direitos.

a) Breve síntese da jurisprudência relativa à aplicabilidade da Diretiva 2004/38 no caso em que o cidadão da União, que exerceu efetiva e previamente a sua liberdade de circulação, se desloca ao Estado-Membro de que é nacional

65. Recordo que, quanto aos eventuais direitos dos membros da família de um cidadão da União que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro, o considerando 5 da Diretiva 2004/38 refere que 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 [38].

66. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o direito de ser acompanhado por um membro da família nacional de um Estado terceiro é concedido, de igual modo, ao cidadão da União, quer seja ativo [39] ou inativo [40], que regresse ao Estado-Membro de que é nacional na sequência do exercício da sua liberdade de circulação para outro Estado-Membro onde vivia com o referido membro da sua família [41]. Esta jurisprudência diz, pois, respeito ao direito ao reagrupamento familiar concedido ao cidadão na sequência do exercício prévio da liberdade de circulação e assenta na proibição de entraves. Nesta jurisprudência, o Tribunal de Justiça aplicou a Diretiva 2004/38 por analogia [42]. Importa, agora, analisar a jurisprudência na qual o Tribunal de Justiça fez uma interpretação mais ampla dessa diretiva, aplicando-a, não por analogia, mas diretamente.

b) Quanto à aplicabilidade do artigo 5.º da Diretiva 2004/38 nos casos em que uma criança de tenra idade, cidadã da União, que exerceu efetiva e previamente a sua liberdade de circulação, se desloca ao Estado-Membro de que é nacional acompanhada por um ascendente, nacional de um Estado terceiro, que tem a sua guarda exclusiva

67. No que diz respeito ao direito de entrada e de residência de curta duração, previsto no artigo 6.º da Diretiva 2004/38, o Tribunal de Justiça, no acórdão McCarthy e o. [43], aplicou a Diretiva 2004/38 a um nacional de um Estado terceiro, membro da família de um cidadão da União. Nesse acórdão, procedeu a uma interpretação coerente da Diretiva 2004/38, atendendo ao sistema das fontes do direito da União bem como ao papel que a cidadania da União desempenha na União. Assim, antes de mais, recordou que «[a] Diretiva 2004/38 visa, como resulta de jurisprudência constante, facilitar o exercício do direito fundamental e individual de circular e de residir livremente no território dos Estados-Membros

38 — V. acórdãos de 25 de julho de 2008, Metock e o. (C-127/08, EU:C:2008:449, n.º 83), e de 18 de dezembro de 2014, McCarthy e o. (C-202/13, EU:C:2014:2450, n.º 33).

39 — V. acórdão de 7 de julho de 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296). Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça considerou que um cidadão que regressa ao Estado-Membro da sua nacionalidade, para exercer uma atividade não assalariada, depois de ter exercido uma atividade assalariada, durante um certo período, noutro Estado-Membro, tem o direito, ao abrigo dos Tratados e do direito derivado, de ser acompanhado pelo seu cônjuge, nacional de um país terceiro, nas mesmas condições que as previstas pelo direito derivado.

40 — V. acórdão de 11 de dezembro de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771). O Tribunal de Justiça considerou que um nacional de um Estado-Membro que havia trazido a filha de um Estado terceiro, quando trabalhava noutro Estado-Membro, tinha o direito de ser acompanhado por ela ao regressar, como inativo, ao Estado-Membro de que era nacional.

41 — Para uma análise dessa jurisprudência, v. n.os 61 a 88 das conclusões que apresentei no processo McCarthy e o. (C-202/13, EU:C:2014:345).

42 — No acórdão de 7 de julho de 1992, Singh (C-370/90, EU:C:1992:296), os direitos de residência derivados foram reconhecidos pelo Tribunal de Justiça com base no artigo 52.º CEE (atual artigo 49.º TFUE) e na 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 (JO 1973, L 172, p. 14; EE 06 F1 p. 132), que foi revogada e substituída pela Diretiva 2004/38. A fundamentação do acórdão de 11 de dezembro de 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771), assenta tanto nas disposições do Tratado (artigo 39.º CE, atual artigo 45.º TFUE) como nas do Regulamento (CEE) n.º 1612/68 do Conselho, de 15 de outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade (JO 1968, L 257, p. 2; EE 05 F1 p. 77), que foi alterado pela Diretiva 2004/38. No acórdão de 12 de março de 2014, O. e B. (C-456/12, EU:C:2014:135), o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 21.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que a Diretiva 2004/38 é aplicável por analogia numa situação na qual um cidadão da União tenha desenvolvido ou consolidado uma vida em família com um nacional de um Estado terceiro por ocasião de uma residência efetiva, nos termos e no respeito dos requisitos enunciados nos artigos 7.º, n.os 1 e 2, ou 16.º, n.os 1 e 2, da Diretiva 2004/38, num Estado-Membro diferente daquele de que é nacional e regressa, com o membro da família em causa, ao Estado-Membro de que tem a nacionalidade. V., a este respeito, n.os 77 e segs. das conclusões que apresentei no processo McCarthy e o. (C-202/13, EU:C:2014:345).

43 — Acórdão de 18 de dezembro de 2014 (C-202/13, EU:C:2014:2450).

que o artigo 21.º, n.º 1, do TFUE confere diretamente aos cidadãos da União, e reforçar o referido direito» [44]. Em seguida, recordou que, «[t]endo em conta o contexto e as finalidades prosseguidas [por essa diretiva], as suas disposições não podem ser interpretadas de modo restritivo e, de qualquer modo, não devem ficar privadas do seu efeito útil» [45]. Neste contexto, por último, o Tribunal de Justiça considerou que «não decorre de modo nenhum [do artigo 5.º da Diretiva 2004/38] que o direito de entrada dos membros da família do cidadão da União que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro esteja limitado aos Estados-Membros diferentes do Estado-Membro de origem do cidadão da União».

68. A esse respeito, entendo que a Diretiva 2004/38 deve ser aplicada aos nacionais de Estados terceiros, membros da família de um cidadão da União, na aceção do n.º 2) do seu artigo 2.º, quando, na sequência do exercício prévio do direito de livre circulação por parte do cidadão da União, e após ter residido efetivamente noutro Estado-Membro, o cidadão da União e os membros da sua família se desloquem para o Estado-Membro do qual tal cidadão é nacional.

69. No caso em apreço, a questão que se coloca é a de saber se o facto de a filha de H. C. Chavez-Vilchez, ao ter vivido com os seus pais na Alemanha, Estado-Membro onde o pai reside e exerce uma atividade não assalariada, ter exercido o seu direito de livre circulação lhe permite beneficiar, ela própria e a sua mãe, da proteção da Diretiva 2004/38, por ocasião do seu regresso aos Países Baixos, Estado-Membro do qual é nacional.

70. Entendo que a resposta é afirmativa.

71. É certo que, ao contrário de H. P. McCarthy [46], também nacional de um Estado terceiro e membro da família de um cidadão da União, que era titular de um cartão de residência válido, emitido pelas autoridades de um Estado-Membro, nos termos do artigo 10.º da Diretiva 2004/38, não resulta da decisão de reenvio que, à data da sua entrada no território dos Países Baixos, H. C. Chavez-Vilchez dispusesse de um documento de viagem nos termos do artigo 5.º dessa diretiva. No entanto, considero que uma interpretação do n.º 1 em conjugação com o n.º 4 do artigo 5.º da Diretiva 2004/38 teria permitido que H. C. Chavez-Vilchez beneficiasse do direito de entrada e de residência de curta duração no território do Reino dos Países Baixos. Com efeito, o artigo 5.º, n.º 4, dessa diretiva prevê que «[s]e um cidadão da União ou um membro da sua família que não tenha a nacionalidade de um Estado-Membro não dispuserem dos documentos de viagem necessários ou, se for o caso, dos vistos necessários, o Estado-Membro em causa deve, antes de recusar a sua entrada, dar-lhes todas as oportunidades razoáveis a fim de lhes permitir obter os documentos necessários ou de estes lhes serem enviados num prazo razoável, ou a fim de confirmar ou provar por outros meios a sua qualidade de titulares do direito de livre circulação e residência».

44 — V. acórdão de 18 de dezembro de 2014, McCarthy e o. (C-202/13, EU:C:2014:2450, n.º 31). V., igualmente, acórdão de 12 de março de 2014, O. e B (C-456/12, EU:C:2014:135, n.º 35 e jurisprudência referida).

45 — V. acórdão de 25 de julho de 2008, Metock e o. (C-127/08, EU:C:2008:449, n.º 84).

46 — Acórdão de 18 de dezembro de 2014, McCarthy e o. (C-202/13, EU:C:2014:2450).

72. Assim, a filha de H. C. Chavez-Vilchez, enquanto cidadã da União de tenra idade que circulou no território da União [47] e, por força de circunstâncias infelizes [48], regressou ao Estado-Membro de que é nacional, deveria ter podido beneficiar da aplicação do artigo 21.º, n.º 1, TFUE e do artigo 5.º, n.ºs 1 e 4, da Diretiva 2004/38 e, por conseguinte, de um direito de entrada e de residência de curta duração para a sua mãe, que permitisse que esta, que tem a sua guarda efetiva, encontrasse um trabalho que lhe desse a possibilidade de dispor dos recursos suficientes, a fim de não se tornar uma sobrecarga para o regime de segurança social do Reino dos Países Baixos [49].

73. Entendo que, nos casos em que um ascendente, nacional de um Estado terceiro, não consiga, no decurso do período de três meses previsto no artigo 6.º da Diretiva 2004/38, obter recursos suficientes para beneficiar da proteção dessa mesma diretiva, o artigo 21.º TFUE não se opõe a que lhe seja recusado o direito de residência, mesmo que tenha a guarda efetiva de uma criança de tenra idade, cidadã da União, que consigo resida.

74. No entanto, nesse caso, seria conveniente examinar a situação da criança cidadã da União e do seu ascendente nacional de um Estado terceiro à luz do artigo 20.º TFUE. Todavia, como já foi referido, H. C. Chavez-Vilchez obteve recentemente uma autorização de residência nos Países Baixos, com fundamento no artigo 8.º da CEDH. Por conseguinte, não me parece necessário verificar se, à luz do artigo 20.º TFUE, «[lhe poderá, contudo, ser concedido, a título excecional, um direito de residência], sob pena de se ignorar o efeito útil da cidadania da União de que [goza o filho] da interessada, na medida em que em consequência dessa recusa, na prática, [este seria obrigado] a abandonar o território da União considerado no seu todo, privando-[o] desse modo do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo referido estatuto» [50].

2. Quanto à relevância do exercício da liberdade de circulação pela filha de Y. R. L. Wip

75. Na audiência, o representante de Y. R. L. Wip, bem como o Governo neerlandês confirmaram que, atualmente, a mesma e a sua filha residem na Bélgica, onde Y. R. L. Wip obteve uma autorização de residência e exerce uma atividade profissional. Daí, é evidente que a sua filha exerceu, enquanto cidadã da União, a sua liberdade de circulação num Estado-Membro diferente daquele de que é nacional e que, por conseguinte, o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38 é aplicável no caso Y. R. L. Wip, enquanto membro da família que a acompanha. Com efeito, a filha de Y. R. L. Wip, na sua qualidade de nacional neerlandesa e, portanto, de cidadã da União, tem direito a invocar o artigo 21.º, n.º 1, TFUE. Este artigo do Tratado e a Diretiva 2004/38 conferem-lhe, em princípio, um direito de residência no Estado-Membro de acolhimento, neste caso, o Reino da Bélgica.

76. Neste contexto, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que «o facto de não permitir que o progenitor, nacional de um Estado-Membro ou de um Estado terceiro, que tem efetivamente a guarda de um cidadão da União que é menor, resida com esse cidadão no Estado-Membro de acolhimento privaria de efeito útil o direito de residência deste último, dado que o gozo do direito de residência por uma criança de tenra idade implica necessariamente que essa criança tenha direito a ser acompanhada pela pessoa que efetivamente a tem a seu cargo e, desse modo, que essa pessoa esteja em condições de residir com a criança no Estado-Membro de acolhimento durante esse período de residência» [51]. Este direito de os cidadãos da União residirem no território de outro Estado-Membro é,

47 — Recordo que esta deslocação estava relacionada com o exercício da liberdade de circulação do seu pai, nacional neerlandês, que visava estabelecer-se e trabalhar noutro Estado-Membro. Por conseguinte, em meu entender, a jurisprudência acima referida pode seguramente ser aplicada por analogia.

48 — V. nota 37 das presentes conclusões.

49 — A este respeito, faço notar que a regulamentação nacional em causa não permite que um membro da família de um cidadão da União, que é nacional de um Estado terceiro, trabalhe sem autorização de residência.

50 — V. acórdão de 10 de outubro de 2013, Alokpa e Moudoulou (C-86/12, EU:C:2013:645, n.º 33).

51 — V., em especial, acórdãos de 19 de outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, n.º 45); de 8 de novembro de 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, n.º 69); e de 1 de outubro de 2013, Alokpa e Moudoulou (C-86/12, EU:C:2013:645, n.º 28).

no entanto, reconhecido sem prejuízo das limitações e condições previstas pelo Tratado e pelas disposições adotadas em sua aplicação [52]. A este respeito, recordo que a aplicação destas limitações e condições deve ser feita respeitando os limites impostos pelo direito da União e em conformidade com os princípios gerais desse direito [53], designadamente, na minha opinião, com o princípio do interesse superior da criança.

77. Todavia, dado que Y. R. L. Wip obteve autorização de residência e exerce uma atividade profissional na Bélgica, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, a sua filha, cidadã da União, em princípio, não seria obrigada, na prática, a abandonar o território da União considerado no seu todo, privando-a desse modo do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pela sua cidadania. Por conseguinte, como no caso de H. C. Chavez-Vilchez (que obteve autorização de residência nos Países Baixos) e da sua filha, não me parece necessário analisar esta situação à luz do artigo 20.º TFUE.

C – *Exame das situações das crianças que sempre residiram no seu Estado-Membro de origem, com as respetivas mães, que têm a sua guarda efetiva, à luz do artigo 20.º TFUE*

1. Primeira e segunda questões prejudiciais

78. Nas suas primeira e segunda questões prejudiciais, que devem ser examinadas em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio, em síntese, pretende saber se o artigo 20.º TFUE se opõe a que um Estado-Membro recuse a um progenitor nacional de um Estado terceiro [54], que tem a guarda efetiva do seu filho de tenra idade, cidadão da União, o direito de residência no Estado-Membro onde este reside e do qual é nacional, dado não ter sido demonstrado que o outro progenitor, que é nacional desse mesmo Estado-Membro, pode assumir sozinho a guarda efetiva do filho.

79. Para dar resposta a estas questões, importa determinar se, à luz do artigo 20.º TFUE e da jurisprudência do Tribunal de Justiça, esta situação está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União.

52 — V., em especial, acórdãos de 17 de setembro de 2002, Baumbast e R (C-413/99, EU:C:2002:493, n.ºs 84 e 85), e de 19 de outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, n.º 26).

53 — V. acórdãos de 17 de setembro de 2002, Baumbast e R (C-413/99, EU:C:2002:493, n.º 91), e de 19 de outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, n.º 32).

54 — Resulta da doutrina que, no âmbito do artigo 20.º TFUE, já não é pertinente utilizar os termos «nacionais de Estados terceiros». No quadro da Diretiva 2004/38, na qual o exercício do direito de circulação e residência envolve dois Estados-Membros (aquele de que é nacional o cidadão da União e o de acolhimento), o membro da família do cidadão da União é, efetivamente, nacional de um Estado terceiro. No entanto, no âmbito do artigo 20.º TFUE, conforme interpretado pela jurisprudência, está envolvido um único Estado-Membro, ou seja, aquele de que é nacional o cidadão da União. Por conseguinte, uma vez que o membro da família desse cidadão não é nacional de um «Estado terceiro», é proposta a utilização de outro termo, como «nacional não-UE» ou «nacional não europeu». V., neste sentido, Davies, G., «The Family Rights of European Children: Expulsion of non-Europeans Parents», *in EUI Working Papers*, RSCAS 2012/04, pp. 1 a 22, p. 3. Contudo, nas presentes conclusões, considero que os termos «nacional de um Estado terceiro» fazem referência a um nacional de um Estado que não é membro da União.

a) Cidadania da União: o estatuto fundamental de cidadão da União

80. Em 1 de novembro de 2016, a cidadania da União completará 23 anos [55]. Criada em 1992, com a assinatura do Tratado de Maastricht, visa contribuir para que os nacionais dos Estados-Membros possam identificar-se com a União [56]. A cidadania da União, estatuto fundamental dos cidadãos da União, constitui, em especial para as novas gerações, a possibilidade de construir uma Europa na qual todos os cidadãos, como seres humanos, possam circular, permanecer, trabalhar, estudar, prestar serviços ou estabelecer-se noutro Estado-Membro, prosperar, contrair casamento ou optar por uma comunhão de vida análoga, constituir família, se o desejarem, e viver em paz [57] e em segurança.

81. Assim, a cidadania da União legitima o processo de integração europeia através do reforço da participação das pessoas, enquanto cidadãos. Desde a instituição da cidadania da União, esta legitimação foi valorizada no Tribunal de Justiça, pelos seus advogados-gerais. Em especial, em 1994, o advogado-geral C. O. Lenz fez notar que «[a] instituição de uma cidadania da União desperta a esperança de que o cidadão da União seja, em todo o caso, tratado da mesma maneira perante o direito comunitário» [58].

82. Dois anos mais tarde, em 1996, o advogado-geral P. Léger, referindo-se ao reconhecimento dessa cidadania, dirigiu-se ao Tribunal de Justiça nos seguintes termos: «[essa cidadania] tem um forte valor simbólico e constitui provavelmente um dos avanços da construção europeia que mais atraíram a atenção da opinião pública. É certo que este conceito abrange na realidade aspetos já adquiridos, na sua maior parte, pela evolução do direito comunitário, e como tal constitui uma consolidação do acervo comunitário. *Mas compete ao Tribunal dar-lhe pleno significado*. Ora, se se inferirem todas as consequências que se prendem com esse conceito, todos os cidadãos da União, qualquer que seja a sua nacionalidade, devem gozar exatamente dos mesmos direitos e estar sujeitos aos mesmos deveres» [59].

83. Nesse sentido, um ano mais tarde, o advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer fez notar que «[a] criação de uma cidadania da União, com o corolário […] do direito à livre circulação dos seus titulares no território de todos os Estados-Membros, representa um *progresso qualitativo* considerável, na medida em que, como a Comissão alega acertadamente, desvincula a referida liberdade dos seus elementos funcionais ou instrumentais (*a relação com uma atividade económica ou com a prossecução do mercado interno*) e eleva-a à categoria de direito próprio e independente, inerente ao *status* político dos cidadãos da União» [60] .

84. Desde então, a cidadania da União foi tornada efetiva de forma progressiva, através de um vasto trabalho jurisprudencial realizado pelo Tribunal de Justiça em estrita cooperação com os órgãos jurisdicionais nacionais no âmbito do processo prejudicial [61]. A primeira e segunda questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio inserem-se nesta linha jurisprudencial. Em síntese, têm

55 — Para uma síntese da evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de cidadania da União, v. Trifonidou, A., *The Impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, Hartpublishing, Londres, 2016, pp. 23 a 58. O autor procede a um exame da jurisprudência em quatro etapas, a saber, a infância (1993-1997), o crescimento e desenvolvimento (1998-2005), a adolescência (2006-2009) e a vida adulta (após 2010).

56 — V., neste sentido, Barnard, C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 431 e 432. Este autor considera a cidadania como «o cimento que permite ligar, num todo, os nacionais de todos os Estados-Membros».

57 — V. artigo 3.º TUE.

58 — V. n.º 53 das conclusões apresentadas pelo advogado-geral C. O. Lenz no processo Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:45).

59 — V. n.º 63 das conclusões apresentadas pelo advogado-geral P. Léger no processo Boukhalfa (C-214/94, EU:C:1995:381). Nesse sentido, v., igualmente, n.º 50 das conclusões apresentadas pelo advogado-geral A. La Pergola nos processos apensos Stöber e Piosa Pereira (C-4/95 e C-5/95, EU:C:1996:225). O sublinhado é meu.

60 — N.º 34 das conclusões apresentadas pelo advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer nos processos apensos Shingara e Radiom (C-65/95 e C-111/95, EU:C:1996:451). O sublinhado é meu. Muito recentemente, o advogado-geral M. Wathelet, nas suas conclusões no processo NA (C-115/15, EU:C:2016:259, n.º 111), sublinhou que, dado que o estatuto de cidadão tende a ser o estatuto fundamental dos cidadãos da União, «[n]ão pode, portanto, tratar-se de uma concha vazia».

61 — V., sobre este aspeto, n.ºs 107 e segs. das conclusões que apresentei nos processos apensos Rendón Marín e CS (C-165/14 e C-304/14, EU:C:2016:75).

por objeto a interpretação do artigo 20.º TFUE à luz dos acórdãos Ruiz Zambrano [62] e Dereci e o. [63], em situações como as que estão em causa no processo principal, nas quais não foi demonstrado que o progenitor que é cidadão do Estado-Membro do qual o filho é nacional e no qual este sempre residiu, pode assumir a sua guarda em caso de eventual expulsão do progenitor nacional de um Estado terceiro.

b) Quanto à especificidade das situações em causa no processo principal

85. No caso em apreço [64], quanto aos filhos de tenra idade de P. Pinas [65], U. Nikolic, X. V. García Pérez, J. Uwituze, I. O. Enowassam e A. E. Gerrero Chavez, que nunca exerceram o seu direito de livre circulação e residiram sempre no Estado-Membro de que são nacionais, concluo que os mesmos não estão abrangidos no conceito de «titular», na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38, de modo que essa diretiva não lhes é aplicável, nem às suas mães.

86. Em contrapartida, pode considerar-se que as situações em causa no processo principal estão abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 20.º TFUE?

87. A este respeito, recordo que, no acórdão Ruiz Zambrano, o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 20.º TFUE obsta a medidas nacionais que têm o efeito de privar os cidadãos da União do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto [66]. De acordo com os princípios enunciados nesse acórdão, esta proteção do direito da União é aplicável no processo principal, uma vez que os filhos de P. Pinas, U. Nikolic, X. V. García Pérez, J. Uwituze, I. O. Enowassam e A. E. Gerrero Chavez podem, caso não fosse reconhecido um direito de permanência derivado às suas mães, a cuja guarda exclusiva foram confiados, ser obrigados, no caso em apreço, a acompanhá-las e, por conseguinte, a abandonarem o território da União «no seu todo». Com efeito, uma eventual expulsão das suas mães privá-los-ia do gozo efetivo do essencial dos direitos que lhes confere o seu estatuto de cidadãos da União. Por conseguinte, essa privação pode prejudicar o efeito útil da cidadania da União de que os mesmos gozam.

88. Ora, em seguida, o Tribunal de Justiça esclareceu o alcance do acórdão Ruiz Zambrano [67] declarando que é aplicável a «situações muito específicas nas quais, não obstante o direito secundário relativo ao direito de residência dos nacionais de países terceiros não ser aplicável e o cidadão da União em causa não ter utilizado a sua liberdade de circulação, um direito de residência não pode, a

62 — Acórdão de 8 de março de 2011 (C-34/09, EU:C:2011:124). A natureza não acidental desse acórdão do Tribunal de Justiça é, para mim, mais que evidente. A este respeito, como sublinhei, nos n.os 111 a 115 e 117 das conclusões que apresentei nos processos apensos Rendón Marín e CS (C-165/14 e C-304/14, EU:C:2016:75), este acórdão resulta de uma maior evolução jurisprudencial que constituiu o fundamento da solução adotada naquele mesmo acórdão.

63 — Acórdão de 15 de novembro de 2011 (C-256/11, EU:C:2011:734).

64 — Uma vez que as situações das filhas de H. C. Chavez-Vilchez e de Y. R. L. Wip, cujas mães obtiveram recentemente autorizações de residência nos Países Baixos (com base no artigo 8.º da CEDH) e na Bélgica, respetivamente, foram analisadas nos n.os 61 a 77 das presentes conclusões, concentrar-me-ei na questão de saber se as situações das outras seis recorrentes no processo principal e dos seus filhos estão abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União.

65 — No caso de P. Pinas, recordo que, como resulta da decisão de reenvio, a mesma obteve uma autorização de residência por tempo determinado, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. Portanto, em princípio, não existe qualquer risco de expulsão e, por conseguinte, a sua filha, na prática, não é obrigada a abandonar o território dos Países Baixos. No entanto, caso o órgão jurisdicional de reenvio conclua que esta última já não dispõe de uma autorização de residência válida nos Países Baixos, é necessário que o mesmo analise a situação de P. Pinas à luz do artigo 20.º TFUE.

66 — Acórdão de 8 de março de 2011 (C-34/09, EU:C:2011:124, n.º 42). Como já observei, no n.º 116 das conclusões que apresentei nos processos apensos Rendón Marín e CS (C-165/14 e C-304/14, EU:C:2016:75), o acórdão Ruiz Zambrano visa o reconhecimento dos direitos reivindicados pelos nacionais dos Estados-Membros que, enquanto cidadãos da União, expressam a sua necessidade de proteção jurídica e o seu pedido de integração não só no Estado-Membro de acolhimento, mas igualmente no seu próprio Estado-Membro. Com efeito, o facto de ser reconhecido aos nacionais dos Estados-Membros um estatuto tão fundamental como o da cidadania da União implica, segundo o Tribunal de Justiça, que o direito da União se opõe a medidas nacionais que tenham como efeito privá-los do gozo efetivo do essencial dos direitos que lhes são concedidos por esse estatuto. É o que sucede com um nacional de um Estado terceiro que assume sozinho o encargo dos seus filhos de tenra idade, cidadãos da União ao qual é recusado o direito de residir no Estado-Membro em que estes residem e do qual são nacionais, uma vez que tal medida obriga igualmente tais filhos a sair do território da União.

67 — Acórdão de 8 de março de 2011 (C-34/09, EU:C:2011:124).

título excecional, ser recusado a um nacional de um país terceiro, membro da família do referido cidadão, sob pena de se ignorar o efeito útil da cidadania da União de que goza, se, como consequência de tal recusa, esse cidadão viesse, na prática, a ser obrigado a abandonar o território da União considerado no seu todo, privando-o desse modo do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União» [68].

89. Neste contexto, importa examinar se, à luz do artigo 20.º TFUE, situações como as que estão em causa no processo principal constituem situações específicas na aceção da jurisprudência acima referida.

90. Em meu entender, não há dúvida de que o facto de estes menores possuírem todos a nacionalidade de um Estado-Membro, ou seja, a nacionalidade neerlandesa, cujas condições de aquisição são, obviamente, da competência do Reino dos Países Baixos [69], implica que beneficiam do estatuto de cidadão da União [70]. Por conseguinte, enquanto cidadãos da União, esses menores têm o direito de circular e de residir livremente no território da União, e *qualquer limitação* a esse direito está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União [71].

91. Por conseguinte, entendo que resulta das informações de que o Tribunal de Justiça dispõe que, em princípio, as situações em causa no processo principal constituem situações específicas na aceção da jurisprudência estabelecida no acórdão Ruiz Zambrano [72]. Com efeito, estas situações poderiam implicar, para os menores em causa, a privação do gozo efetivo do essencial dos direitos que lhes confere o seu estatuto de cidadãos da União. Considero, pois, que estas situações estão abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União.

92. Nestas circunstâncias, importa, por isso, determinar se as decisões nacionais em causa no processo principal constituem uma ingerência no direito de residência de que gozam os menores em causa e se a mesma pode ser justificada.

93. Em meu entender, é evidente que existe uma potencial ingerência nos direitos das crianças em causa, cidadãos da União, caso, como consequência da recusa de autorização de residência às suas mães, as mesmas fossem, na prática, obrigadas a abandonar o território da União considerado no seu todo. Mas, nas circunstâncias específicas das situações em apreço, esta ingerência é, ou não, admissível?

68 — Acórdãos de 8 de março de 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124, n.os 43 e 44), e de 15 de novembro de 2011, Dereci e o. (C-256/11, EU:C:2011:734, n.º 67). V., igualmente, acórdãos de 8 de novembro de 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, n.º 71); de 6 de dezembro de 2012, O e o. (C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, n.º 48); de 8 de maio de 2013, Ymeraga e o. (C-87/12, EU:C:2013:291, n.º 36); e de 1 de outubro de 2013, Alokpa e Moudoulou (C-86/12, EU:C:2013:645, n.º 32). Nomeadamente, M. Dereci era um nacional turco cuja *esposa e os três filhos eram austríacos* e sempre residiram na Áustria, país onde aquele pretendia viver com os mesmos. Nesta situação, nem os três filhos nem a mãe estavam privados do gozo do essencial dos seus direitos uma vez que, contrariamente ao que sucedia no processo que deu origem ao acórdão de 8 de março de 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124), esses menores não dependiam do pai para subsistirem e, assim, podiam permanecer na Áustria.

69 — Acórdãos de 7 de julho de 1992, Micheletti e o. (C-369/90, EU:C:1992:295, n.º 29), e de 2 de março de 2010, Rottmann (C-135/08, EU:C:2010:104, n.º 39).

70 — Acórdãos de 2 de outubro de 2003, Garcia Avello (C-148/02, EU:C:2003:539, n.º 21), e de 19 de outubro de 2004, Zhu e Chen (C-200/02, EU:C:2004:639, n.º 21). V., igualmente, n.os 47 a 52 das conclusões apresentadas pelo advogado-geral A. Tizzano no processo Zhu e Chen (C-200/02, EU:C:2004:307).

71 — V. n.º 120 das conclusões que apresentei nos processos apensos Rendón Marín e CS (C-165/14 e C-304/14, EU:C:2016:75). Não é por não terem exercido o seu direito de circular e de residir livremente no território da União que não são titulares, enquanto cidadãos da União, deste direito. Em contrapartida, recordo que as disposições do Tratado relativas à cidadania da União não conferem nenhum direito autónomo aos nacionais de países terceiros. V. acórdãos de 8 de novembro de 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, n.º 66), e de 8 de maio de 2013, Ymeraga e o. (C-87/12, EU:C:2013:291, n.º 34).

72 — Acórdão de 8 de março de 2011 (C-34/09, EU:C:2011:124). Recordo que o facto que caracteriza estas situações específicas, em que o cidadão da União não exerceu o seu direito de livre circulação, «ainda que regidas por legislações que, *a priori*, são da competência dos Estados-Membros, concretamente, as legislações relativas ao direito de entrada e de residência dos nacionais de países terceiros, não abrangidas pelo âmbito de aplicação das disposições do direito derivado que, em certas condições, preveem a atribuição desse direito, é essas situações terem, contudo, uma relação intrínseca com a liberdade de circulação de um cidadão da União, que impede que o referido direito de entrada e de residência seja recusado aos referidos nacionais no Estado-Membro onde reside o cidadão da União, para que a sua liberdade de circulação não seja afetada». V. acórdãos de 8 de novembro de 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, n.º 72), e de 8 de maio de 2013, Ymeraga e o. (C-87/12, EU:C:2013:291, n.º 37).

c) Quanto ao respeito do princípio da proporcionalidade e ao grau de dependência existente entre o progenitor nacional de um Estado terceiro e a criança cidadã da União

94. A questão que se coloca, a título preliminar, é a de saber se a mera presença do pai, nacional neerlandês, nos Países Baixos [73] impede *sistematicamente* que a criança cidadã da União beneficie da proteção conferida pelo artigo 20.º TFUE, conforme interpretado na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

95. Em meu entender, a mera presença do pai, nacional neerlandês, nos Países Baixos não poderia, por si só, justificar as decisões nacionais em causa no processo principal, nem pôr em causa o critério da «privação do gozo efetivo do essencial dos direitos resultantes do estatuto de cidadão», sem que o órgão jurisdicional de reenvio examine se as decisões nacionais em causa respeitam o princípio da proporcionalidade, nomeadamente no que respeita às consequências que implicam para a situação dos filhos das recorrentes no processo principal, cidadãos da União, à luz do direito da União [74].

96. No quadro do respeito do princípio da proporcionalidade, estão envolvidos vários interesses, a saber, os interesses nacionais em matéria de imigração [75], os direitos dos cidadãos da União, o interesse superior da criança e os direitos reconhecidos no ordenamento nacional em matéria de direito da família, como é o caso, designadamente, da atribuição da guarda dos filhos.

97. Assim, para efeitos do exame das decisões nacionais em causa, quanto ao respeito do princípio da proporcionalidade, devem ser tidos em conta vários elementos, sendo o mais importante, na minha opinião, o grau de dependência que existe entre o progenitor nacional de um Estado terceiro e a criança cidadã da União.

98. A esse respeito, é primordial saber quem assume o «encargo legal, financeiro *ou* afetivo» [76]. Com efeito, como o Tribunal de Justiça já decidiu, «*é a relação de dependência entre o cidadão da União de tenra idade e o nacional de um país terceiro* a quem um direito de residência é recusado que pode pôr em causa o efeito útil da cidadania da União, dado que é essa dependência que coloca o cidadão da União na obrigação, de facto, de abandonar não só o território do Estado-Membro de que é nacional mas também o de toda a União, como consequência dessa decisão de recusa» [77].

99. Sob reserva desse exame, que compete ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar, parece resultar dos elementos de que o Tribunal de Justiça dispõe que existe esta relação de dependência entre todos os menores cidadãos da União em causa e as respetivas mães nacionais de Estados terceiros [78].

73 — Recordo que Schwencke, pai de Angely, se encontra ausente em parte incerta e, segundo as informações constantes da base de dados da Administração, desde 2009, não reside nos Países Baixos.

74 — V., por analogia, acórdão de 2 de março de 2010, Rottmann (C-135/08, EU:C:2010:104, n.os 54 a 56).

75 — Quanto ao princípio de atribuição das competências no domínio do direito da imigração, v. n.os 74 e 75 das conclusões que apresentei nos processos apensos Rendón Marín e CS (C-165/14 e C-304/14, EU:C:2016:75): «[o]s Estados-Membros mantêm, em princípio, as suas competências no domínio do direito da imigração. […] Em contrapartida, caso se trate de uma situação em que estão em causa os direitos de circular e de residir livremente em virtude do direito da União, a margem de apreciação de que os Estados-Membros dispõem em matéria de imigração *não pode prejudicar a aplicação das disposições relativas à cidadania da União ou à liberdade de circulação*, mesmo que estas disposições digam respeito não apenas à situação de um cidadão da União, mas igualmente à de um nacional de um Estado terceiro membro da sua família».

76 — Tenho preferência por este conceito, que foi utilizado pelo Tribunal de Justiça, no que diz respeito ao reagrupamento familiar, no acórdão de 6 de dezembro de 2012, O e o. (C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, n.º 56). O sublinhado é meu. Em meu entender, este conceito é equivalente ao de «guarda efetiva».

77 — V. acórdãos de 8 de março de 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124, n.os 43 e 45); de 15 de novembro de 2011, Dereci e o. (C-256/11, EU:C:2011:734, n.os 65 a 67); e de 6 de dezembro de 2012, O e o. (C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, n.º 56).

78 — Esta conclusão impõe-se, mesmo nos dois casos em que foi legalmente estabelecida a guarda conjunta, ou seja, os casos de Shine, a filha de P. Pinas, e de Philomena, a filha de I. O. Enowassam. Com efeito, importa sublinhar que a última reside com a sua filha num centro de acolhimento de emergência.

100. Além disso, no quadro da ponderação dos interesses em jogo, e na medida em que as situações em causa no processo principal estão abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União, o órgão jurisdicional de reenvio deve também ter em conta os direitos fundamentais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça, em especial, o direito ao respeito da vida familiar tal como está estabelecido no artigo 7.º da Carta, devendo este artigo ser interpretado em conjugação com o dever de tomar em consideração o interesse superior da criança, consagrado no artigo 24.º, n.º 2, da Carta [79].

101. Neste contexto, afigura-se-me pertinente a questão de saber se é conforme com o direito da União restringir a um menor cidadão da União o direito de residir livremente no território da União, unicamente com base em considerações como *não ter sido provado que o pai não pudesse assumir integralmente a guarda do filho*, enquanto que essa consideração equivale igualmente a afirmar *que também não foi demonstrado que o mesmo pudesse assumir a guarda da criança*! A este respeito, parece-me importante fazer notar que o órgão jurisdicional de reenvio explicou que, no caso em apreço, não foi provado que a alteração da atribuição da guarda do menor seja ainda possível [80].

102. Sou, pois, levado a concluir que, em situações como as que estão em causa no processo principal, seria desproporcionado recusar a nacionais de Estados terceiros, que são mães de menores de tenra idade, cidadãos da União, de forma automática e unicamente com base na mera presença do pai, cidadão da União, no Estado-Membro em causa, um direito de residência derivado. Recordo que qualquer justificação de uma derrogação ao direito de residência de cidadãos da União «deve ser objeto de interpretação estrita, e cujo âmbito não pode ser unilateralmente determinado pelos Estados-Membros» [81] sem haver fiscalização por parte das instituições da União.

d) Conclusão intermédia

103. O artigo 20.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um Estado-Membro recuse a um progenitor nacional de um Estado terceiro, que assume a guarda efetiva do seu filho de tenra idade, cidadão da União, a residência no Estado-Membro onde este reside e de que é nacional, na medida em que decisões desse tipo privariam essa criança do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da União, quando não tenha sido demonstrado que o outro progenitor, que é cidadão desse mesmo Estado-Membro, pode assumir sozinho a guarda efetiva da criança. A este respeito, não basta demonstrar que não se exclui a possibilidade de esse outro progenitor estar em condições de assegurar a guarda do filho.

2. Quanto à terceira questão prejudicial

104. A terceira questão prejudicial tem por objeto o ónus da prova da dependência efetiva da criança cidadã da União em relação ao progenitor nacional de um Estado terceiro.

79 — V., a este respeito, n.º 125 das conclusões apresentadas pelo advogado-geral M. Wathelet no processo NA (C-115/15, EU:C:2016:259): «[a] integração do artigo 7.º da Carta no raciocínio do órgão jurisdicional nacional relativo à aplicação do artigo 20.º TFUE não me parece, de resto, suscetível de implicar uma extensão do âmbito de aplicação do direito da União, extensão essa que seria contrária ao artigo 51.º n.º 2, da Carta».

80 — Devo fazer notar que, como resulta dos elementos de que o Tribunal de Justiça dispõe, de acordo com a prática administrativa neerlandesa, quando um pai está ausente em parte incerta, tem problemas físicos graves, exerceu violência doméstica contra a mãe (como no caso de X. V. García Pérez), está internado num centro especializado para seguir um tratamento de longa duração (como é o caso de F. van de Pluijm, pai de Esther) ou não tem, durante muito tempo, qualquer contacto com a criança (como no caso dos filhos de X. V. García Pérez e J. Uwituze), o mesmo não se encontra impossibilitado, de facto, de assumir a guarda dos seus filhos!

81 — Acórdão de 7 de junho de 2007, Comissão/Países Baixos (C-50/06, EU:C:2007:325, n.º 42 e jurisprudência referida).

105. Resulta da decisão de reenvio que a circular relativa aos estrangeiros, que os organismos neerlandeses responsáveis pela concessão dos auxílios e das prestações tomam em consideração, prevê que o ónus da prova de que o progenitor neerlandês não podia assegurar a guarda efetiva do menor impende sobre o progenitor nacional de um Estado terceiro. Este tem de demonstrar que existem obstáculos objetivos que impedem que o progenitor cidadão da União assegure a guarda do filho, para se poder presumir que o filho depende de tal forma do progenitor nacional de um Estado terceiro que será, na prática, obrigado a abandonar a União se for recusado o direito de residência a esse progenitor.

106. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio questiona se esta disposição da circular relativa aos estrangeiros não corresponde a uma interpretação demasiado restritiva do acórdão Ruiz Zambrano [82].

107. Nas suas observações escritas, o Governo neerlandês sublinhou que o ónus da prova recai sobre as requerentes da autorização de residência, em conformidade com a regra geral segundo a qual, quem invoca determinados direitos ou determinadas consequências dos mesmos tem de demonstrar que esses direitos são aplicáveis na sua situação.

108. Na minha opinião, nos casos em que uma das partes alega que a sua situação está abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 20.º TFUE, compete às autoridades nacionais do Estado-Membro determinar oficiosamente se estão preenchidos, ou não, os pressupostos de aplicação dessa disposição.

109. No quadro do exame, a efetuar pelas autoridades nacionais competentes, das condições necessárias para que um nacional de um Estado terceiro, progenitor de um menor cidadão da União, possa ser titular de uma autorização de residência, é evidente que essas autoridades se confrontam, por um lado, com questões diretamente relacionadas com o estatuto de cidadão da União do menor e, por outro, com questões estritamente do âmbito do ordenamento nacional em matéria de direito da família.

110. Quanto às questões relativas ao estatuto de cidadão da União do menor em causa, o problema da repartição do ónus da prova não deveria privar de efeito útil os direitos conferidos pelo direito da União. Assim, afigura-se-me que uma aplicação rigorosa da regulamentação nacional relativa ao ónus da prova, que está em causa, pode prejudicar o efeito útil do artigo 20.º TFUE.

111. No que diz respeito à apreciação dos aspetos relativos ao ordenamento nacional em matéria de direito da família, na medida em que situações como a que está em causa no processo principal estão abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da União, a questão preliminar de saber se a guarda do menor pode ser assumida pelo outro progenitor, nacional do Estado-Membro do qual o menor é nacional e, portanto, cidadão da União, deve ser conhecida oficiosamente pelas autoridades nacionais competentes, tendo em conta os princípios da proporcionalidade e do interesse superior da criança.

112. Além disso, afigura-se-me contrário ao efeito útil do artigo 20.º TFUE e aos princípios gerais do direito, em especial, ao princípio da proporcionalidade, obrigar o progenitor nacional de um Estado terceiro que assume a guarda efetiva do menor, neste caso a mãe, a intentar uma ação contrária aos seus próprios interesses e, potencialmente, aos interesses da criança! Com efeito, importa sublinhar que uma ação desse tipo tem como finalidade pedir que a guarda seja transferida para o outro progenitor, a fim de fazer prova de que o pai neerlandês não pode assegurar a guarda efetiva do menor e de que, em consequência, se possa presumir que o filho depende de tal forma da sua mãe que será, na prática, obrigado a abandonar a União se for recusado o direito de residência à mesma [83].

82 — Acórdão de 8 de março de 2011, C-34/09, EU:C:2011:124.

83 — Resulta dos elementos de que o Tribunal de Justiça dispõe, bem como das observações apresentadas na audiência que, para fazer prova de que o pai neerlandês não pode assegurar a guarda do menor, a mãe nacional de um Estado terceiro, que tem a guarda efetiva do mesmo, tem de propor, mesmo contra a sua vontade, uma ação em matéria de direito da família a fim de demonstrar que o pai não está em condições de assegurar a guarda do filho.

113. Atendendo a estas considerações, proponho que o Tribunal de Justiça responda à terceira questão no sentido de que incumbe às autoridades competentes do Estado-Membro averiguarem oficiosamente e demonstrarem o facto de que a guarda efetiva da criança pode ser assumida pelo outro progenitor. Compete a essas autoridades, respeitando os princípios da proporcionalidade e do interesse superior da criança, terem em conta todas as circunstâncias do caso concreto.

V – **Conclusão**

114. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Centrale Raad van Beroep (Tribunal de Recurso da Segurança Social e da Função Pública, Países Baixos), do seguinte modo:

1) O artigo 20.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que um Estado-Membro recuse a um progenitor nacional de um Estado terceiro, que assume a guarda efetiva do seu filho de tenra idade, cidadão da União, a residência no Estado-Membro onde este reside e de que é nacional, na medida em que decisões desse tipo privariam essa criança do gozo efetivo do essencial dos direitos ligados ao estatuto de cidadão da União, quando não tenha sido demonstrado que o outro progenitor, que é cidadão desse mesmo Estado-Membro, pode assumir sozinho a guarda efetiva da criança. A este respeito, não basta demonstrar que não se exclui a possibilidade de esse outro progenitor estar em condições de assegurar a guarda do filho.

2) Incumbe às autoridades competentes do Estado-Membro averiguarem oficiosamente e demonstrarem o facto de que a guarda efetiva da criança pode ser assumida pelo outro progenitor. Compete a essas autoridades, respeitando os princípios da proporcionalidade e do interesse superior da criança, terem em conta todas as circunstâncias do caso concreto.