Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
YVES BOT
apresentadas em 14 de maio de 2014[1]

Processo C-244/13

Ewaen Fred Ogieriakhi
contra
Minister for Justice and Equality,
Irlanda,
Attorney General,
An Post

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela High Court (Irlanda)]

«Direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União no território de um Estado-Membro — Diretiva 2004/38/CE — Conceito de período de cinco anos consecutivos de residência com um cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento — Direito de residência permanente»

1. O presente reenvio prejudicial leva, em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça a precisar o conceito de «residência legal consecutiva com o cidadão da União», na aceção do artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38/CE[2], e, mais particularmente, a precisar os termos «com o cidadão da União».

2. Com efeito, esta disposição prevê que os membros da família de um cidadão da União que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro e que tenham residido legalmente com esse cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento por um período de cinco anos consecutivos, têm direito de residência permanente no território desse Estado.

3. No litígio no processo principal, a questão consiste em saber se um nacional de um país terceiro, cônjuge de uma nacional da União Europeia, que exerceu o seu direito à livre circulação, pode ter uma pretensão a esse direito de residência quando, durante o período de cinco anos exigido, os cônjuges só viveram sob o mesmo teto dois anos e que, durante os três anos restantes, decidiram viver separadamente com parceiros diferentes.

4. Depois, a High Court (Irlanda) procura, igualmente, saber se, no quadro de uma ação de indemnização por violação do direito da União, o juiz nacional é obrigado a tomar em consideração o facto de que é necessário colocar uma questão prejudicial relativa ao direito da União em causa no litígio, a fim de determinar o caráter suficientemente grave da violação desse direito pelo Estado-Membro.

1 — Língua original: francês.

2 — Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (JO L 158, p. 77; retificações no JO L 229, p. 35, e no JO 2005, L 197, p. 34).

5. Nas presentes conclusões, explico as razões pelas quais considero que o artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, deve ser interpretado no sentido de que um nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União, pode invocar, para efeitos de aquisição do direito de residência permanente, um período de residência cumprido no território do Estado-Membro de acolhimento antes da transposição dessa diretiva para a ordem jurídica dos Estados-Membros, mesmo quando está demonstrado que, durante esse período, os cônjuges decidiram viver separadamente com outros parceiros.

6. A seguir, indicaremos por que razão, no meu entender, no quadro de uma ação de indemnização por violação do direito da União, o juiz nacional não é obrigado a ter em consideração o facto de ter sido necessário colocar uma questão prejudicial relativa ao direito da União em causa no litígio, a fim de determinar o caráter suficientemente grave da violação desse direito pelo Estado-Membro.

I – **Quadro jurídico**

A – *Regulamento (CEE) n.º 1612/68*

7. Nos termos do artigo 10.º do Regulamento (CEE) n.º 1612/68 do Conselho, de 15 de outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade [3], em vigor à data dos factos em litígio no processo principal:

«1. Têm o direito de se instalar com o trabalhador nacional de um Estado-Membro empregado no território de outro Estado-Membro, seja qual for a sua nacionalidade:

a) O cônjuge e descendentes menores de vinte e um anos ou a cargo;

b) Os ascendentes do trabalhador e os do seu cônjuge que se encontrem a seu cargo.

2. Os Estados-Membros favorecerão a admissão de todos os familiares que não beneficiem do disposto no n.º 1, desde que estes se encontrem a cargo ou vivam, no país de origem, sob o mesmo teto que o referido trabalhador.

3. Para efeitos do disposto nos n.ºs 1 e 2, o trabalhador deve ter um alojamento para a sua família, considerado normal para os trabalhadores nacionais na região onde está empregado, sem que esta disposição possa originar discriminação entre os trabalhadores nacionais e os trabalhadores provenientes de outros Estados-Membros.»

B – *Diretiva 2004/38*

8. A Diretiva 2004/38 reúne e simplifica a legislação da União em matéria de livre circulação das pessoas e do direito de residência dos nacionais da União e dos membros das suas famílias. Teve igualmente como efeito alterar o Regulamento n.º 1612/68, revogando, nomeadamente, o seu artigo 10.º

9. Com efeito, esta diretiva suprime a obrigação dos cidadãos da União obterem um cartão de residência, introduz um direito de residência permanente em favor desses cidadãos e dos membros das suas famílias e circunscreve a possibilidade de os Estados-Membros limitarem a residência no seu território a nacionais de outros Estados-Membros.

3 — JO L 257, p. 2; EE 05 F1 p. 77.

10. O artigo 7.º da referida diretiva, com a epígrafe «Direito de residência por mais de três meses», prevê, nos seus n.os 1 e 2:

«1. Qualquer cidadão da União tem o direito de residir no território de outro Estado-Membro por período superior a três meses, desde que:

a) Exerça uma atividade assalariada ou não assalariada no Estado-Membro de acolhimento; ou

b) Disponha de recursos suficientes para si próprio e para os membros da sua família, a fim de não se tornar uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período de residência, e de uma cobertura extensa de seguro de doença no Estado-Membro de acolhimento; ou

c)

— Esteja inscrito num estabelecimento de ensino público ou privado, reconhecido ou financiado por um Estado-Membro de acolhimento com base na sua legislação ou prática administrativa, com o objetivo principal de frequentar um curso, inclusive de formação profissional e

— disponha de uma cobertura extensa de seguro de doença no Estado-Membro de acolhimento, e garanta à autoridade nacional competente, por meio de declaração ou outros meios à sua escolha, que dispõe de recursos financeiros suficientes para si próprio e para os membros da sua família a fim de evitar tornar-se uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período de residência; ou

d) Seja membro da família que acompanha ou se reúne a um cidadão da União que preencha as condições a que se referem as alíneas a), b) ou c).

2. O direito de residência disposto no n.º 1 é extensivo aos membros da família de um cidadão da União que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro, quando acompanhem ou se reúnam ao cidadão da União, no Estado-Membro de acolhimento, desde que este preencha as condições a que se referem as alíneas a), b) ou c) do n.º 1.»

11. O artigo 16.º da Diretiva 2004/38, com a epígrafe «Regra geral para os cidadãos da União e membros das suas famílias», tem a seguinte redação:

«1. Os cidadãos da União que tenham residido legalmente por um período de cinco anos consecutivos no território do Estado-Membro de acolhimento, têm direito de residência permanente no mesmo. Este direito não está sujeito às condições previstas no capítulo III.

2. O n.º 1 aplica-se igualmente aos membros da família que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro e que tenham residido legalmente com o cidadão da União, no Estado-Membro de acolhimento, por um período de cinco anos consecutivos.

3. A continuidade da residência não é afetada por ausências temporárias que não excedam seis meses por ano, nem por ausências mais prolongadas para cumprimento de obrigações militares, nem por uma ausência de 12 meses consecutivos no máximo, por motivos importantes, como gravidez ou parto, doença grave, estudos ou formação profissional, ou destacamento por motivos profissionais para outro Estado-Membro ou país terceiro.

4. Uma vez adquirido, o direito de residência permanente só se perde devido a ausência do Estado-Membro de acolhimento por um período que exceda dois anos consecutivos.»

12. O artigo 35.º da Diretiva 2004/38 prevê que os Estados-Membros podem tomar as medidas necessárias para recusar, fazer cessar ou retirar qualquer direito conferido por esta diretiva em caso de abuso de direito ou de fraude, como os casamentos de conveniência. Essas medidas devem ser proporcionadas e sujeitas às garantias processuais estabelecidas nos artigos 30.° e 31.° da referida diretiva.

13. Finalmente, nos termos do artigo 38.º da Diretiva 2004/38, os artigos 10.° e 11.° do Regulamento n.º 1612/68 são revogados com efeitos a partir de 30 de abril de 2006.

C – *Direito irlandês*

14. O Regulamento de 2006, relativo à livre circulação de pessoas no interior das Comunidades Europeias [European Communities (Free Movement of Persons) Regulations 2006] (a seguir «Regulamento de 2006»), transpõe para o direito irlandês as disposições da Diretiva 2004/38.

15. O artigo 12.º do Regulamento de 2006 garante a transposição do artigo 16.º desta diretiva.

II – **Factos do litígio no processo principal**

16. E. F. Ogieriakhi, de nacionalidade nigeriana, chegou à Irlanda em maio de 1998, data em que pediu asilo político. Em maio de 1999, casou com uma nacional francesa, L. Georges, e retirou, então, o seu pedido de asilo. Em 11 de outubro de 1999, o Minister for Justice and Equality atribuiu-lhe uma autorização de residência.

17. Durante o período compreendido entre outubro de 1999 e outubro de 2004, L. Georges ou trabalhou ou recebeu prestações da segurança social.

18. Está demonstrado que, entre 1999 e 2001, E. F. Ogieriakhi e L. Georges viveram juntos, em diferentes moradas, em Dublin (Irlanda). No entanto, pouco depois de agosto de 2001, o seu casamento desfez-se no decurso do ano, e L. Georges deixou o domicílio familiar para ir viver com outro homem. A seguir, E. F. Ogieriakhi deixou igualmente esse domicílio para ir viver com uma nacional irlandesa, C. Madden. O órgão jurisdicional de reenvio precisa, a este respeito, que não é possível estabelecer com certeza as datas em que estes acontecimentos se produziram, sendo a única certeza que os mesmos ocorreram depois de agosto de 2001 e no decurso do ano de 2002.

19. L. Georges e E. F. Ogieriakhi divorciaram-se em janeiro de 2009. Este casou com C. Madden, em julho do mesmo ano, e, em 2012, obteve, por naturalização, a nacionalidade irlandesa. Em 2004, L. Georges deixou definitivamente o território irlandês.

20. Em setembro de 2007, o Minister for Justice and Equality recusou o direito de residência permanente a E. F. Ogieriakhi, com base no Regulamento de 2006, com o fundamento de que não havia a prova de que L. Georges, que era então sua esposa, mantinha ainda nesse momento os direitos decorrentes do direito da União. E. F. Ogieriakhi interpôs recurso de anulação desta decisão que foi rejeitado pela High Court, em janeiro de 2008, com o fundamento de que o Regulamento de 2006 não era aplicável aos períodos de residência anteriores à sua entrada em vigor. Em consequência disso, E. F. Ogieriakhi foi despedido, em 24 de outubro de 2007, pela An post, sociedade dos correios do Estado, para a qual havia começado a trabalhar em 11 de novembro de 2001, com o fundamento de que não dispunha de uma autorização de trabalho válida, dado que as autoridades irlandesas lhe tinham recusado o direito de residência permanente.

21. E. F. Ogieriakhi não interpôs imediatamente recurso desta decisão. Só o fez depois do acórdão Lassal [4]. A Supreme Court, que recusou prorrogar o prazo do recurso, assinalou que o Minister for Justice and Equality tinha aceitado reexaminar a decisão de setembro de 2007 pela qual recusava o direito de residência permanente a E. F. Ogieriakhi e indicou que este podia responsabilizar o Estado por violação do direito da União.

22. Em novembro de 2011, foi concedido a E. F. Ogieriakhi o direito de residência pelo Minister for Justice and Equality com o fundamento de que preenchia o conjunto das condições pertinentes previstas pelo Regulamento de 2006. Iniciou então o processo principal perante o órgão jurisdicional de reenvio no âmbito do qual exclama à Irlanda uma indemnização por perdas e danos por violação do direito da União, com fundamento na jurisprudência Francovich e o. [5]. Considera, com efeito, que houve incorreta transposição das disposições da Diretiva 2004/38 para o direito irlandês. Em consequência desta incorreta transposição, sustenta que sofreu um prejuízo devido à rescisão do seu contrato de trabalho pela An post, rescisão baseada na inexistência de um direito de residência permanente na Irlanda.

23. O órgão jurisdicional de reenvio considera que a procedência da ação proposta por E. F. Ogieriakhi com base numa incorreta transposição do direito da União depende do facto de se determinar, nomeadamente, se, no momento do seu despedimento, o mesmo beneficiava de um direito de residência permanente, com fundamento na Diretiva 2004/38.

III – **Questões prejudiciais**

24. Nestas condições, a High Court decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Pode afirmar-se que o cônjuge de um nacional de um Estado-Membro da União que, à data, não era ele próprio nacional de um Estado-Membro, 'resid[iu] legalmente com o cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento por um período de cinco anos consecutivos', na aceção do artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38[...], tendo em conta que o casamento ocorreu em maio de 1999, o direito de residência foi concedido [em] outubro de 1999 e, o mais tardar no início de 2002, o casal decidiu separar-se sendo que, no final do ano de 2002, ambos residiam com novos parceiros?

2) Se a resposta à primeira questão for afirmativa, e tendo em conta que o nacional de um país terceiro que invoca um direito de residência permanente, ao abrigo do artigo 16.º, n.º 2, [da Diretiva 2004/38/CE] com base num período de residência de cinco anos consecutivos anterior a abril de 2006, também deve demonstrar que a sua residência cumpria, designadamente, os requisitos estabelecidos no artigo 10.º, n.º 3, do Regulamento [...] n.º 1612/68, o facto de o nacional de um país terceiro ter abandonado a casa de morada de família, durante esse alegado período de cinco anos, e ter, então, começado a residir com outra pessoa numa nova casa de morada de família que não era fornecida ou disponibilizada pelo (anterior) cônjuge nacional da [União]?

3) Se a resposta à primeira questão for afirmativa e a resposta à segunda questão negativa, para efeitos de avaliar se um Estado-Membro transpôs de forma errada ou não aplicou adequadamente os requisitos estabelecidos no artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 ou o facto de o órgão jurisdicional nacional competente para apreciar uma ação de indemnização por violação do direito da União considerou necessário submeter um pedido de decisão prejudicial

4 — C-162/09, EU:C:2010:592.

5 — C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428.

sobre a questão substantiva do direito de residência permanente do demandante constitui, em si mesmo, um elemento que esse órgão jurisdicional pode ter em conta para determinar [o carácter manifesto] da violação do direito da União Europeia?»

IV – **A nossa análise**

A – *Observações preliminares*

25. Na minha opinião, deve-se tratar em conjunto a primeira e a segunda questão. Com efeito, o demandante no processo principal invoca um direito de residência permanente com fundamento no artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, que teria adquirido durante o período compreendido entre 1999 e 2004. Este período é anterior à data-limite de transposição desta diretiva na ordem jurídica dos Estados-Membros, a saber, 30 de abril de 2006.

26. Coloca-se, assim, antes de mais, a questão de saber se é possível ter em consideração, para efeito do cálculo do prazo de cinco anos exigido para a aquisição do direito de residência permanente, de acordo com o artigo 16.º, n.º 2, da referida diretiva, os períodos de residência cumpridos no território do Estado-Membro de acolhimento em conformidade com o direito da União então aplicável, isto é, neste caso, o Regulamento n.º 1612/68, e mais especificamente, o seu artigo 10.º Recorde-se que esta disposição concedia ao cônjuge do trabalhador nacional de um Estado-Membro, o direito de se instalar com este no Estado-Membro de acolhimento, na condição de que esse trabalhador dispusesse de um alojamento para a sua família, considerado normal para os trabalhadores nacionais na região onde estava empregado.

27. O Tribunal de Justiça já respondeu a esta questão no seu acórdão Lassal [6]. Entendeu, efetivamente que, «para fins da aquisição do direito de residência permanente previsto no artigo 16.º da Diretiva 2004/38, devem ser tidos em conta os períodos de residência de cinco anos consecutivos decorridos antes da data de transposição desta diretiva, a saber, 30 de abril de 2006, *em conformidade com instrumentos de direito da União anteriores a esta data*» [7].

28. O alcance deste acórdão foi precisado recentemente no acórdão Alarape e Tijani [8]. Com efeito, neste último acórdão, o Tribunal de Justiça indicou que só os períodos de residência que preencham os requisitos previstos pela Diretiva 2004/38 podem ser tidos em consideração para efeitos da aquisição pelos membros da família de um cidadão da União que não têm a nacionalidade de um Estado-Membro do direito de residência permanente na aceção desta diretiva [9]. Além disso, recordou que a Diretiva 2004/38, por um lado, tem por objetivo ultrapassar uma abordagem setorial e fragmentada do direito de livre circulação e residência a fim de facilitar o exercício deste direito, elaborando um ato legislativo único que codifique e reveja os instrumentos do direito da União anteriores a esta diretiva, e, por outro, previu um sistema gradual no que respeita ao direito de residência no Estado-Membro de acolhimento, que, retomando no essencial as etapas e os requisitos previstos nos diferentes instrumentos do direito da União e da jurisprudência anteriores à referida diretiva, conduz ao direito de residência permanente [10]. O Tribunal de Justiça indicou, por isso, que os

6 — EU:C:2010:592.
7 — N.º 40. O sublinhado é meu.
8 — C-529/11, EU:C:2013:290.
9 — N.º 42.
10 — N.º 46.

termos «instrumentos de direito da União anteriores» à Diretiva 2004/38, abordados no n.º 40 do acórdão Lassal (EU:C:2010:592), devem ser compreendidos no sentido de se referirem aos instrumentos que essa diretiva codificou, reviu e revogou e não àqueles que, como o artigo 12.º do Regulamento n.º 1612/68, não foram afetados pela mesma [11].

29. Deduzo desta jurisprudência o seguinte: quando se faz referência aos instrumentos anteriores que devem ser tidos em consideração para a contagem do período de residência, não pode tratar-se senão dos instrumentos codificados, revistos e/ou revogados pela Diretiva 2004/38 e não dos que ela não afetou. Na medida em que o artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68 faz parte das disposições que foram revogadas em consequência da entrada em vigor dessa diretiva, apenas os períodos de residência cumpridos antes da data-limite de transposição da mesma, com base no artigo 10.º desse regulamento, em condições conformes às previstas pela Diretiva 2004/38, podem ser tidos em consideração para efeitos do cálculo do prazo de cinco anos exigido no seu artigo 16.º, n.º 2, desta.

30. Por conseguinte, a primeira e segunda questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio devem entender-se da seguinte forma: o artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 deve ser interpretado no sentido de que o nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União, pode invocar, para efeitos de aquisição do direito de residência permanente, um período de residência cumprido no território do Estado-Membro de acolhimento antes da transposição desta diretiva para a ordem jurídica dos Estados-Membros, quando está demonstrado que, durante esse período, os cônjuges decidiram viver separadamente com outros parceiros?

B – *Quanto à primeira e segunda questões*

31. A questão que se coloca, em primeiro lugar, é a de saber se E. F. Ogieriakhi conservou, durante o período controvertido, a sua qualidade de «membro da família», na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38. Com efeito, recordo que o artigo 3.º desta diretiva, com a epígrafe «Titulares», dispõe, no seu n.º 1, que a mesma se aplica a todos os cidadãos da União que se desloquem ou residam num Estado-Membro que não aquele de que são nacionais, bem como aos membros das suas famílias, na aceção do ponto 2 do artigo 2.º, da referida diretiva, que os acompanhem ou que a eles se reúnam.

32. Ora, se é certo que L. Georges e E. F. Ogieriakhi estiveram casados até 2009, eles deixaram de viver juntos após dois anos de casamento e decidiram viver com outros parceiros. A este respeito é importante precisar, a fim de dissipar qualquer dúvida eventual, que, em nenhum momento, quer seja no pedido de decisão prejudicial quer nas outras peças do processo, foi evocado o facto de o casamento de L. Georges e de E. F. Ogieriakhi ser um casamento de conveniência.

33. Coloca-se, por isso, a questão de saber se E. F. Ogieriakhi, que invoca os direitos derivados da Diretiva 2004/38, era ainda um membro da família de L. Georges durante o período controvertido.

34. Na minha opinião, face à jurisprudência, não há dúvida de que E. F. Ogieriakhi pode ser considerado membro da família de L. Georges durante este período. Com efeito, resulta do acórdão Iida [12] que, enquanto a relação conjugal do casal não foi dissolvida pela autoridade competente, o nacional de um país terceiro, cônjuge do cidadão da União, pode ser considerado como sendo membro da família deste, na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38 [13].

11 — N.º 47.

12 — C-40/11, EU:C:2012:691.

13 — V. n.os 57 a 60.

35. Em seguida, recordo que o Tribunal de Justiça declarou, no n.º 34 do acórdão Alarape e Tijani (EU:C:2013:290), que, para a aplicação do artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, há que concluir que a aquisição do direito de residência permanente dos membros da família do cidadão da União, que não têm nacionalidade de um Estado-Membro, depende, de qualquer modo, do facto de, por um lado, esse cidadão preencher ele próprio os requisitos enunciados no artigo 16.º, n.º 1, dessa diretiva e de, por outro, os referidos membros terem residido com ele durante o período em causa. Além disso, segundo a jurisprudência, o conceito de residência legal, que está implícito nos termos «que tenham residido legalmente» que figuram nesta disposição, deve ser entendido no sentido de uma residência conforme com os requisitos previstos nesta diretiva, nomeadamente, os enunciados no artigo 7.º, n.º 1, desta [14].

36. Consequentemente, há que, determinar se L. Georges, nacional da União e cônjuge de E. F. Ogieriakhi, preenchia efetivamente essas condições durante o período controvertido. A este respeito, resulta do pedido de decisão prejudicial que é exatamente esse o caso. Com efeito, durante esse período, não é contestado que L. Georges tinha a qualidade de «trabalhador», na aceção do direito da União em vigor à época dos factos do litígio no processo principal. Em consequência, preenchia a condição prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2004/38. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio precisou que tendo L. Georges residido legalmente no território do Estado-Membro de acolhimento, por cinco anos consecutivos, adquiriu o direito de residência permanente, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, desta diretiva.

37. Na medida em que L. Georges beneficiava efetivamente do direito de residência permanente, E. F. Ogieriakhi considera que, enquanto membro da família desta última tendo residido legalmente com ela durante o período controvertido, também deve poder beneficiar do direito de residência permanente, com base no artigo 16.º, n.º 2, da referida diretiva. No entanto, as autoridades competentes consideram que à data dos factos do litígio no processo principal que as exigências do artigo 10.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1612/68 não estavam preenchidas dado que L. Georges não tinha fornecido a E. F. Ogieriakhi ou posto à sua disposição um alojamento considerado «normal», na aceção desta disposição. Se para estas autoridades, por não ter à sua disposição um alojamento considerado normal, o direito de residência de E. F. Ogieriakhi durante o período controvertido não se constituiu, não se pode considerar que este tenha residido legalmente no território do Estado-Membro de acolhimento, na aceção do artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 e não pode, por isso, beneficiar de um direito de residência permanente.

38. Não partilho desta análise.

39. Recordo, com efeito, que no acórdão Diatta [15], o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68 ao prever que o membro da família do trabalhador migrante tem o direito de se instalar com o trabalhador, não exige que o membro da família em causa aí habite em permanência, mas apenas, como indica o n.º 3 do referido artigo, que o alojamento de que o trabalhador dispõe possa ser considerado normal para o acolhimento da sua família. A exigência da unicidade do alojamento familiar permanente não pode, assim, ser admitida implicitamente [16]. Além disso, o Tribunal de Justiça acrescentou que o vínculo conjugal não pode ser considerado dissolvido, enquanto não lhe for posto termo pela autoridade competente. Tal não é o caso dos cônjuges que vivem simplesmente separados, mesmo quando têm a intenção de se divorciar posteriormente [17].

14 — N.º 35 desse acórdão.

15 — 267/83, EU:C:1985:67.

16 — N.º 18.

17 — N.º 20.

40. Por outro lado, no acórdão Comissão/Alemanha [18], o Tribunal de Justiça referiu que a condição de dispor de um alojamento considerado normal se impõe unicamente como condição de acolhimento de cada membro da família junto do trabalhador e que, uma vez terminado o reagrupamento da família, a situação do trabalhador migrante não poderá diferir da dos trabalhadores nacionais em relação às exigências respeitantes ao alojamento [19]. Deste modo, prossegue o Tribunal de Justiça, se o alojamento considerado normal, na altura da chegada dos membros da família do trabalhador migrante, deixar de corresponder a esta exigência na sequência de novo evento, como o nascimento ou a maioridade de um descendente, as medidas a tomar, eventualmente, em relação aos membros da família do trabalhador não poderão ser diferentes daquelas a que estão sujeitos os nacionais, nem conduzir a discriminações entre nacionais e cidadãos da União [20].

41. Na minha opinião, destes dois acórdãos resulta o seguinte: a condição imposta ao trabalhador da colocação à disposição de um alojamento normal para os membros da sua família, exigida no artigo 10.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1612/68, é uma condição prévia ao acolhimento da família deste. Esta condição prévia visa assegurar que o trabalhador em causa deseja, antes de mais, reconstituir a sua célula familiar, e isto, a fim de não ser dissuadido de exercer o seu direito de livre circulação. Contudo, uma vez esta célula reconstituída, não pode ser exigida uma coabitação permanente entre os membros da mesma família, durante todo o período de residência legal, no território do Estado-Membro de acolhimento. Os eventos aleatórios que podem ocorrer na vida de qualquer um, que podem levar os cônjuges a viver separadamente, não devem ter por consequência privar essas pessoas dos direitos que lhes advêm dos diplomas da União.

42. Exigir das pessoas em causa que vivam em permanência sob o mesmo teto, constitui, a meu ver, uma ingerência na sua vida privada e familiar, contrária ao artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. As autoridades estatais não têm como função impor uma conceção da vida em casal ou um modo de vida particular aos nacionais dos outros Estados-Membros e aos membros das suas famílias, e isto, tanto mais que semelhante exigência não existe quanto aos seus nacionais.

43. Penso, por isso, que as relações pessoais entre os cônjuges e as condições de alojamento que se seguem ao acolhimento do cônjuge nacional de um país terceiro no território do Estado-Membro de acolhimento, não têm qualquer pertinência para efeitos da concessão do direito de residência a esse cônjuge.

44. Em consequência, as exigências previstas no artigo 10.º do Regulamento n.º 1612/68 não deixam de ser respeitadas quando o trabalhador nacional de um Estado-Membro e o seu cônjuge, nacional de um país terceiro, decidiram, como no litígio no processo principal, viver separadamente. Daqui decorre, na minha opinião, que a residência de E. F. Ogieriakhi estava efetivamente em conformidade com o direito da União em vigor à data dos factos no litígio no processo principal.

45. Resta, no entanto, a questão de saber se esses períodos de residência cumpridos em conformidade com o artigo 10.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1612/68 correspondem às exigências do artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, na medida em que esta última disposição exige que o membro da família de um cidadão da União tenha residido legalmente por um período de cinco anos consecutivos «com» este último.

18 — 249/86, EU:C:1989:204.

19 — N.º 12.

20 — N.º 13.

46. Em meu entender, é esse realmente o caso. Com efeito, no acórdão Onuekwere [21], o Tribunal de Justiça afirmou que o termo «com» contido no artigo 16.º, n.º 2, desta diretiva, reforça a condição segundo a qual os membros da família de um cidadão da União que não têm a nacionalidade de um Estado-Membro devem acompanhar ou reunir-se com esse mesmo cidadão [22]. Como referi nos n.os 38 a 41 das minhas conclusões apresentadas no processo Onuekwere [23], este termo não deve, pois, ser interpretado literalmente e não exige uma vida em comum dos cônjuges sob o mesmo teto. Reforça simplesmente o facto de que, a fim de ser considerado como «titular» da referida diretiva, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, desta, o membro da família deve acompanhar ou reunir-se ao cidadão no território do Estado-Membro de acolhimento [24]. Assim, um nacional de um país terceiro, membro da família de um cidadão da União, que continuando casado com este cidadão, residisse no território de um Estado-Membro diferente daquele em que reside o referido cidadão, não satisfaria a exigência que figura no artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, de viver «com» o cidadão da União, na medida em que não seria considerado como tendo acompanhado ou tendo-se reunido a este último. Em contrapartida, uma vez que a condição inicial de acompanhar ou de se reunir ao cidadão da União no território do Estado-Membro de acolhimento está preenchida, pouco importa saber se os cônjuges coabitavam ou não.

47. Na minha opinião, esta interpretação não é contrária ao espírito e à finalidade do artigo 16.º desta diretiva. Com efeito, o direito de residência permanente visa promover a coesão social e reforçar o sentimento de cidadania da União. O elemento essencial para a aquisição deste direito de residência é, assim, a integração do cidadão da União e do membro da família deste no Estado-Membro de acolhimento [25], a continuidade da residência legal responde à obrigação de integração que preside à aquisição do direito de residência permanente [26]. Ora, as relações pessoais de um casal e as suas escolhas de vida não são, em meu entender, reveladoras do grau de integração dessas pessoas. O caso de E. F. Ogieriakhi é, aliás, um perfeito exemplo disso. O seu percurso demonstra, com efeito, que soube integrar-se na sociedade do Estado-Membro de acolhimento desde a sua chegada. Até ao seu despedimento, por não dispor do direito de residência permanente, trabalhou ao serviço de uma empresa pública desde novembro de 2001 até outubro de 2007, e frequentou, com sucesso, estudos de direito.

48. Resulta, assim, do conjunto dos elementos precedentes que, não tendo o vínculo conjugal sido dissolvido por uma autoridade competente, o cônjuge de um cidadão da União, nacional de um país terceiro, que acompanhou ou se reuniu a esse cidadão no território do Estado-Membro de acolhimento, e que residiu legalmente com ele, por um período de cinco anos consecutivos, deve poder beneficiar do direito de residência permanente, e isto, mesmo que os cônjuges tenham decidido viver separadamente.

49. Um outro elemento milita, em meu entender, a favor dessa interpretação. O artigo 13.º, n.º 2, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 2004/38 prevê, com efeito, que o divórcio, a anulação do casamento ou a cessação da parceria registada não implica a perda do direito de residência dos membros da família de um cidadão da União que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro, desde que até ao início do processo de divórcio ou de anulação ou até à cessação da parceria registada, o casamento ou a parceria registada tenha durado, pelo menos, três anos, dos quais um ano no Estado-Membro de acolhimento. O artigo 13.º, n.º 2, segundo parágrafo, desta diretiva, indica, além disso, que antes de adquirir o direito de residência permanente, o direito de residência das pessoas em questão continua sujeito à condição, nomeadamente, do exercício de uma atividade assalariada ou não assalariada, ou de disporem de recursos suficientes para não se tornarem uma

21 — C-378/12, EU:C:2014:13.

22 — N.º 23.

23 — C-378/12, EU:C:2013:640.

24 — V., neste sentido, acórdão Iida (EU:C:2012:691, n.º 61).

25 — V. acórdão Onuekwere (EU:C:2014:13, n.os 24 e 25).

26 — *Ibidem* (n.º 30).

sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento. Além disso, o artigo 18.º da referida diretiva indica, que os membros da família de um cidadão da União a quem se aplica, nomeadamente, o n.º 2 do artigo 13.º da Diretiva 2004/38, que preencham as condições estabelecidas nestas disposições, adquirem o direito de residência permanente após terem residido legalmente por um período de cinco anos consecutivos no Estado-Membro de acolhimento.

50. Em resumo, um nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União, que foi casado com este pelo menos três anos, um dos quais passado no território do Estado-Membro de acolhimento, conserva o seu direito de residência e pode adquirir o direito de residência permanente se preencher as condições anteriormente enunciadas, e isto mesmo que o vínculo conjugal tenha sido dissolvido por uma autoridade competente.

51. Há pois que reconhecer que, se se admitisse que um cidadão de um país terceiro na situação de E. F. Ogieriakhi, não pudesse beneficiar de um direito de residência permanente, este, em relação ao qual está demonstrado que conservou o seu estatuto de membro da família de um cidadão da União dado que o vínculo conjugal não foi dissolvido por uma autoridade competente, seria fortemente desfavorecido em relação a um nacional de um país terceiro que tivesse deixado de ser considerado como membro da família de um cidadão da União, na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2004/38, mas que preenchesse as condições do artigo 13.º, n.º 2, desta diretiva.

52. Um nacional de um país terceiro, membro da família de um cidadão da União beneficiaria, assim, de menos direitos e de uma proteção menor do direito da União que um nacional de um país terceiro que já não tem qualquer vínculo com o cidadão da União. Semelhante interpretação iria contra o espírito e a finalidade da referida diretiva que visam conceder a todos os cidadãos da União o direito de circular e residir livremente no território dos Estados-Membros em condições objetivas de liberdade e de dignidade, concedendo este mesmo direito aos membros das suas famílias, independentemente da sua nacionalidade [27].

53. Tendo em conta o conjunto das considerações precedentes, sou da opinião de que o artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 deve ser interpretado no sentido de que o nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União, pode invocar, para efeitos de aquisição do direito de residência permanente, um período de residência cumprido no território do Estado-Membro de acolhimento antes da transposição desta diretiva na ordem jurídica dos Estados-Membros, mesmo quando está demonstrado que, durante esse período, os cônjuges decidiram viver separadamente com outros parceiros.

C – *Quanto à terceira questão*

54. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio procura saber, no essencial, se, no quadro de uma ação de indemnização por violação do direito da União, o juiz nacional é obrigado a tomar em conta o facto de que foi necessário colocar uma questão prejudicial sobre o direito da União em causa no litígio para determinar o caráter suficientemente grave da violação desse direito pelo Estado-Membro.

55. Recordo que o direito da União confere aos particulares, em certas condições, um direito a reparação por danos causados por violações do direito da União. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos causados aos particulares por violações do direito da União que lhe sejam imputáveis é inerente ao sistema dos Tratados em que esta última se baseia [28].

27 — V. quinto considerando da Diretiva 2004/38.

28 — V. acórdão Leth (C-420/11, EU:C:2013:166, n.º 40 e jurisprudência referida).

56. A este propósito, o Tribunal de Justiça declarou que os particulares lesados têm direito a reparação, desde que estejam preenchidos três requisitos, a saber: que a norma de direito da União violada tenha por objeto conferir-lhes direitos, que a violação dessa norma seja suficientemente caracterizada e que haja um nexo de causalidade direto entre essa violação e o dano sofrido pelos particulares [29].

57. No que respeita à segunda condição, que constitui o objeto da terceira questão, deve recordar-se que o critério decisivo para considerar que existe uma violação do direito da União suficientemente caraterizada é o da violação manifesta e grave, tanto por um Estado-Membro como por uma instituição da União, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação [30].

58. Para determinar se esta condição se encontra preenchida, o juiz nacional a quem caiba conhecer de um pedido de indemnização deve, a este respeito, ter em consideração todos os elementos que caracterizam a situação que lhe é submetida, designadamente, o grau de clareza e de precisão da regra violada, o caráter intencional da violação, o caráter desculpável ou não do erro de direito, a atitude eventualmente adotada por uma instituição da União, bem como o não cumprimento, pelo órgão jurisdicional em causa, da sua obrigação de reenvio prejudicial por força do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE [31].

59. O facto de submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça a fim de obter a interpretação de uma disposição do direito da União significa, então, que não existe uma violação suficientemente caraterizada do direito da União? Poder-se, com efeito, considerar que, a partir do momento em que tal questão se coloca, isso significa que a disposição em causa era imprecisa e admitia diversas interpretações, o que constituiria um elemento determinante na apreciação do juiz nacional.

60. No entanto, penso que tal pode não ser o caso, e isto por uma razão que me parece essencial.

61. O processo prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE estabelece um verdadeiro diálogo, uma real cooperação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça. Esta cooperação é essencial para assegurar uma aplicação uniforme do direito da União nas ordens jurídicas nacionais. Como escrevia o advogado-geral P. Léger, «o Tribunal de Justiça confere ao juiz nacional um papel capital na execução do direito comunitário e na proteção dos direitos que dele decorrem para os particulares. De resto, é frequente qualificar o juiz nacional, segundo uma expressão comummente utilizada, de 'juiz comunitário de direito comum'» [32].

62. Na minha opinião, este papel capital do «juiz comunitário de direito comum» poderia ser posto em causa se se admitisse que o simples facto de o juiz nacional submeter uma questão prejudicial para obter a interpretação de uma disposição do direito da União, basta para concluir que não existe violação suficientemente caraterizada do direito da União que implica a responsabilidade do Estado-Membro. Uma tal consequência que, finalmente, seria obrigatória para o juiz nacional, poderia conduzir ao encerramento do diálogo entre este e o juiz da União. Nesta hipótese, com efeito, o juiz nacional que desejasse submeta uma questão prejudicial para estar seguro da sua interpretação do direito da União, antes de condenar o Estado-Membro a indemnizar os prejuízos, poderia ser levado a abster-se de o fazer. Mais genericamente, o simples facto de colocar uma questão não pode limitar a liberdade do juiz que conhece do mérito do litígio. Não é na questão submetida ao Tribunal de Justiça mas na resposta dada por este que ele encontrará matéria para a sua livre reflexão.

29 — *Ibidem* (n.º 41e jurisprudência referida).

30 — V. acórdão Brasserie du pêcheur e Factortame (C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79, n.º 55).

31 — V. acórdão Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391, n.º 32 e jurisprudência referida).

32 — V. n.º 66 das suas conclusões apresentadas no processo Köbler (C-224/01, EU:C:2003:207).

63. Por isso, a fim de preservar o mecanismo em vigor nos termos do artigo 267.º TFUE e o papel capital dos órgãos jurisdicionais nacionais na aplicação do direito da União, considero que, no quadro de uma ação de indemnização por violação do direito da União, o juiz nacional não é obrigado a tomar em conta o facto de que foi necessário submeter uma questão prejudicial sobre o direito da União em causa no litígio para determinar o caráter suficientemente grave da violação desse direito pelo Estado-Membro.

V – **Conclusão**

64. Tendo em conta o conjunto das considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pela High Court, da seguinte forma:

1) O artigo 16.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, deve ser interpretado no sentido de que o nacional de um país terceiro, cônjuge de um cidadão da União, pode invocar, para efeitos de aquisição do direito de residência permanente, um período de residência cumprido no território do Estado-Membro de acolhimento antes da transposição desta diretiva na ordem jurídica dos Estados-Membros, mesmo quando está demonstrado que, durante esse período, os cônjuges decidiram viver separadamente com outros parceiros.

2) No quadro de uma ação de indemnização por violação do direito da União, o juiz nacional não é obrigado a tomar em conta o facto de que foi necessário submeter uma questão prejudicial sobre o direito da União em causa no litígio para determinar o caráter suficientemente grave da violação desse direito pelo Estado-Membro.