



CATÓLICA PORTO

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CENTRO REGIONAL DO PORTO

ESCOLA DE DIREITO

*O PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO INVERSA E DAS
SITUAÇÕES PURAMENTE INTERNAS NO DIREITO DA
UNIÃO*

Benedita da Cunha Guimarães Furtado Duarte

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO, INTERNACIONAL
E EUROPEU

SOB A ORIENTAÇÃO DA PROF. DOUTORA SOFIA OLIVEIRA PAIS

PORTO

Outubro 2015

*O PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO INVERSA E DAS SITUAÇÕES
PURAMENTE INTERNAS NO DIREITO DA UNIÃO*

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Sofia de Oliveira Pais, por ter aceitado orientar-me neste projeto, por ter partilhado o seu muito vasto conhecimento comigo e apoiado sempre, mostrando-se disponível para esclarecer qualquer dúvida e ajudar nas inquietações.

Aos meus pais e ao meu irmão por me reconfortarem e ouvirem pacientemente durante todo este processo, e por me permitirem ter frequentado este Mestrado.

Ao Bernardo, pela ajuda e apoio incondicionais.

Ao meu patrono, Dr. Guilherme Figueiredo, por me ter permitido ausentar do escritório para me dedicar por inteiro a esta dissertação, por toda a ajuda disponibilizada, e por todos os conselhos, conversas e ensinamentos partilhados.

No plano institucional, à Universidade Católica, Centro Regional do Porto, por me dar a conhecer um ensino do direito dinâmico e motivador, com todas as ferramentas necessárias para o sucesso de qualquer estudante.

NOTA PRÉVIA

Durante toda esta Dissertação, e por meras razões de simplicidade, será feita referência apenas à União Europeia (União ou UE), ainda que nos estejamos efetivamente a reportar à Comunidade Económica Europeia. As expressões “direito da União (DUE)” e “direito comunitário” serão utilizadas como sinónimos.

No que respeita aos Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia citados ao longo da dissertação, é feita referência ao número de processo e data do mesmo. Quando são citados sem informação adicional, foram consultados na respetiva base de dados (www.curia.europa.eu).

Por fim, uma vez que a grande maioria da bibliografia consultada é de origem estrangeira, a tradução das transcrições foi feita o mais fielmente possível ao original e são da inteira responsabilidade da autora.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
AG	Advogado-Geral
Al.	Alínea
Art./arts.	Artigo/artigos
Cit.	Citada
Cfr.	Confrontar
DUE	Direito da União Europeia
Ed.	Edição
EM	Estado-Membro
Ibid.	<i>Ibidem</i>
Nº	Número
P/pp.	Página/páginas
PE	Parlamento Europeu
Proc.	Processo
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
ss.	Seguintes
vd.	<i>Vide</i>
Vol.	Volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	7
I. AS Situações Internas e a Discriminação Inversa.....	9
1. As Situações Internas e a Discriminação Inversa na Cidadania da União	9
1.1. As Situações Internas	9
1.2. A Discriminação Inversa	11
1.2.1. Postura do Tribunal de Justiça após o Tratado de Maastricht.....	13
1.2.2. Novas questões a resolver pelo Tribunal de Justiça.....	15
2. O Percurso da Discriminação Inversa no Tribunal de Justiça.....	16
2.1. O caminho até <i>Zambrano</i>	16
2.1.1. <i>Garcia Avello</i>	17
2.1.2. <i>Zhu e Chen</i>	18
2.2. O abrir portas de <i>Rottmann</i>	19
2.2.1. A competência do Tribunal de Justiça e dos Estados-Membros na aquisição e perda de Nacionalidade	19
2.2.2. Indo além do elemento transfronteiriço	21
3. <i>Zambrano</i> e o critério do gozo efetivo	23
3.1. Um direito de residência autónomo.....	25
3.2. A cidadania e a discriminação inversa	26
II. A era pós-Zambrano	28
1. O Caso McCarthy.....	28
1.1. As dificuldades jurídicas	31
1.1.1. A regra das situações puramente internas	32
1.1.2. O âmbito de aplicação e conteúdo dos direitos de cidadania.....	33
1.1.3. Impacto na discriminação inversa	34
2. Dereci – o Culminar de Uma Trilogia.....	34
2.1. A aplicação do critério do gozo efetivo e do elemento transfronteiriço...	35
2.2. Pontos problemáticos.....	39
3. Jurisprudência recente	40

3.1. <i>Iida</i>	40
3.2. <i>O. e S.</i>	42
3.3. <i>Dano</i>	43
4. O papel dos Direitos Fundamentais e da CDFUE – para a definição do “essencial” dos direitos conferidos pela cidadania europeia	45
CONCLUSÃO	49
BIBLIOGRAFIA	51

INTRODUÇÃO

Nos primeiros 40 anos de existência da União Europeia, a livre circulação de pessoas não era vista como essencial. Estávamos perante uma União com fins económicos, com uma visão mais individualista e menos integrativa.

O Tratado de Roma tinha como principal objetivo a criação de um mercado comum e, por isto, foi elaborado tendo como base as quatro liberdades económicas, livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais. No entanto, as pessoas eram nesta altura vistas como meros meios de produção, cuja circulação só era permitida quando beneficiasse esse mercado comum.

O princípio da livre circulação cria então situações de discriminação inversa porque as regras dessas liberdades de circulação não se aplicam às situações puramente internas. Carecem por isto de uma reflexão doutrinal com vista a um novo enquadramento jurídico.

Tomaremos como ponto de partida nesta análise a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o que nos vai permitir verificar a dinâmica da cidadania europeia na tentativa de combate à discriminação inversa e à crise de identidade vivida dentro da União. De facto, a visão primária e economicista reaparece muitas vezes na esfera europeia como reação do DUE à interação com os direitos de cada um dos EM. À pressão dos EM parece por vezes responder o TJ com contenção.

Assim, no primeiro capítulo começaremos por fazer um enquadramento teórico do problema objeto desta dissertação. Trataremos também do aparecimento do estatuto de cidadão europeu e as suas consequências na discriminação inversa. Ocupar-nos-emos da primeira fase da jurisprudência, analisando as respostas do TJ aos desafios apresentados por este novo estatuto. Além disso, abordaremos já as consequências trazidas pelos paradigmáticos casos *Rottmann* e *Zambrano*, onde o TJ se atreve pela primeira vez a sair do *status quo* instituído antes do Tratado de Maastricht.

O segundo capítulo versa sobre as já referidas tentações vividas pelo TJ, em certas decisões, de voltar aos parâmetros de proteção iniciais, menos amplos. No entanto, será possível verificar também neste capítulo que o carácter mais protetor do DUE continua presente e com novos desafios, como a CDFUE. Será também por isso analisado o seu eventual contributo.

I. AS SITUAÇÕES INTERNAS E A DISCRIMINAÇÃO INVERSA

I. AS SITUAÇÕES INTERNAS E A DISCRIMINAÇÃO INVERSA NA CIDADANIA DA UNIÃO

As situações puramente internas são o corolário direto da limitação do âmbito de aplicação do direito comunitário e do sistema de governação a vários níveis, que encontram a sua expressão na regra puramente interna que, desde o final da década de 1970, tem sido utilizada pelo TJ como um mecanismo de filtro para excluir do âmbito de aplicação das disposições sobre livre circulação, situações que não estão relacionadas com os objetivos do mercado interno¹.

O DUE permitia então que os EM aplicassem uma qualquer medida, ainda que discriminatória, aos chamados cidadãos ‘estáticos’, que não tinham beneficiado do seu direito de circulação.

Desde logo é preciso esclarecer, com TRYFONIDOU², que a União sempre proibiu o tratamento desigual em campos como a nacionalidade, raça e sexo por exemplo. Sendo que nestes casos este tratamento desigual é considerado discriminação, sendo punido pela UE. Apesar de notória a relevância, a discriminação inversa no campo da livre circulação nunca teve, por parte do DUE, tal tratamento.

1.1. As Situações Internas

A figura das situações internas é caracterizada por carecer de um elemento inter-estadual que a torne, aos olhos do DUE, relevante. Assim, ainda que sejam aplicadas nos EM medidas contrárias ao DUE, se as situações alvo dessas medidas não tiverem qualquer ligação com o direito da União, não serão pertinentes à luz deste e não serão por ele tratadas³.

A necessidade de existência de um elemento transfronteiriço que justificasse a aplicação do direito comunitário a determinada pessoa e situação, apareceu pela

¹ Ac. *Knoors*, de 7.2.1979, proc. C-115/7813, §11.

² Tryfonidou, 2009a: 13.

³ Barnard, 2013a: 234; Horspool & Humphreys, 2014: 385.

primeira vez na jurisprudência do TJ em *Saunders*⁴. Estávamos perante o “paradigma do migrante” como lhe chamou SPAVENTA⁵.

Knoors e *Saunders* foram, em 1979, processos que se tornaram paradigmáticos nesta matéria.

Enquanto no primeiro, *Knoors*, o TJ se limitou a mencionar as questões puramente internas, em *Saunders* aplicou o conceito, deixando claro que eram situações puramente internas aquelas que não tinham qualquer elemento que as ligasse ao direito comunitário⁶.

Estes acórdãos retrataram casos de direito de estabelecimento e livre prestação de serviços, mas foram outras áreas, como a livre circulação de mercadorias, que viram o conceito de situações puramente internas a ser mais desenvolvido, e ainda que baseado em diferentes argumentos dos trilhados nos processos *Knoors* e *Saunders*, levaram ao mesmo resultado, à mesma ideia⁷.

Assim, ficou bem assente na jurisprudência que, no caso da livre circulação de trabalhadores/estabelecimento, para um nacional invocar regras de direito comunitário contra o EM de origem teria de, previamente, ter exercido o seu direito de circulação dentro da Comunidade⁸.

Consagrou-se nestes termos a obrigação de existência do elemento transfronteiriço - “ (...) as disposições do Tratado em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços não podem ser aplicadas a situações puramente internas de um Estado-Membro (...)”⁹.

Alegadamente fácil e claro, o critério do elemento transfronteiriço não foi sempre uniformemente aplicado pelo TJ¹⁰. Esta diversidade de interpretações levava a incertezas, como demonstra PICKUP¹¹, quanto à natureza dessa ligação. Em que teria de consistir esse elemento transfronteiriço para que a questão pudesse ser submetida à jurisdição do DUE?

⁴ Ac. *Saunders*, de 7.3.1979, proc. C-175/78.

⁵ Cfr. Spaventa, 2008: 13.

⁶ Ac. *Saunders*, op. cit., §11.

⁷ Poiares Maduro, 2000: 119.

⁸ Ac. *Volker Steen*, de 28.1.1998, proc. C-332/90, §12.

⁹ Ac. *Knoors*, cit., §24.

¹⁰ Cfr. Conclusões da AG Sharpston, de 30.9.2010, apresentadas no proc. C-34/09.

¹¹ Cfr. Pickup, 1986.

Ainda que para alguns, esta ampla margem de apreciação se mostrasse positiva, permitindo ao TJ analisar as especificidades e características de cada caso e decidir conforme tal análise individual, a verdade é que esta “quase arbitrariedade” não era de todo benéfica. Por outro lado, uma interpretação muito restritiva também não era desejável, porque deixaria desprotegidos um maior número de cidadãos europeus¹², originando mais situações de discriminação inversa.

Segundo POIARES MADURO¹³, aquando destas decisões, era claro para o TJ que só o exercício da livre circulação ou a nacionalidade de outro EM eram ligação suficiente para aquele reconhecer tal conexão com o direito comunitário. Quando demonstrada esta ligação, o TJ conseguia proteger os nacionais de determinado EM da discriminação inversa, caso isto não se verificasse, esta proteção não seria possível. No entanto, como afirmou LANAERTS¹⁴ em 1990, a proibição desta discriminação não resultava da aplicação direta do princípio da igualdade, mas antes de uma «extensão funcional» das liberdades económicas, no sentido de que estes nacionais só seriam protegidos se o mercado interno fosse ameaçado¹⁵.

Em suma, embora a aplicação da regra puramente interna tenha sido considerada uma solução adequada para alcançar o equilíbrio entre a necessidade de promover os objetivos da União e respeitar a soberania dos Estados-Membros, a verdade é que não era uma solução livre de problemas, como comprova o fenómeno da discriminação inversa.

1.2. A Discriminação Inversa

A problemática da discriminação inversa surge quando um nacional de um EM não pode, neste seu EM de origem, invocar certas disposições do DUE por nunca ter circulado, enquanto um cidadão de outro EM, que se encontra em situação idêntica, pode fazê-lo por se ter movimentado¹⁶. Surge então um tratamento mais benéfico para

¹² Nowak, 2011: 676.

¹³ Poiares Maduro, 2000: 123.

¹⁴ Lanaerts, 1991.

¹⁵ Poiares Maduro, 2000: 123.

¹⁶ Pickup, 1986: 137.

os cidadãos migrantes, do que para os nacionais desse EM¹⁷. Por considerar estas situações como puramente internas, o DUE não impede este tipo de discriminação¹⁸.

Em virtude deste tipo de limitação levada a cabo pela própria União, desponta uma divisão entre cidadãos migrantes e cidadãos estáticos. Divisão esta que força os EM a tratar os nacionais de outros EM de forma mais benéfica do que os seus próprios nacionais que não circularam pelo território da UE. Aliás, esta é mesmo a única característica que os distingue, a não-circulação, porque em tudo o resto se encontram em situações perfeitamente equiparáveis, *maxime* todos são cidadãos europeus.

Claro que, como referem também DAUTRICOURT e THOMAS¹⁹, não se trata de uma discriminação propositada (pelo menos da parte dos EM) contra os seus nacionais. No entanto, estes caem mais facilmente nesta categoria (de cidadãos estáticos) e, por isso, acaba por se descrever este tipo de discriminação como sendo contra os próprios nacionais.

Sempre foi evidente para AG como JACOBS e POIARES MADURO²⁰, que era o DUE que ‘obrigava’ os Estados a agir desta forma discriminatória perante os seus nacionais. Afinal era o DUE que estabelecia regras de tratamento mais favoráveis para os migrantes que residiam nesse EM, regras essas que esse Estado não previa para os seus próprios nacionais.

BARNARD²¹ apresenta duas razões para justificar a passividade da União perante a Discriminação Inversa:

- jurisdicional, já que permite uma divisão dessa competência entre o que entra no âmbito do DUE e o que se mantém na esfera de cada um dos EM; e
- política, pois permite que o DUE proteja os cidadãos migrantes uma vez que estes não participam nos processos políticos do Estado de acolhimento. É entendimento do TJ²² que os cidadãos nacionais, por participarem nos processos políticos e terem meios judiciais ao seu dispor, conseguem defender-se contra o seu Estado²³.

¹⁷ Barnard, 2013a: 236.

¹⁸ Lenaerts & Van Nuffel, 2005: 137; Nowak, 2011:675.

¹⁹ Dautricourt & Thomas, 2009: 434.

²⁰ *Cfr.* Poiares Maduro, 2000: 126-127; Conclusões AG Jacobs de 9.12.1992, apresentadas no proc. C-168/91, §49.

²¹ Barnard, 2013a: 236.

²² Parece ser a isto que o TJ se refere em *Uecker e Jacquet*, quando diz no §23 “As eventuais discriminações de que os nacionais de um Estado-Membro possam ser objeto à luz do direito desse

Autores como SPAVENTA²⁴ referem que, pela leitura e interpretação do art. 20º TFUE, não é possível retirar que se exija a satisfação de outro requisito para além da nacionalidade de um EM. Ou seja, o não preenchimento do requisito ‘possuir a nacionalidade de um EM’ é o único que pode impedir os cidadãos europeus de invocar direitos de cidadania sob alçada dos Tratados ou legislação secundária.

Tal entendimento veio demonstrar que a União queria mais dela própria, já não se bastando com a cooperação económica²⁵.

1.2.1. Postura do Tribunal de Justiça após o Tratado de Maastricht

No processo *Uecker e Jacquet*²⁶, o TJ teve oportunidade de se pronunciar acerca da questão das situações puramente internas e discriminação inversa após consagrado o estatuto de cidadão da União em 1993. Mas, como nota LENAERTS²⁷, tal em nada mudou a posição do TJ na apreciação da suposta ligação que permitiria a aplicação do DUE. Como afirma SOFIA PAIS²⁸, o TJ continuava firme na sua opinião de que “(...) *na falta de um elemento «transfronteiras», a situação ficará fora do campo de aplicação do direito da União Europeia (...)*”.

Mantendo então a linha de jurisprudência anterior, o TJ limita aqui a aplicação do DUE às situações puramente internas. O caso reporta-se a duas professoras universitárias, com contratos de trabalho na Alemanha, onde residiam. Pretendiam usufruir das disposições relativas à cidadania da União, com base no atual art. 21º TFUE, pelo facto de serem cônjuges de cidadãos europeus. O órgão jurisdicional de reenvio veio, numa demonstração de entendimento pleno (no nosso entender), daquele que deveria ser o percurso futuro do projeto europeu dizer que, “*é duvidoso que os*

Estado enquadram-se no âmbito de aplicação deste, de modo que devem ser resolvidas no quadro do sistema jurídico interno do referido Estado”.

²³ *Vd. Lenaerts, 2011a: 8.*

²⁴ *Spaventa, 2008: 18.*

²⁵ *Barnard, 2013a: 409.*

²⁶ *Ac. Uecker e Jacquet, de 5.6.1997, procs. C-64/96 e C-95/96.*

²⁷ *Lenaerts, 2011a: 7.*

²⁸ *Pais, 2010.*

princípios fundamentais de uma Comunidade que caminha rumo à União Europeia”²⁹ permitam que uma disposição nacional contrária ao DUE seja aplicada³⁰.

Porém, o TJ considerou que, uma vez que os cônjuges das requerentes tinham residido e trabalhado durante toda a sua vida no seu EM de origem, não podiam invocar direitos relativos à livre circulação, por ausência de um vínculo com o DUE³¹. Esclareceu ainda, numa declaração que viria a fazer eco durante muito tempo, “*A este propósito, importa salientar que a cidadania da União (...), não tem por objetivo alargar o âmbito de aplicação material do Tratado igualmente a situações internas sem qualquer conexão com o direito comunitário (...). As eventuais discriminações de que os nacionais de um Estado-Membro possam ser objeto à luz do direito desse Estado enquadram-se no âmbito de aplicação deste, de modo que devem ser resolvidas no quadro do sistema jurídico interno do referido Estado*”³².

O TJ enfrentou entretanto um novo caso de discriminação inversa no processo *Wallon Government*³³. Aqui determinou que a legislação flamenga que limitava a elegibilidade para se usufruir de determinado regime de seguro de doença, era contrária ao DUE na medida em que a atribuição desse seguro se baseava num requisito de residência que excluía os indivíduos que trabalhavam na região da Flandres mas viviam na região de língua oficial francesa.

A AG SHARPSTON³⁴, nas suas considerações, incentivou o TJ a finalmente ceder na aplicação da regra das situações puramente internas, e confessou parecer-lhe “paradoxal” a permissão por parte da União da existência de barreiras às liberdades de circulação no interior dos próprios EM. No entanto, o TJ não estava ainda preparado para acatar esta proposta.

Optava-se por remeter o destino da discriminação inversa para os EM. Nas palavras de POIARES MADURO³⁵, o conceito de situações puramente internas era usado como

²⁹ Ac. *Uecker e Jacquet*, cit., §12.

³⁰ Este Órgão Jurisdicional, ao entender que a decisão a tomar dependeria de uma interpretação de normas europeias, suspendeu a instância e perguntou ao TJ “se uma pessoa, nacional de um país terceiro, casada com um trabalhador nacional de um Estado-Membro, pode invocar, no território desse Estado, o direito conferido pelo art. 11º do Regulamento nº 1612/68, quando esse trabalhador exerce no referido território uma atividade profissional”, § 15.

³¹ Ac. *Uecker e Jacquet*, cit., §24.

³² *Ibid.*, §23.

³³ Cfr. Ac. *Walloon Government*, de 1.4.2008, proc. C-212/06.

³⁴ Conclusões da AG Sharpston, apresentadas no proc. C-212/06, cit., §116.

³⁵ Poiares Maduro, 2000: 117.

justificação da falta de proteção disponibilizada pelo direito comunitário para inúmeros casos de discriminação inversa. Refere ainda, e como já foi notado supra, que não é iniciativa do próprio Estado tratar de forma desigual os seus cidadãos³⁶.

A verdade é que, determinar se existe ou não esta ligação com o DUE tem consequências ao nível da atribuição vertical de poderes. Como explica O'LEARY³⁷, quanto mais ampla for a determinação ou interpretação do que se considera suficiente para existir esta ligação, maior será o âmbito de aplicação material do DUE, e menor serão as situações de discriminação inversa. Por outro lado, quanto mais restritivo for este entendimento, mais espaço tem o legislador nacional e mais expostos a situações discriminatórias estarão os cidadãos da União.

1.2.2. Novas questões a resolver pelo Tribunal de Justiça

É interessante atentar opiniões como a de VAN DER MEI³⁸ que, não obstante concordar com as críticas feitas ao TJ em relação à falta de abordagem e definição de quais as questões jurídicas que estão ou não em desacordo com o direito comunitário, tem dúvidas de que deva ser o TJ a resolver estas questões de discriminação inversa. Aponta que a situação mais frequentemente apresentada ao TJ neste campo envolve a recusa em atribuir direitos de residência a nacionais de Estados terceiros familiares do cidadão europeu “estático”. Neste plano, o autor questiona-se, uma vez que a discriminação constitui, em palavras suas, um tratamento diferente levado a cabo por um só ator, se no caso de termos dois atores diferentes (a UE e o EM) a atribuírem direitos diferentes, devemos continuar a falar de discriminação³⁹?

Pergunta ainda, curiosamente a nosso ver, se a atribuição de direitos a cidadãos de Estados terceiros familiares de cidadãos europeus migrantes, não pode ser vista como uma medida implementada pela UE destinada a compensar desigualdades reais. Isto porque os cidadãos migrantes têm de se adaptar a uma nova sociedade, enquanto os cidadãos estáticos não necessitam dessa ‘benesse’, por continuarem no seu país, no ambiente que sempre conheceram. Tendo em conta este raciocínio, o autor conclui que

³⁶ *Ibid.*, 127.

³⁷ O'Leary, 1996: 276.

³⁸ Van der Mei, 2009: 379-382.

³⁹ O autor caracteriza de “distorção” (distortion). *Cfr.* Van der Mei, 2009: 380.

a discriminação inversa não é, nesse caso, uma dificuldade a resolver pela cidadania europeia. Afinal, o problema do cidadão estático não é provocado pela UE mas sim pelo seu EM de origem, até porque o DUE não impede os EM de legislarem no sentido de concederem aos cidadãos estáticos esses mesmos direitos de reunião.

Em suma, a criação do estatuto de cidadão europeu trouxe complexas questões para o TJ resolver. Podiam os direitos de cidadania ser invocados contra os EM em todas as situações? Mais problemático, podiam indivíduos sem nacionalidade de um EM, invocar de forma derivada estes direitos, nomeadamente por serem cônjuges de um cidadão europeu? O TJ viu-se confrontado com dois princípios, o da (in) segurança jurídica e o da proteção e reforço dos direitos de cidadania, principalmente após o Tratado de Maastricht. Na análise que se segue iremos refletir sobre este problema, sobre como a jurisprudência do TJ tem vindo a equilibrar e balancear este dois princípios de forma a beneficiar os cidadãos da União.

2. O PERCURSO DA DISCRIMINAÇÃO INVERSA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2.1. O caminho até Zambrano

Até ao Tratado de Maastricht, como explica KOCHENOV⁴⁰, só tinham o direito de invocar o direito da Comunidade Económica Europeia aqueles indivíduos que contribuía para a construção do mercado interno.

Nesta altura, o TJ exigia o preenchimento de quatro pressupostos, para que determinado cidadão pudesse ser abrangido pelo âmbito pessoal dos Tratados: (1) possuir a nacionalidade de um EM; (2) deter um laço de natureza económica com o DUE; (3) ter-se movimentado (elemento transfronteiriço); (4) ter intenção, com o preenchimento dos três requisitos anteriores, de contribuir para o Mercado Interno⁴¹.

⁴⁰ Kochenov, 2011: 64

⁴¹ *Ibid.*, p. 66

Logo no julgamento *Martinez Sala*⁴², o TJ alargou o âmbito *ratione personae* a todos os cidadãos da União. As intenções de contribuir para o mercado interno deixavam de fazer sentido, a abordagem económica passava para segundo plano.

O desafio era agora delimitar o âmbito material, o *ratione materiae* do DUE. Isto porque o alargamento do âmbito pessoal levou a que as ordens jurídicas da EU e dos EM se atropelassem, visto aplicarem-se ao mesmo conjunto de cidadãos. Sendo assim, tornou-se ainda mais urgente a determinação do âmbito material. O TJ falhou no entanto, e pelo menos inicialmente, na prossecução deste objetivo. Tendo só mais tarde começado a demonstrar alguma elasticidade na aplicação deste critério, considerando que ele existia ainda que não estivéssemos perante uma verdadeira mobilização física⁴³. Porém, isto não se demonstrou de todo positivo, tornando o sistema mais confuso, inseguro e incerto.

Para um melhor entendimento desta evolução jurisprudencial, consideramos importante analisar aqueles que acreditamos serem os casos mais paradigmáticos, evidenciando os aspetos principais e quais os avanços, se existentes, a que o TJ se permitiu.

2.1.1. *Garcia Avello*

Diego e Esmeralda tinham dupla nacionalidade, Belga e Espanhola, e residiam com os seus pais na Bélgica. No seu assento de nascimento constava o apelido do pai, “Garcia Avello”. No entanto, os pais requereram a alteração para “Garcia Weber”⁴⁴. Este requerimento foi indeferido, já que ia contra o disposto na legislação nacional Belga⁴⁵.

Chamado a intervir, o TJ considerou ser ligação suficiente com o DUE o facto de os menores Diego e Esmeralda terem nacionalidade de um EM e residirem legalmente num outro⁴⁶. Na decisão foi ainda posta de parte a possibilidade de se argumentar contra esta

⁴² Ac. *Martinez Sala*, de 12.5.1998, proc. C-85/96, §59 e 60.

⁴³ Alguns chamaram-lhe elemento transfronteiriço «artificial»⁴³ talvez porque na verdade não havia nada de transfronteiriço (no sentido físico), havia sim um outro tipo de conexão, de outra natureza, com o DUE.

⁴⁴ Na tradição espanhola o apelido do pai é o primeiro imediatamente a seguir ao nome próprio, seguido depois pelo apelido da mãe. Era este modelo que os pais de Diego e Esmeralda queriam para os nomes dos menores.

⁴⁵ *Cfr.*, nº1 do art. 335º do Código Civil Belga.

⁴⁶ Ac. *Garcia Avello*, cit., § 27.

conexão com a existência de nacionalidade de outro EM, no caso da Bélgica⁴⁷. Decidiu-se que os menores estavam protegidos pelo art. 18º TFUE e que podiam invocá-lo⁴⁸.

Quanto a saber se os arts. 18º e 20º TFUE se opunham à possibilidade de as autoridades belgas indeferirem um pedido de alteração de apelido, o TJ observou que sim, uma vez que tal indeferimento colocava em causa o direito de livre circulação das crianças⁴⁹, ainda que apenas futuramente.

A mera possibilidade de constrangimento dos direitos de livre circulação bastou aqui para o TJ reconhecer um vínculo, ainda que ténue⁵⁰, com o DUE. Assim, não obstante o reconhecimento/alteração de apelidos não ser da competência da União, no caso dos menores Avello, seria aplicado o DUE.

2.1.2. *Zhu e Chen*

Neste caso, a Sr.^a Chen, nacional chinesa, teve a sua filha Catherine na Irlanda do Norte, parte integrante do Reino Unido. A regra para aquisição originária de nacionalidade Irlandesa era, nesta altura, a de *jus soli*. Nestes termos, Catherine adquiriu nacionalidade Irlandesa tornando-se, conseqüentemente, cidadã europeia ao abrigo do art. 20º nº1 TFUE.

Na linha de *Garcia Avello*, o TJ considerou que o elemento transfronteiriço estava satisfeito pelo facto de a pequena Catherine ter nacionalidade de um EM e residir num outro⁵¹. Tudo isto implicava para o TJ que Catherine pudesse usufruir da proteção do art. 20º TFUE e ainda, quanto ao direito a residir no território de um EM, do art. 21º do mesmo diploma⁵².

De acordo com SOFIA PAIS⁵³, o TJ desenvolveu aqui ainda mais a ideia que já tinha deixado transparecer em *Baumbast* e *Grzelczyk*⁵⁴, de que não pode ser recusada a

⁴⁷ *Ibid.*, §28.

⁴⁸ *Ibid.*, §29.

⁴⁹ *Ibid.*, §35 e 36. O TJ apontou as dificuldades que os menores enfrentariam, tanto profissional como pessoalmente, por terem dois nomes diferentes, um em cada um dos sistemas jurídicos em causa, "(...)nomeadamente, das dificuldades em gozar, num Estado-Membro cuja nacionalidade possuem, os efeitos jurídicos de atos ou de documentos elaborados sob o apelido reconhecido noutra Estado-Membro cuja nacionalidade também possuem."

⁵⁰ Pais, 2010: 406.

⁵¹ O TJ admitiu que Catherine tinha-se apenas movimentado 'dentro' do Reino Unido mas considerou não estar perante uma situação puramente interna uma vez que tinha adquirido a nacionalidade Irlandesa, ou seja, de um EM diferente.

⁵² Ac. *Zhu e Chen*, cit., §26.

⁵³ Pais, 2010: 401.

residência a menores em determinado EM por estes não terem recursos próprios e suficientes e que, por esta razão, tenham de depender dos pais, ainda que estes sejam nacionais de países terceiros.

2.2. O abrir portas de Rottmann

2.2.1. A competência do Tribunal de Justiça e dos Estados-Membros na aquisição e perda de Nacionalidade

Nascido na Áustria em 1956, Dr. Janko Rottmann mudou-se para a Alemanha, usufruindo do seu direito de livre circulação, no ano de 1995. Esta mudança levou, de acordo com a lei austríaca à época, à perda desta nacionalidade⁵⁵. Dr. Rottmann requereu a nacionalidade alemã, tendo-lhe esta sido atribuída com o desconhecimento do mandado de captura emitido em seu nome na Áustria, por práticas fraudulentas no exercício da sua profissão. A nacionalidade alemã foi-lhe no entanto retirada, aquando da receção, pelas autoridades alemãs, dessa acusação de fraude. Era-lhe ainda impossível recuperar a sua nacionalidade de origem pois segundo o direito austríaco, não preenchia os requisitos.

Erguia-se aqui um problema curioso já que estávamos perante um cidadão europeu que, como resultado de ter saído do seu EM de origem para outro EM, não só perdeu a sua nacionalidade originária e a recém-adquirida alemã como, por consequência, perdeu também o estatuto de cidadão europeu⁵⁶. Estatuto este que lhe tinha permitido *a priori* movimentar-se da Áustria para a Alemanha.

O órgão jurisdicional de reenvio debatia-se com a questão de saber se o DUE impedia um cidadão europeu de perder este estatuto como resultado da revogação de uma naturalização baseada num comportamento fraudulento. Sendo a resposta afirmativa, impunha-se ainda saber se ficavam as autoridades alemãs obrigadas a reatribuir a nacionalidade. Também as autoridades austríacas se viram confrontadas

⁵⁴ Estes dois casos foram também paradigmáticos para o DUE, no sentido de que consagraram o efeito direto das normas de direito comunitário e referiram-se à cidadania da união como “estatuto fundamental” pela primeira vez, respetivamente. Cfr., Ac. *Baumbast*, de 17.9.2002, proc. C-413/99; Ac. *Grelczyk*, de 20.9.2001, proc. C-184/99; Pais, 2013: 299 ss.

⁵⁵ Cfr. §27, nº1 da lei Austríaca, *StbG*, relativa à nacionalidade.

⁵⁶ Kochenov, 2010: 1832.

com a possibilidade de terem de rever a sua legislação de forma a evitar a perda da cidadania da União. O TJ refere que a revogação da naturalização “*motivada pela fraude cometida pelo interessado*” pode ser compatível com o DUE, uma vez que se prende com “*um motivo de interesse geral*”⁵⁷.

Como avançado pelo AG POIARES MADURO⁵⁸, apesar de a cidadania europeia derivar da nacionalidade de um EM, ela é um conceito jurídico e político autónomo: “*A cidadania europeia é mais que um conjunto de direitos que, em si mesmos, podiam ser concedidos mesmo a quem não a possui. (...) constitui a base de um novo espaço político de que emergem direitos e deveres que são fixados pelo direito comunitário e não dependem do Estado.*”⁵⁹.

Os EM não detêm então jurisdição exclusiva na atribuição e revogação da nacionalidade. Ou seja, no entender de autores como HALL⁶⁰ e DE GROOT⁶¹, apesar de a revogação de uma autorização de naturalização (ou mesmo da nacionalidade adquirida de forma originária) não poder ser considerada ilegal só por, conseqüentemente retirar o estatuto de cidadania europeia ao cidadão em causa, os EM devem sempre observar as regras do DUE quando confrontados com questões desta natureza⁶².

Em *Rottmann*, à luz da jurisprudência *Micheletti*, o TJ vem especificar e confirmar de que forma devem os EM observar o DUE na aplicação das regras de nacionalidade. Assim, e apesar de o Direito Internacional permitir que um indivíduo fique esvaziado de qualquer nacionalidade desde que não seja, esse esvaziamento, um ato arbitrário por parte do Estado⁶³, o DUE vem restringir um pouco mais, na nossa ótica, esta possibilidade. Admitindo então que a fraude levada a cabo pelo Dr. Rottmann seria fundamento suficiente para, à luz do Direito Internacional, lhe ser retirada a nacionalidade alemã (única restante), o TJ exige que o órgão jurisdicional tenha em

⁵⁷ Cfr. *Rottmann*, cit., §50.

⁵⁸ Cfr. Conclusões AG Poiares Maduro, apresentadas em 30.9.2009 no proc. C-135/08.

⁵⁹ *Ibid.*, §23.

⁶⁰ Hall, 1996: 129.

⁶¹ De Groot, 1998: 115.

⁶² No ac. *Micheletti* o TJ tinha-se já pronunciado a respeito da proibição da arbitrariedade dos EM referente ao reconhecimento de nacionalidades de outros EM, recusando a aplicação do critério da “conexão genuína”. Cfr., Ac. *Micheletti*, de 7.7.1992, proc. C-369/90; Mendes Machado, 2013: 198-199

⁶³ Cfr. Art. 8º, nº2 da Convenção para a Redução dos Casos de Apatrídia; Art. 4º e 7º, nº 1 e 3 da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade; art. 15º, nº2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

conta as consequências que daí derivem. Exige no fundo um verdadeiro teste de proporcionalidade⁶⁴ feito à luz do DUE⁶⁵. São afastados assim, os argumentos de que bastaria a observância das Leis Internacionais, para que fosse possível aos EM revogarem naturalizações sem terem em especial atenção os princípios do DUE, *inter alia* o princípio da proporcionalidade.

Note-se que referimos sempre “a aquisição e/ou revogação da nacionalidade” por considerarmos que limitar o caso *Rottmann*, e conseqüentemente o âmbito de aplicação do DUE, apenas aos casos de revogação de nacionalidade, e não de aquisição, seria redutor. São duas realidades intimamente ligadas e que devem, portanto, ser geridas pelos EM em concordância com o DUE, uma postura contrária seria aliás “*ilógica*” nas palavras de DAVIES⁶⁶.

Concluimos com SELING⁶⁷ que, apesar de este julgamento não ter impedido efetivamente o surgimento de um apátrida, ele foi paradigmático no sentido de, pela primeira vez, ter limitado a autonomia jurisdicional e legislativa dos EM no campo das leis da Nacionalidade.

2.2.2. Indo além do elemento transfronteiriço

O que mais releva no caso *Rottmann* é a forma como o TJ constrói esta jurisprudência⁶⁸. A mudança de paradigma protagonizada consistiu na não referência ao elemento transfronteiriço que, até à data, era o único teste que permitia determinar a aplicação do DUE. Ainda que já estivéssemos numa fase em que a interpretação do conceito era já bastante elástica, o TJ resolveu distanciar-se marcadamente da jurisprudência anterior.

⁶⁴ Teste este que, de acordo com o parágrafo 56 do acórdão, deve ter em conta as consequências que a revogação vai ter para o interessado e a sua família, nomeadamente relativamente à redução ou perda de direitos. Cabe portanto ao órgão jurisdicional averiguar se essa redução ou perda de direitos é proporcional à gravidade da infração cometida, neste caso aos atos fraudulentos cometidos pelo Dr. Rottmann.

⁶⁵ Note-se que este teste seria independente de um eventual teste de proporcionalidade efetuado à luz do direito nacional.

⁶⁶ Para mais informação sobre esta questão *vd.* Davies, 2010.

⁶⁷ Seling, 2010: 470.

⁶⁸ Kochenov, 2011: 78.

Começando pelas conclusões do AG, seguimos JO SHAW⁶⁹, no sentido de considerarmos que POIARES MADURO foi pelo caminho mais fácil. O AG rapidamente conclui que o DUE se aplica porque o Dr. Rottmann circulou, usufruiu desse seu direito, tendo de resto obtido a nacionalidade alemã com base nessa circulação. Estava observado o elemento transfronteiriço, aplicando-se portanto o direito comunitário. Na sua apreciação, ainda que chegue ao mesmo resultado, o TJ segue uma outra linha de raciocínio, como passaremos a analisar.

Antes de apresentarmos este novo entendimento, achamos importante referir que, caso o TJ tivesse mantido a lógica fácil, confusa e incerta do elemento transfronteiriço, criaria mais casos de discriminação inversa. Com defende certa literatura⁷⁰, a adoção da postura não inovadora pelo TJ teria levado à criação de dois estatutos de cidadania europeia. Um seria o aplicado quando estivéssemos perante situações transfronteiriças, na aceção já analisada. Portanto, quando se tratassem de questões que dissessem respeito à aquisição e/ou revogação da nacionalidade de um cidadão europeu que tivesse circulado, o TJ obrigaria o EM a observar as regras do DUE. Já quando o cidadão não tivesse circulado, as situações referente à sua nacionalidade seriam consideradas como puramente internas, ficando sujeitas ao exclusivo escrutínio dos EM. Este seria o segundo estatuto.

Ainda que tenha sido a auto-contenção do Tribunal a permitir e a criar as situações de discriminação inversa, a matéria em *Rottmann* era importante demais para que o TJ mantivesse essa visão redutora, pois colocaria em causa todo o conteúdo criado e tido como fundamental para os cidadãos da União.

O Tribunal foi feliz na sua decisão, descrevendo como “*evidente*” que a questão em análise é abrangida pelo direito da União, pela “*sua própria natureza e pelas suas*

⁶⁹ Esta autora chega mesmo a dizer que a única “solução legalmente criativa” que o AG apresenta é relativa às consequências da retroatividade da revogação da atribuição da nacionalidade alemã. Ou seja, ao considerar legítimo que o Estado alemão retirasse a nacionalidade ao Dr. Rottmann, Poiares Maduro considera que essa revogação teria efeitos retroativos e que portanto a nacionalidade austríaca já não lhe seria retirada porque o fato que originou essa retirada, deixou de existir. *Cfr.* Shaw; Conclusões AG Poiares Maduro, cit., §34.

⁷⁰ Kochenov, 2011: 79.

consequências”, uma vez que coloca aquele cidadão “ numa situação suscetível de implicar a perda do estatuto ”⁷¹.

Ao desconsiderar o elemento transfronteiriço, o TJ alarga o âmbito de aplicação material da cidadania.

Já no que à relação entre a nacionalidade dos EM e a cidadania da União diz respeito, o TJ fica aquém do esperado. Segundo TSAKYRAKIS⁷², o teste de proporcionalidade proposto pelo Tribunal, é uma proteção insuficiente quando se discute a possibilidade de um cidadão ficar sem Estado, sendo este um direito protegido a vários níveis. Uma das questões cruciais de *Rottmann*, a dos direitos fundamentais, não foi assim considerada, falhando o TJ ao não refletir sobre a ligação íntima que estes têm aos indivíduos e, conseqüentemente, à cidadania europeia⁷³.

3. ZAMBRANO E O CRITÉRIO DO GOZO EFETIVO

Aproveitando a janela aberta na jurisprudência por *Rottmann*, o TJ vem, a 8 de Março de 2011, não só confirmar como desenvolver o já decidido relativamente ao âmbito *ratione materiae* do DUE.

Ruiz Zambrano⁷⁴ era um nacional colombiano que, em 1999, solicitou asilo na Bélgica⁷⁵ e viu o seu pedido, assim como o da sua mulher, serem recusados um ano depois⁷⁶. Não tendo no entanto saído da Bélgica, continuou a tentar regularizar a sua situação, vendo outros pedidos serem-lhe igualmente recusados⁷⁷. Em 2001 celebrou um contrato de trabalho a tempo inteiro, ao abrigo do qual trabalhou durante 5 anos consecutivos, fazendo os respetivos descontos para a segurança social Belga e pagando os impostos devidos.

⁷¹ Ac. *Rottmann*, cit., §42.

⁷² Cfr., Tsakyrakis, 2010: 468-493.

⁷³ Note-se que O’Keefe e Bavasso tinham já analisado esta ligação em 1998. Cfr., O’Keefe & Bavasso, 1998.

⁷⁴ Ac. *Zambrano*, de 8.3.2011, proc. C-34/09

⁷⁵ Sr. Zambrano viajou para a Bélgica munido de um visto emitido pela Embaixada Belga no seu país de origem.

⁷⁶ Estes indeferimentos foram acompanhados de uma ordem de expulsão do país, ainda que houvesse uma cláusula de *non-refoulement* que, devido à Guerra Civil que assombrava a Colômbia, não permitia que Ruiz Zambrano e a sua mulher fossem extraditados para esse país.

⁷⁷ Cfr. Ac. *Zambrano*, cit., §16 e 17.

Aquando o nascimento dos seus filhos, Ruiz Zambrano e a mulher, não os registam deliberadamente na embaixada colombiana, usufruindo os menores assim da nacionalidade belga⁷⁸, tornando-se conseqüentemente cidadãos europeus.

Os requerentes passaram desta forma a fundamentar o seu direito a residir e trabalhar na Bélgica com a cidadania europeia dos seus filhos menores.

O Tribunal do Trabalho de Bruxelas focou-se em três questões ao dirigir-se ao TJ: (1) no estatuto de cidadão europeu; (2) no direito a circular livremente; (3) no princípio da não discriminação. Neste último colocando a dúvida de como se relacionariam, perante cidadãos estáticos, os arts. 18º, 20º e 21º TFUE com a CDFUE⁷⁹.

Este processo tinha tudo para se fazer notar mais do que *Rottmann*, como considera KOCHENOV⁸⁰. Nas palavras deste autor, em *Rottmann*, o próprio estatuto de cidadão europeu, e não apenas os direitos que o compõem, estava em risco (pela perda da nacionalidade de um dos EM), o que levou a que talvez fosse mais fácil para o TJ tomar a decisão que tomou⁸¹. Diferentemente, no caso agora em análise não estava em causa a perda, nem da cidadania europeia nem da nacionalidade de qualquer EM. A decisão teria de ser tomada tendo em conta o simples fato de se considerar lícito ou não privar aqueles cidadãos europeus de determinados direitos que, alegadamente, lhes eram concedidos pela cidadania da União. E, para além disto, em *Zambrano*, estávamos perante uma questão de direitos derivados. Os direitos invocados pelo Sr. Zambrano, nacional de um Estado terceiro, derivavam da cidadania europeia dos seus filhos. Mais uma vez esperava-se que o TJ inovasse. E inovou, ainda que não na extensão que a AG SHARPSTON sugeriu nas suas conclusões.

Já no processo *Walloon Government*⁸², a AG tinha incentivado o TJ a abandonar a regra das situações puramente internas. Confessou, durante estas conclusões, parecer-lhe “*paradoxal*” a permissão por parte da União da existência de barreiras às liberdades de circulação no interior dos EM⁸³. No entanto, o TJ não acatou as suas sugestões neste processo.

⁷⁸ Ac. *Zambrano*, cit., §19.

⁷⁹ *Ibid.*, §35.

⁸⁰ Kochenov, 2011: 80.

⁸¹ Isto porque é difícil conceber que a perda desse estatuto não tenha conseqüências graves na situação legal e acesso a direitos do indivíduo.

⁸² Ac. *Walloon Government*, cit.

⁸³ Conclusões da AG Sharpston no proc. C-212/06, cit., §116.

Pata efeitos de análise do caso *Zambrano* cabe dizer que a AG definiu quais eram as três grandes questões a ponderar pelo TJ. É delas que nos ocuparemos de seguida.

3.1. Um direito de residência autónomo

Seguindo o mesmo raciocínio que apresentou, em 2008, ao abrigo do processo *Walloon Government*⁸⁴, a AG refere não considerar essencial que exista um movimento “físico” de um EM para outro, para que as disposições de DUE sobre a cidadania europeia possam ser aplicadas⁸⁵. Até porque como já tivemos oportunidade de ver, o Tribunal já tinha, em certos casos⁸⁶, atribuído uma importância meramente simbólica ao elemento transfronteiriço, tal era a elasticidade aplicada na interpretação do conceito. Como nota TRYFONIDOU⁸⁷ ao analisar a opinião da AG, a questão central estava em saber se o direito previsto no art. 21º TFUE era um direito combinado, de circular e residir; sequencial, ou seja, primeiro de circular e depois residir; ou dois direitos autónomos, um de se movimentar e outro de residir. SHARPSTON⁸⁸ considerou que o direito previsto no art. 21º TFUE era um direito de residência autónomo, que deveria ser reconhecido aos cidadãos da UE pela simples razão de, sendo-nos permitida a redundância, serem cidadãos da UE.

Quer isto dizer, e como nota VAN ELSUWEGE⁸⁹, independentemente de serem cidadãos migrantes ou não, deixando o elemento transfronteiriço no campo das liberdades económicas clássicas.

Consequentemente, a AG concluiu que os pais de Diego e Jessica Zambrano podiam requerer este direito autónomo de residência, adquirindo-o derivadamente. De facto, caso isto não acontecesse, seriam os menores, enquanto cidadãos europeus, expostos a “*uma situação suscetível de implicar a perda do estatuto conferido [pela sua cidadania da União] e dos direitos correspondentes*”, e utiliza a terminologia do TJ em *Rottmann*,

⁸⁴ Ibid., §141-144.

⁸⁵ Conclusões da AG Sharpston no proc. C-34/09, cit., §77.

⁸⁶ A AG cita os casos *Garcia Avello, Zhu e Chen e Rottmann*.

⁸⁷ Cfr. Tryfonidou, 2012: 496; Conclusões AG Sharpston no proc. C-34/09, cit., §80.

⁸⁸ Ibid., §86 e 101. No §86, a AG lança mão de um argumento que já tinha sido apresentado na Doutrina por Spaventa que se prendia com a questão de saber que tipo de circulação seria necessária para considerar que os cidadãos europeus menores tinham estabelecido uma ligação suficiente com o DUE. Sendo a característica da menoridade essencial aqui, a AG pergunta se bastaria por exemplo uma visita ao parque de diversões Asterix em França, ou precisariam de pernoitar em França? Cfr. Spaventa, 2008:13-45.

⁸⁹ Cfr. Van Elsuwege, 2011: 265.

concluindo que a situação é então “*abrangida, pela sua própria natureza e pelas suas consequências, pelo direito da União*”⁹⁰.

3.2. A cidadania e a discriminação inversa

Possivelmente com receio de que o TJ não seguisse a sua proposta, a AG refere-se ainda ao problema da discriminação inversa⁹¹, apresentando uma segunda via de resolução para o caso *Zambrano*.

Dando como referência os casos *Carpenter*⁹², *Zhu e Chen*⁹³ e *Metock*⁹⁴, refere que não é desejável que o TJ continue a interpretar de forma demasiado elástica o art. 21º TFUE, dizendo mesmo que “*é necessário evitar*” essa “*tentação*”⁹⁵ porque gera demasiada insegurança e incerteza jurídica. Os cidadãos têm de conhecer os limites da norma. Sugere então uma solução através do art. 18º TFUE.

O art. 18º TFUE protegeria contra a discriminação inversa “*causada pela interação entre o artigo 21º TFUE e o direito nacional que implica a violação de um direito fundamental protegido pelo direito da União Europeia, quando não estiver prevista uma proteção pelo menos equivalente no direito nacional*”⁹⁶. Este artigo seria o moderador da interação entre o art. 21º TFUE e a legislação nacional dos EM.

No entanto, para que esta solução pudesse ser aplicada teriam de estar preenchidos três requisitos⁹⁷: (1) o requerente tinha de ser um cidadão europeu ‘estático’ mas cuja situação fosse, relativamente a outros aspetos, comparável à dos seus compatriotas ‘migrantes’; (2) a situação discriminação inversa descrita teria ser referente à violação de um direito fundamental protegido pelo direito da União; (3) por fim, o art. 18º TFUE só seria aplicado a título subsidiário, ou seja, apenas e só se o direito nacional não prevê-se uma proteção pelo menos equivalente àquela prevista no DUE. Seriam os tribunais nacionais a verificar se estas três condições estavam preenchidas ou não.

⁹⁰ Conclusões AG Sharpston, no proc.C-34/09, cit., §95.

⁹¹ Se o TJ seguisse (mais à frente veremos se o fez) a opinião de Sharpston, não exigindo a existência de um elemento transfronteiriço, e portanto tratando de forma igual cidadãos migrantes e não-migrantes, nenhuma situação de discriminação adviria.

⁹² Ac. *Carpenter*, de 11.7.2002, proc. C-60/00.

⁹³ Ac. *Zhu e Chen*, cit.

⁹⁴ Ac. *Metock*, de 25.7.2008, proc. C-127/28.

⁹⁵ Conclusões AG Sharpston no proc. C-34/09, cit., §143.

⁹⁶ *Ibid.*, §144.

⁹⁷ *Ibid.*, §145-148.

Esta proposta vai definitivamente contra as opiniões que consideram que a discriminação inversa e a sua resolução são assuntos internos dos EM⁹⁸.

⁹⁸ Van Elsuwege, 2011: 266. Cfr. Van der Mei, 2009; Poiares Maduro, 2009: 119.

II. A ERA PÓS-ZAMBRANO

I. O CASO MCCARTHY

Os processos *Rottmann* e *Zambrano* marcaram uma nova era na jurisprudência do TJ, podemos dizer que aproximando mais o DUE aos seus cidadãos. No entanto, não ficou claro qual o alcance desta nova visão, nem como ela se relacionaria com o clássico elemento transfronteiriço e a regra das situações puramente internas⁹⁹. Os traços gerais tinham sido desenhados mas era preciso preenchê-los, limitando-os. Os julgamentos seguintes esperava-se, ajudariam a perceber qual o âmbito do estatuto de cidadão europeu, especialmente no que toca aos direitos de que são beneficiários esses cidadãos e os seus familiares nacionais de Estados terceiros¹⁰⁰.

O processo *McCarthy*¹⁰¹ era então muito aguardado e nele se depositaram muitas expectativas relativamente ao tratamento que ia ser dado à jurisprudência anterior e se seriam respondidas as questões deixadas em aberto.

Quanto à jurisprudência *Rottmann* e *Zambrano*, o TJ diz explicitamente que considera estes processos jurisprudência assente, reconhecendo o critério do gozo efetivo¹⁰².

Essa alusão não queria no entanto dizer que não se distinguissem do caso em apreço. A situação da requerente Shirley McCarthy mostra-se diferente das de Janko Rottmann e Ruiz Zambrano, no sentido de que a medida nacional, considerou o TJ, não tinha por efeito “*privá-la do gozo efetivo do essencial dos direitos relacionados com o seu estatuto de cidadã da União*”, nem “*dificultar o exercício de circular e de residir livremente no território dos Estados-Membros, nos termos do artigo. 21º TFUE*”¹⁰³.

Neste processo, S. McCarthy tenta colocar-se em determinada situação de forma a que o Reino Unido não possa, ao abrigo do DUE, recusar um visto de residência ao seu marido de nacionalidade Jamaicana. É curioso ver esta tentativa da requerente, que

⁹⁹ Kochenov, 2011: 86.

¹⁰⁰ Shuibhne, 2012: 363.

¹⁰¹ Ac.*McCarthy*, de 5.5.2011, proc. C-434/09.

¹⁰² *Ibid.* §53.

¹⁰³ *Ibid.* §49. O TJ diz mesmo que “nenhum elemento” se compara.

pretende demonstrar a existência de uma situação transfronteiriça. Faz aliás uma correta interpretação do âmbito pessoal de aplicação da Diretiva 2004/38¹⁰⁴. A requerente sabia que, caso fosse considerada beneficiária desta Diretiva¹⁰⁵, o Reino Unido seria obrigado a conceder a autorização de residência ao seu marido. Com este objetivo solicitou, depois do seu casamento, e pela primeira vez, o passaporte irlandês¹⁰⁶. O passaporte foi-lhe concedido, o que lhe permitiu afirmar que o seu marido, na qualidade de cônjuge de um cidadão migrante¹⁰⁷, tinha direito a uma autorização de residência no Reino Unido¹⁰⁸. As autoridades inglesas indeferiram no entanto os pedidos dizendo que S. McCarthy não era beneficiária da Diretiva 2004/38 por não ser capaz de “*prover às suas necessidades*”¹⁰⁹. Consequentemente, o seu cônjuge também não era qualificável para atribuição de qualquer autorização de residência.

As questões prejudiciais colocadas ao TJ baseavam-se em saber se a Diretiva 2004/38 podia ser aplicada a um cidadão europeu com dupla nacionalidade, que não era auto-suficiente economicamente e que tinha toda a sua vida residido no mesmo EM.

Sendo as questões colocadas especificamente relativas à aplicabilidade da Diretiva, podia o TJ ter-se limitado a verificar a existência de um elemento transfronteiriço. No entanto, é possível constatar no parágrafo 56 da decisão, que o TJ tomou em consideração as duas abordagens, dizendo que “*(...) decorre que o artigo 21º TFUE não é aplicável a um cidadão da União que nunca tenha feito uso do seu direito de livre circulação, que sempre tenha residido num Estado-Membro do qual possua a nacionalidade e que possua, além disso, a nacionalidade de outro Estado-Membro, desde que a situação desse cidadão não comporte a aplicação de medidas de um Estado-Membro que tenham por efeito privá-lo do gozo efetivo do essencial dos direitos*

¹⁰⁴ Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29/04/2004, JO L229/35.

¹⁰⁵ No art. 3º da Diretiva 2004/38 pode ler-se “A presente Diretiva aplica-se a todos os cidadãos da União que se desloquem ou residam num Estado-Membro que não aquele de que são nacionais, bem como aos membros das suas famílias, na acepção do ponto 2 do art. 2º, que os acompanhem ou que a eles se reúnam”. Já o ponto 2, alínea a), do art. 2º enumera o cônjuge como “Membro da família” para efeitos de aplicação da Diretiva.

¹⁰⁶ S. McCarthy tinha nacionalidade irlandesa para além de Inglesa, mas a verdade é que nunca havia saído do Reino Unido. Kochenov chama mesmo “dormente” à nacionalidade irlandesa de S. McCarthy. *Cfr.*, Kochenov, 2011: 87.

¹⁰⁷ S. McCarthy pretendeu, com a apresentação do passaporte irlandês, mostrar que era uma irlandesa a viver no Reino Unido e que estava por isso presente o elemento transfronteiriço.

¹⁰⁸ *Ac. McCarthy*, cit., §23.

¹⁰⁹ *Ibid.* §17.

conferidos pelo estatuto de cidadão da União ou dificultar o exercício do seu direito de circular e de residir livremente no território dos Estados-Membros."¹¹⁰.

Apesar da pertinência de admitir as duas abordagens, a verdade é que a decisão do mérito da causa se revelou um tanto ou quanto intrigante. Isto porque enquanto parece claro que o art. 3º da Diretiva não abrange os cidadãos estáticos, estranho já é o facto de o TJ ter afirmado que o próprio direito primário da União, *maxime* os Tratados, não se aplicam à situação de S. McCarthy.

Seguindo o raciocínio de KOCHENOV¹¹¹, o TJ cometeu dois erros ao analisar se a jurisprudência *Zambrano* seria aplicável ou não neste caso.

Primeiro, falhou em distinguir a situação da família *Zambrano* da agora em análise. Ao decidir que o direito primário não se aplica ao caso de S. McCarthy e seu marido, o TJ refere apenas que, ao contrário do que acontecera em *Zambrano*, a medida nacional em questão não tem o efeito de obrigar a requerente a abandonar o território da União¹¹². Usa ainda como fundamento o princípio de direito internacional, presente no art. 3º do Protocolo nº 4 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de que os EM não podem recusar aos próprios nacionais o direito de entrar e residir no seu território. Em suma, é pertinente a questão deste autor - porquê então precisava Ruiz *Zambrano* do DUE para garantir a não expulsão *de facto* dos seus filhos de território Belga?

O TJ também não se demonstra capaz de referir outras situações suscetíveis de afetar o “essencial” dos direitos previstos no estatuto de cidadania europeia, parecendo que só a efetiva expulsão seria idónea de tal afetação. Mostra-se claro que em *Zambrano*, o TJ não se queria apenas referir à expulsão quando falava no gozo efetivo. Esperava-se no entanto que em *McCarthy*, o TJ conseguisse clarificar qual o conteúdo exato desse núcleo essencial de direitos, cujo gozo efetivo não pode ser prejudicado. Ficava aqui um problema a resolver pós-*McCarthy*.

A questão do território da União é tratada pelo TJ da forma “desejada” e já descortinada em *Zambrano*. Dá-se importância às fronteiras externas da UE, e consequentemente percebe-se que o direito de residir no território comunitário, incluindo no EM de origem, é considerado fundamental.

¹¹⁰ O TJ alargou assim o âmbito das perguntas articuladas pelo órgão nacional de reenvio como lhe é permitido por diversa jurisprudência assente. Cfr. Ac. *AUER*, de 8.11.2007, proc. C-251/06, §38.

¹¹¹ Kochenov, 2011: 88 e 90.

¹¹² Ac. *McCarthy*, cit., §50.

Sem prejuízo do mencionado, e entrando numa matéria mais sensível, em *McCarthy* o TJ interpreta o direito de residência da forma mais restritiva possível, deixando de fora do conceito o direito que o cidadão da União tem de ser acompanhado pela sua família. Na decisão, ao considerar que a recusa de uma autorização de residência a G. McCarthy em nada afetaria os direitos da sua mulher, o TJ recusa-se reconhecer a natureza fundamental do direito à reunião familiar. O único direito ao qual se atribui, na decisão, o estatuto de fundamental, é o direito de não ser forçado a deixar o território da União, desconsiderando-se totalmente o contexto social e a CDFUE como direito primário da União.

Se por um lado o TJ fez um importante trabalho ao atribuir limites à jurisprudência *Zambrano*, por outro, e concordamos com THYM¹¹³, falha ao não conferir aos cidadãos europeus direitos como o direito à igualdade e direito à vida familiar, ambos previstos pela CEDH. Esta desconsideração é de facto alarmante e será por isso alvo de uma análise mais detalhada no título 2 deste capítulo.

1.1. As dificuldades jurídicas

Com *McCarthy* ficou bem assente que o que desencadeava agora a aplicação do DUE era, não a conexão da questão com o mercado interno, mas uma potencial agressão, ao lidar com a situação, pelo EM sobre o cidadão, enquanto cidadão europeu. Ainda que a chamada “lógica de mercado” não tivesse desaparecido totalmente¹¹⁴, o TJ tinha deixado de tratar a cidadania europeia da forma “embaraçosa” de antes, nas palavras de WEILER¹¹⁵.

A profecia *civis europeus sum*¹¹⁶, criada em 1992 pelo AG JACOBS, parecia cumprir-se com esta evolução jurisprudencial.

Zambrano e *McCarthy*, demonstraram que o direito comunitário primário, em particular os arts. 20º e 21º TFUE, podiam regular situações que não eram abrangidas

¹¹³ Thym, 2008: 95.

¹¹⁴ Shuibhne, 2010.

¹¹⁵ Weiler, 1997: 499.

¹¹⁶ Inspirando-se na “*civis romanus sum*” de Cícero, Jacobs utiliza esta expressão para evidenciar que os “nacionais comunitários” têm o direito de ver protegidos um núcleo de direitos fundamentais quando noutro EM, pelo simples facto de serem nacionais “comunitários”. Cfr. Conclusões do AG Jacobs no proc. C-168/91, cit.

pela Diretiva 2004/38, ou seja, quando se tratassem de cidadãos estáticos. Logo, e como bem elucida WIESBROCK¹¹⁷, apesar de os arts. 20º e 21º TFUE estarem sujeitos aos limites constantes nos próprios tratados e em legislação secundária como a Diretiva 2004/38, ficou demonstrado que a invocação do estatuto de cidadania europeia não está dependente do “encaixe” da situação em análise no âmbito de aplicação da Diretiva 2004/38.

A verdade é que, e como refere STANLEY¹¹⁸, a delimitação feita em *McCarthy* dos efeitos da jurisprudência *Zambrano*, relembra a postura do TJ pré-*Zambrano*. Queremos com isto dizer que em *McCarthy*, o TJ decidiu que não havia nenhuma conexão relevante com o DUE, quando em *Zambrano* se tinha desconstruído a ideia de que tinha de existir qualquer outra ligação para além da simples posse do estatuto de cidadão europeu.

Em suma, apesar de ter respondido a certas questões, a verdade é que o caso *McCarthy* levantou, ou deixou por resolver, mais umas quantas, das quais nos ocuparemos agora.

1.1.1. A regra das situações puramente internas

O TJ veio então limitar a jurisprudência *Zambrano*, mas não a veio contrariar. O que se afirma é que uma situação com características puramente internas, pode ser ‘transformada’ numa situação abrangida pelo DUE. Todavia, e aqui surge a limitação, só e apenas quando a medida aplicada pelo EM privar o cidadão europeu do gozo efetivo do “essencial” do conteúdo dos direitos atribuídos pelo estatuto de cidadão europeu¹¹⁹. Caso não haja esta privação, então a situação será regulada pelo direito nacional¹²⁰.

¹¹⁷ Wiesbrock, 2011: 862.

¹¹⁸ Stanley, 2011: 1-9.

¹¹⁹ Cfr. Ac. *McCarthy*, cit., §47. O TJ recupera aqui a sua própria argumentação do processo *Zambrano*.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 866.

1.1.2. O âmbito de aplicação e conteúdo dos direitos de cidadania

WIESBROCK¹²¹ considera que em *McCarthy*, o TJ não limita o âmbito pessoal do DUE tanto como possa parecer à primeira vista. Ainda que as autoridades nacionais tenham aproveitado para argumentar que a jurisprudência *Zambrano* só se aplicava a casos em que ocorresse uma expulsão do território comunitário e, mesmo neste caso, só quando estavam em causa cidadãos europeus menores de idade que, por razões óbvias, teriam de acompanhar os progenitores nessa “expulsão”, *McCarthy* veio mostrar que há sim limites na aplicação dos direitos provenientes do estatuto de cidadão europeu. Pese embora a aplicação desses limites não possa ser feita com base numa distinção do “tipo” de membro da família, ou “tipo” de residência requerida¹²².

Estando apenas incluídos os membros da família, cuja presença ou ausência, tenham alguma influência no gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão europeu, é preciso saber em que consiste este “essencial” dos direitos. No entanto, também neste ponto o TJ se limita a dizer que não há privação do gozo efetivo no caso de *S. McCarthy*, sem discutir quais as consequências da recusa de autorização de residência ao seu marido. Consequências estas que eram o centro da discussão.

Sem refletir sobre as consequências, como é possível o TJ afirmar que não há qualquer privação do gozo? Ainda que não resulte numa saída do território da União, não haverá outro tipo de consequências com relevância? Ou o “essencial” dos direitos é só a possibilidade de ter de sair do território da UE? Não faz o direito à família ou à reunião familiar parte deste “essencial”? Para não ter de lidar com esta delimitação do conceito de “essencial”, o Tribunal não aplica o art. 21º TFUE ao caso de *S. McCarthy*, e não responde às questões mencionadas.

¹²¹ Wiesbrock, 2011: 868.

¹²² Note-se que não queremos com isto dizer que a prova da demonstração da privação do gozo efetivo no caso de não ser atribuída autorização de residência a progenitores, cônjuges ou filhos não dependentes do cidadão europeu, não será mais difícil, porque sê-lo-á certamente.

1.1.3. Impacto na discriminação inversa

Autores como SHUIBHNE¹²³, SPAVENTA¹²⁴ e TRYFONIDOU¹²⁵ há muito chamavam a atenção para a questão da discriminação inversa se tornar ainda mais problemática à luz do estatuto da cidadania europeia, e que tal problema dificilmente podia escapar ao escrutínio do DUE¹²⁶.

Apesar da alusão feita por estes autores, mostrando-se essencial que o TJ tomasse uma posição, num sentido ou noutro, relativamente à discriminação inversa, a verdade é que mais uma vez se escapa, não mencionando sequer o art. 18º TFUE.

Há no entanto quem faça uma leitura diferente da postura do TJ em *McCarthy*. TRYFONIDOU¹²⁷ admite a hipótese de ter sido dada uma resposta, ainda que muito subtil, ao problema da discriminação inversa. Assim, considera que o alargar das disposições sobre livre circulação, bem como do art. 20º TFUE, de forma a incluírem situações que, de outro modo, seriam qualificadas como puramente internas, previne o aparecimento de tal discriminação. Desta forma, embora este fenómeno seja ainda considerado tratamento desigual não proibido pelas disposições sobre livre circulação, o alargamento do âmbito de aplicação reduz, aritmeticamente, as situações de discriminação inversa.

2. DERECI – O CULMINAR DE UMA TRILOGIA

Com *McCarthy* o TJ desconstruiu, segundo NOWAK¹²⁸, a ideia do “super cidadão europeu”. Isto porque, por força deste julgamento, ficou bem claro que a dupla nacionalidade de um cidadão não determina automaticamente que este se encontre numa situação a regular pelo DUE, ao contrário do que tinha ficado estabelecido em *Garcia Avello*¹²⁹.

¹²³ Shuibhne, 2002.

¹²⁴ Spaventa, 2008.

¹²⁵ Tryfonidou, 2008.

¹²⁶ Tryfonidou, 2012: 521.

¹²⁷ Tryfonidou, 2012: 521.

¹²⁸ Nowak, 2011: 703.

¹²⁹ Ackermann explica no seu comentário ao caso *Garcia Avello* que os cidadãos europeus com dupla nacionalidade nunca poderiam encontrar-se numa situação puramente interna porque essa dupla nacionalidade era condição suficiente para se estabelecer uma ligação com o DUE. *Cfr.* Ackermann, 2007: 146.

A verdade é que tanto *Zambrano* como *McCarthy* deixaram, como nota WIESBROCK¹³⁰, os cidadãos europeus numa situação de incerteza. Não havia sido possível aferir o “essencial” dos direitos do estatuto de cidadão europeu. Então, segundo esta autora, apesar de o Tribunal ter alterado a regra das situações puramente internas, parece que ainda decidia os casos conforme as especificidades de cada um, gerando-se a tal incerteza. Uma interpretação casuística como esta vai contra os objetivos do TJ e da própria EU de harmonizar a interpretação do DUE.

Ainda que não se tenha negado o critério do gozo efetivo, era patente que a jurisprudência que haveria de chegar depois de *McCarthy* seria extremamente importante para solidificar a nova abordagem do Tribunal¹³¹ e deixar o pensamento economicista definitivamente longe da cidadania europeia.

2.1. A aplicação do critério do gozo efetivo e do elemento transfronteiriço

*Dereci e o.*¹³² vem, uma semana após *McCarthy*, estabelecer limites quanto à divisão de competências entre a União e os EM. Porém, e importa já salientar que aqui o TJ rejeitou estender a jurisprudência *Zambrano* a casos em que os cidadãos da União não fossem dependentes dos seus familiares nacionais de um Estado terceiro, cuja autorização de residência era requerida¹³³.

O processo reportava-se a nacionais de Estados terceiros que pretendiam reunir-se com familiares que detinham a nacionalidade austríaca e lá residiam. No entanto não tinham usufruído do seu direito de livre circulação. Por isto mesmo e ainda, em alguns dos casos analisados, por os familiares cidadãos da UE não dependerem economicamente do nacional do Estado terceiro, as autoridades austríacas consideraram estar perante situações internas. E, julgando-as como tal, indeferiram os requerimentos para as autorizações de residência.

¹³⁰ Wiesbrock compara mesmo este *modus operandi* do TJ com o do TEDH quando decide casos de reunião familiar. No entanto, no TEDH julgam-se casos provenientes de queixas individuais dos particulares, o que se coaduna com este “tipo” de interpretação caso a caso. *Cfr.* Wiesbrock, 2011: 873.

¹³¹ Kochenov, 2011: 108-109.

¹³² Ac. *Dereci*, de 15.11./011, proc. C-256/11.

¹³³ Adam & Van Elsuwege, 2012: 177.

Dos cinco casos apresentados ao TJ, o que nos é aqui relevante é o de Murat Dereci. O Tribunal considerou que, como os seus três filhos menores e a mulher (todos de nacionalidade austríaca) não dependiam dele para sobreviver, então esta situação não se enquadrava no âmbito de aplicação do DUE e era, por isso, uma questão da exclusiva competência das autoridades nacionais.

O órgão jurisdicional de reenvio austríaco questionou o TJ sobre quais seriam as condições que, na sua ótica, levariam os cidadãos europeus a abandonar o território da UE para acompanhar o seu familiar nacional de um Estado terceiro sendo, consequentemente, privados do gozo efetivo dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União¹³⁴. A discussão estava em tentar perceber qual a interpretação a fazer do critério do gozo efetivo de *Zambrano*¹³⁵. Poderia um EM recusar a residência a um nacional de um Estado terceiro, “quando esse nacional pretende residir com um membro da sua família, que é cidadão da União (...)” mas que “nunca exerceu o seu direito de livre circulação e que não depende do referido nacional para a sua subsistência.”¹³⁶? E esta era a grande diferença para *Zambrano*, o facto de a mulher os filhos menores do Sr. Dereci não dependerem dele para subsistirem.

Na sua decisão, o Tribunal faz como que uma síntese das situações que já lhe haviam sido apresentadas nesta temática¹³⁷.

Primeiro, existindo exercício da liberdade de circulação, Murat Dereci e a sua família usufruiriam da proteção do DUE, sendo atribuído àquele uma autorização de residência nos termos da Diretiva 2004/38. O TJ reitera aqui o estatuído em *Metock*¹³⁸ e *McCarthy*, dizendo que a Diretiva 2004/38 tem como objetivo “facilitar” o direito à livre circulação que o DUE concede aos seus cidadãos diretamente por força dos Tratados e “reforçar” o dito direito¹³⁹. Com esta argumentação fica então claro que a Diretiva 2004/38 não é a única forma de atribuir uma autorização de residência a uma familiar nacional de um Estado terceiro.

¹³⁴ Não nos pronunciaremos quanto à quarta questão prejudicial relativa à aplicação do Protocolo Adicional com a Turquia por razões de espaço. Para um comentário sobre o assunto *vide*. Eisele & Van der Mei, 2012.

¹³⁵ *Cfr.* Shuibhne, 2012.

¹³⁶ *Ac. Dereci*, cit., §37, p. 360; Conclusões do AG Mengozzi, de 29.9.2011, apresentadas no proc. C-256/11, §17.

¹³⁷ Seguiremos aqui a análise detalhada dos três cenários feita por Carlier. *Cfr.*, Carlier, 2013: 7.

¹³⁸ *Ac. Metock*, cit.

¹³⁹ *Ac. Dereci*, cit., §50.

Em segundo lugar, o TJ admitiu a hipótese de, não havendo circulação, existir uma outra conexão com o DUE. Seria aqui o caso do acórdão *Carpenter*¹⁴⁰ com a prestação de serviços noutra EM, mas também o de *Garcia Avello*, em que temos a dupla nacionalidade como fator de ligação. No entanto, este último foi limitado em *McCarthy*¹⁴¹ onde o TJ considerou, como já referimos aliás, que a dupla nacionalidade não era condição suficiente para que a situação se considerasse abrangida pelo DUE.

Por último, não havendo este outro fator de conexão, e continuando a não existir movimento, se a medida nacional a ser aplicada prejudicasse o gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da UE, iria contra o disposto no art. 20º TFUE e deveria, por isso, ser proibida¹⁴².

Este último cenário era o de Murat Dereci, ou pelo menos seria à primeira vista, uma vez que o Tribunal acaba por considerar que as autoridades austríacas não são obrigadas a conceder-lhe uma autorização de residência. E como é que o TJ chega a esta conclusão?

Começa por afastar a aplicação das Diretivas 2003/86 e 2004/38¹⁴³, seguindo-se a análise da possibilidade de aplicar as normas referentes à cidadania da União¹⁴⁴. É aqui que se acrescenta algo de novo. No parágrafo 66 da decisão, o TJ delimita o que entende por “essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão europeu”, e fá-lo da forma mais restritiva possível, considerando que só são consideradas as situações em que os cidadãos europeus se vêm obrigados a abandonar, não só o território do EM, mas da União¹⁴⁵. E continua, clarificando esta interpretação restritiva:

*“(…) o simples facto de a um nacional de um Estado-Membro poder parecer desejável, por razões de ordem económica ou a fim de manter a unidade familiar no território da União, que membros da sua família que não têm a nacionalidade de um Estado-Membro possam residir com ele no território da União não basta, por si só, para considerar que o cidadão da União é obrigado a abandonar o território da União, se tal direito não for concedido.”*¹⁴⁶

¹⁴⁰ Ac. *Carpenter*, cit.

¹⁴¹ Ac. *McCarthy*, cit., §51 e 52.

¹⁴² Ac. *Dereci*, cit., §64 e 65.

¹⁴³ O TJ afastou neste caso a aplicação da Diretiva 2004/38, assim como tinha feito em *Zambrano* por não serem beneficiários os requerentes no processo. Cfr. Ac. *Dereci*, cit., §44-58; Shuibhne, 2012: 362.

¹⁴⁴ Adam & Van Elsuwege, 2012: 179.

¹⁴⁵ Ac. *Dereci*, cit., §66.

¹⁴⁶ *Ibid.*, §68.

É nossa convicção que esta é novamente uma visão muito economicista e limitada. Vale por isso referir que, enquanto o TJ só considera a dependência do ponto de vista económico, o AG já fala de um “encargo afetivo”¹⁴⁷. De facto, será que só a dependência económica levaria a família do Sr. Dereci a acompanhá-lo na sua “expulsão” do território da União? Custa-nos a acreditar em tal possibilidade, até porque podendo a parte financeira ser garantida à distância¹⁴⁸, parece-nos que o que fará famílias quererem reunir-se será o laço afetivo.

Não obstante, o TJ considera assim que só “excecionalmente” pode a jurisprudência *Zambrano* ser aplicada¹⁴⁹. E aqui temos de concordar com o AG MENGOZZI¹⁵⁰ no sentido em que esta posição é completamente incoerente, parecendo que a liberdade de circulação é mais uma “obrigação” de circular, pois só assim poderiam estes cidadãos europeus garantir a reunião com o seu familiar.

Não é afastada no entanto a possibilidade de serem encontrados outros fundamentos para a atribuição dessa autorização, nomeadamente no que se relaciona com o direito à proteção da vida familiar. No entanto, neste campo, o TJ deixa nas mãos das autoridades nacionais essa avaliação, acrescentando que de acordo com o art. 51º CDFUE, o art.7º deste mesmo diploma só poderá ser aplicado quando a situação dos requerentes caia dentro do alcance do DUE¹⁵¹.

Nas suas observações, o AG já tinha feito uma crítica em relação a esta postura, crítica esta que não esteve presente nem em *Zambrano*, nem em *McCarthy*¹⁵². Ele nota que pela “*aplicação pura e simples da jurisprudência Zambrano e McCarthy*”¹⁵³, o essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União “*não inclui o direito ao respeito da vida familiar consagrado no artigo 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e no nº1 do artigo 8º da CEDH*”, chegando mesmo a dizer que esse direito é insuficiente para trazer um cidadão estático para o âmbito de aplicação do DUE¹⁵⁴. Não deixa no entanto de notar a natureza paradoxal de tal

¹⁴⁷ Conclusões do AG Mengozzi, cit., §48.

¹⁴⁸ Van der Mei, Van den Boogaert & De Groot, 2011: 195.

¹⁴⁹ Conclusões do AG Mengozzi, cit §67.

¹⁵⁰ *Ibid.*, §44; Dautricourt & Thomas, 2009: 448.

¹⁵¹ *Cfr.* Ac. *Dereci*, cit., §69 – 72; Carlier, 2013: 8; Adam & Van Elsuwege, 2012: 179.

¹⁵² *Cfr.* Suibhne, 2012: 361.

¹⁵³ Conclusões do AG Mengozzi, cit., §43.

¹⁵⁴ *Ibid.*, §37 e 38.

decisão¹⁵⁵. Já que no caso de a Sra. Dereci não auferir o necessário para sustentar a família, a resolução do caso seria diferente, porque essa dependência económica já obrigaria, aos olhos do TJ, a que ela e a sua filha abandonassem o território da União, havendo uma privação do gozo efetivo¹⁵⁶.

2.2. Pontos problemáticos

CARRIER¹⁵⁷ nota, de forma bastante interessante, que esta situação acarreta um outro tipo de discriminação inversa - invertida em relação à riqueza de cada um. Isto porque, se por um lado, o cidadão migrante deve, em princípio, ter meios de subsistência suficientes para permanecer no território de outro Estado-Membro, por outro, o cidadão sedentário não deve possuir recursos para conseguir reunir-se com um familiar seu nacional de um Estado terceiro. Parece que o DUE pede que estes cidadãos estáticos que desejam (ou precisam, ainda que não economicamente), reunir-se com o seu familiar, boicotem o sistema, de forma a “colocarem-se” numa situação que lhes permita usufruir desse direito fundamental que é o direito à reunião familiar¹⁵⁸, podendo até gerar situações de abuso¹⁵⁹.

ADAM e VAN ELSUWEGE¹⁶⁰, sublinham que o TJ optou por subordinar o direito de residência do nacional do Estado terceiro à existência de dependência dos seus familiares europeus. Caiu assim por terra a possibilidade de se considerar que, depois de *Zambrano* e *McCarthy*, seria a idade que determinaria a existência de privação do gozo efetivo dos direitos¹⁶¹.

Continuou em aberto em *Dereci*, porém, a questão de saber se a decisão de aplicar ou não o DUE a situações puramente internas, pode ser tomada tendo como base somente o

¹⁵⁵ *Ibid.*, §43.

¹⁵⁶ *Ibid.*, §47.

¹⁵⁷ *Cfr.* Carlier, 2013: 8.

¹⁵⁸ Adam & Van Elsuwege, 2012: 182.

¹⁵⁹ Para mais sobre as possíveis situações de abuso, *vid.* Sorenses, 2006: 423-459.

¹⁶⁰ Adam & Van Elsuwege, 2012: 181.

¹⁶¹ Quanto a isto note-se até que o AG admite a aplicação da jurisprudência *Zambrano* também a casos em que o cidadão europeu seja o progenitor e dependa do(s) seu(s) filhos nacionais de um Estado terceiro, uma vez que a recusa de uma autorização de residência ao último, podia de facto levar o primeiro a ter de abandonar o território da União. Demonstra-se assim que realmente o que releva para o TJ é a posição de dependência e não a idade ou o laço familiar em questão. *Cfr.* Conclusões, *cit.*, §46-48.

estatuto de cidadão europeu e/ou os direitos fundamentais. A postura do TJ a este respeito é imputar essa responsabilidade ao juiz nacional, “convidando-o”¹⁶² a aplicar os direitos humanos, mas não à luz do DUE e sim do TEDH. O TJ chega mesmo a “recordar” (e parece que ironicamente) que, “(...) todos os Estados-Membros são partes da CEDH (...)”¹⁶³.

Interessante e um tanto ou quanto curiosa, afinal Murat Dereci era nacional Turco, é a posição do Governo Grego, que vai contra as opiniões de todos os outros EM intervenientes no processo. Os gregos, fundamentando-se no caminho que a jurisprudência do TJ tinha traçado até ali (referindo-se certamente a *Rottmann* e *Zambrano*), consideram que o TJ deveria aplicar, por analogia, as disposições da Diretiva 2004/38. Defendem que esta analogia deve ser aceite pelo TJ no caso de os cidadãos estáticos em questão se encontrarem exatamente nas mesmas condições dos cidadãos migrantes, menos, claro está, no que toca ao exercício do direito de circulação. Ou seja, se Murat Dereci preenche-se os requisitos impostos pela Diretiva, se a medida nacional ofendesse os direitos de circular e residir e se o direito nacional não fornecesse uma proteção pelo menos equivalente, então a situação seria abrangida pelo DUE e devia ser-lhe concedida a autorização de residência¹⁶⁴.

Usando a terminologia de WIESBROCK¹⁶⁵, constatamos que *Dereci* foi mais um passo na desarticulação do enigma que é a cidadania da União¹⁶⁶.

3. JURISPRUDÊNCIA RECENTE

3.1. Iida

Este caso¹⁶⁷ lidou com o direito derivado de residência de um nacional japonês que residia e trabalhava na Alemanha e detinha custódia conjunta da sua filha, Mia, de nacionalidade alemã que residia, à data do processo, com a sua mãe na Áustria. O

¹⁶² Ac. *Dereci*, cit., §10.

¹⁶³ *Ibid.*, §73.

¹⁶⁴ *Ibid.*, cit., §43.

¹⁶⁵ Relembre-se o título da obra já citada de Wiesbrock, referindo-se a *McCarthy* como uma desarticulação (“*disentangling*”) da cidadania europeia. Cfr. Wiesbrock, 2011.

¹⁶⁶ Ver também Adam & Van Elsuwege, 2012: 189.

¹⁶⁷ Ac. *Iida*, de 8.11.2012, proc. C-40/11.

requerente visitava a sua filha mensalmente na Áustria e esta passava as suas férias com o pai na Alemanha¹⁶⁸.

O Sr. Iida requereu uma autorização de residência com base nas Diretivas 2004/38, e 2003/109¹⁶⁹. Os pedidos não foram deferidos e, interposto o recurso do Sr. Iida, o órgão jurisdicional de reenvio alemão perguntou ao TJ se o DUE atribui a um pai, com responsabilidades parentais e que é nacional de um Estado terceiro, o direito de permanecer no EM de origem do seu filho, que é cidadão europeu, “*para o efeito de com ele manter relações pessoais e parentais diretas, no caso de esse filho se mudar desse Estado-Membro para outro Estado-Membro no exercício do seu direito de livre circulação*”¹⁷⁰?

Vale começar por dizer que este caso se distingue logo à partida da trilogia *Zambrano*, *McCarthy* e *Dereci* por estarmos perante uma situação transfronteiriça e não puramente interna, uma vez que Mia era cidadã migrante.

Nas suas conclusões, a AG TRSTENJAK¹⁷¹ considerou que o Sr. Iida não podia beneficiar da Diretiva 2004/38 porque não preenchia os requisitos do art. 2º, nº2 al) d), uma vez que não era dependente da sua filha. E ainda porque não se encontrava na situação exigida pelo art. 7º, nº2 da mesma Diretiva, uma vez que tencionava permanecer na Alemanha, EM de origem de Mia.

Quanto a poder usufruir da proteção do direito originário, ou seja, dos arts. 20º e 21º TFUE, citando *Dereci*, a AG concluiu que, tendo já Mia exercido o seu direito de circulação, a rejeição de uma autorização de residência do pai não ia privá-la do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadania europeia¹⁷². Assim como em *Dereci*, não exclui a atribuição de um direito de residência com base na proteção dos direitos fundamentais pelos Tribunais nacionais ou CEDH.

Na sua decisão, o TJ declarou simplesmente que a Diretiva 2004/38 não se aplicava e que, na ausência de um pedido ao abrigo da Diretiva 2003/109, o caso do Sr. Iida não fornecia nenhuma conexão com o direito comunitário de forma a desencadear a

¹⁶⁸ O Sr. Iida adquiriu inicialmente uma autorização de residência segundo a lei alemã de reagrupamento familiar, cuja validade expirou com se separaram. Adquiriu então um visto de trabalho mas não o renovou porque requereu um visto de residência tendo por base o direito de custódia que detinha sobre a sua filha, cidadã europeia.

¹⁶⁹ Diretiva 2003/109/CE do Conselho, de 25.11.2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração, JO L16/44.

¹⁷⁰ Ac. *Iida*, cit., §33.

¹⁷¹ Conclusões AG Trstenjak, de 15.5.2012, apresentadas no proc. C-40/11, §31-41.

¹⁷² *Ibid.*, §63.

aplicação da Carta¹⁷³. O Tribunal auxilia-se de *Dereci* e refere que as disposições da Carta são dirigidas aos Estados membros quando apliquem o direito comunitário, e que aquela não tem como objetivo estender ou modificar os poderes da União. Cabendo assim ao órgão jurisdicional nacional interpretar se a medida nacional cai no âmbito de aplicação do DUE.

3.2. O. e S.

Estes processos¹⁷⁴ trataram direitos de residência de nacionais de Estados terceiros, familiares de cidadãos da União migrantes.

É a opinião da AG SHARPSTON que pretendemos aqui escrutinar, por ser o que de mais relevante tem este processo. A AG é mais uma vez ambiciosa, bastante clara e com o cunho “humano” que a caracteriza, desenvolvendo doutrina relativa aos direitos fundamentais.

SHARPSTON inicia as suas conclusões delineando a evolução do direito derivado de residência. Evolução essa que começou no contexto das liberdades económicas e como exclusivo dos trabalhadores migrantes. No entanto, e demonstrando já o cunho ‘humano’ de que falámos, reafirma que “*Os trabalhadores são seres humanos, não são autómatos. Não devem ser obrigados a deixar atrás o cônjuge ou qualquer outro membro da família, (...). Além disso, a presença da família pode contribuir para a integração de um trabalhador no Estado de acolhimento e, portanto, para a realização da livre circulação dos trabalhadores*”¹⁷⁵.

A AG critica assim o *status quo* da aplicação da cidadania europeia, sendo que a regra-geral continuava a ser a da obrigatoriedade do elemento transfronteiriço, e a exceção, permitindo a aplicação a cidadãos estáticos, dava-se apenas e só quando a medida nacional obrigasse esse cidadão a abandonar o território da União.

SHARPSTON diz-se “perplexa” com a divisão de competências em matéria de direitos fundamentais e de cidadania criada em *Dereci*, segundo a qual o TJ declarou que, ainda que a residência não pudesse ser atribuída ao nacional do Estado terceiro com base nos arts. 20º e 21º TFUE, o Tribunal Nacional podia ainda atribuí-la com base no art. 7º da

¹⁷³ Ibid., §78-81.

¹⁷⁴ Ac. *O. e B;* *S. e G.*, de 12.3.2014, processos C-456/12 e 457/12.

¹⁷⁵ Conclusões AG Sharpston, de 12.12.2013, apresentadas nos procs. C-456/12 e 457/12, §46.

CDFUE ou no art. 8º CEDH. Perplexidade essa que surge porque tal divisão parece sugerir, segundo SHARPSTON, que o Tribunal de Justiça reconheceu nesse acórdão “três fundamentos separados ao abrigo do direito da União”¹⁷⁶:

- o direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 7.º da Carta);
- o direito de livre circulação e permanência (art. 21.º, n.º 1, TFUE); e
- a recusa do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos a um cidadão da União (art. 20.º TFUE).

E podia ainda o art. 8º da CEDH constituir outro fundamento para a concessão do direito de permanência.

Questiona-se então “*se deve ser utilizado o mesmo critério para determinar se o direito da União e, por conseguinte, também a Carta são aplicáveis e se uma medida que recusa a permanência é contrária aos artigos 20.º ou 21.º TFUE*”¹⁷⁷.

Na sua opinião tal divisão não é necessária, no sentido em que quando se aplicam as disposições do Tratado, aplicam-se também as da Carta. Querendo isto dizer que os direitos conferidos no âmbito dos arts. 20º e 21º do TFUE têm de ser “conformes” à Carta¹⁷⁸.

Antecipando-se às críticas refere que tal interpretação não é “intrusiva” nem “desrespeitosa da competência dos EM”, porque se limita a exigir uma interpretação segundo os princípios-gerais vigentes num Estado de Direito¹⁷⁹.

3.3. Dano

Elisabeta Dano, nacional romena, e o seu filho Florin, nascido na Alemanha em 2009, residiam na cidade alemã de Leipzig. Em julho de 2011 esta cidade alemã atribuiu a E. Dano uma autorização de residência ilimitada. E. Dano é beneficiária de prestações sociais que recebe para o filho. O órgão jurisdicional de reenvio acrescenta ainda que E. Dano frequentou a escola na Roménia por apenas 3 anos, não tendo qualquer

¹⁷⁶ *Ibid.*, §57.

¹⁷⁷ *Ibid.*, §58.

¹⁷⁸ *Ibid.*, §62.

¹⁷⁹ *Ibid.*, §63.

qualificação profissional nem tendo exercido qualquer profissão, quer na Alemanha, quer anteriormente na Roménia. Nada indicava que procurava emprego¹⁸⁰.

Os pedidos de prestações de base de E. Dano e do filho foram recusados e, aquando um dos recursos, a questão colocada ao TJ focava-se na igualdade de tratamento do Regulamento n.º 883/2004, nos Tratados e na Diretiva 2004/38, e ainda na aplicação dos arts. 1.º e 20.º da CDFUE¹⁸¹.

O TJ considerou que E. Dano não detinha nenhum direito de residência segundo o DUE e, por isso mesmo, não podia invocar igual tratamento em relação a beneficiários da Diretiva 2004/38.

Em primeiro lugar, o TJ referiu que as garantias de não-discriminação presentes na legislação secundária como a invocada Diretiva 2004/38 e o Regulamento n.º 883/2004, tinham de ser interpretadas de acordo com o estipulado no direito primário, isto é, nos Tratados, nomeadamente o art. 18.º TFUE.

De seguida o TJ mencionou que só pode reclamar uma igualdade de tratamento com os nacionais do Estado-Membro de acolhimento relativamente ao acesso a prestações sociais, o cidadão que estiver no âmbito *ratione materiae* do DUE. O que não acontecia com E. Dano, visto não deter nenhum direito de residência e por não lhe ser aplicável o art. 21.º TFUE.

No seu terceiro argumento, o TJ faz uma “inversão argumentativa”¹⁸², enquanto em jurisprudência anterior¹⁸³ considerava que o objetivo da Diretiva 2004/38 era o de facilitar o direito de livre circulação, vem agora dizer que o objetivo é impedir que os cidadãos inativos utilizem o sistema de segurança social do Estado de acolhimento¹⁸⁴.

Na opinião de THYM¹⁸⁵, a clareza da situação em *Dano* facilitou a posição do TJ, que seguiu o raciocínio do órgão jurisdicional de reenvio, dizendo que E. Dano não podia, ab initio, reivindicar qualquer direito de livre circulação. Acontece que na opinião deste autor, quando casos menos claros surgirem, os Tribunais Nacionais interpretarão a expressão “assistência social”, do art. 7.º, n.º2, al. b) da Diretiva 2004/38, na aceção apresentada em *Brey*¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Ac. *Dano*, de 11.11.2014, proc. C-333/13, §35-44.

¹⁸¹ Thym, 2015b: 250.

¹⁸² Cfr. Thym, 2015a: 25.

¹⁸³ Cfr. Ac. *Metock*, cit., §82.

¹⁸⁴ Ac. *Dano*, cit., §69.

¹⁸⁵ Cfr. Thym, 2015a: 25-26.

¹⁸⁶ Cfr. Ac. *Brey*, de 19.9.2013, proc. C-140/12, §26-32.

4. O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA CDFUE – PARA A DEFINIÇÃO DO
“ESSENCIAL” DOS DIREITOS CONFERIDOS PELA CIDADANIA EUROPEIA

Relevante para uma possível resolução da discriminação inversa é a questão de saber se podem alguns direitos da CDFUE ser incluídos no “essencial” dos direitos conferidos pela cidadania europeia, garantindo assim uma maior proteção aos cidadãos europeus, nomeadamente em situações de discriminação inversa. A isto que o TJ não respondeu em *Åkerberg Fransson*¹⁸⁷.

Vale aqui lembrar que anteriormente à Carta, a UE não detinha, nem em fontes de direito primário, nem secundário, nenhum catálogo de direitos fundamentais. Ainda que nos trabalhos preliminares dos Tratados fundadores tenha havido uma tentativa de incluir um catálogo de direitos fundamentais (muito pela memória recente da 2ª Guerra Mundial), a verdade é que alguns EM preferiram uma abordagem menos supranacional¹⁸⁸.

Não obstante, a jurisprudência do TJ foi determinando os limites da proteção dos direitos fundamentais no DUE em casos como *Stork*, *Stauder*, *Nold*, *Hauer*, *ERT*¹⁸⁹.

A elaboração da CDFUE foi, nas palavras de SPAVENTA¹⁹⁰, uma forma de legitimar a evolução da União da mentalidade económica, do mercado comum, para uma mentalidade política mais madura.

Em 2009 com o Tratado de Lisboa, a consagração da Carta como direito primário da União, colocando-a ao mesmo nível dos Tratados fundadores, foi a maior mudança constitucional da União na última década¹⁹¹.

Atualmente, e de acordo com o art. 6º TUE, as principais fontes de direitos humanos/fundamentais na UE são a Carta e a CEDH, assim como os direitos

¹⁸⁷ Cfr. Hancox, 2013: 1430-1431.

¹⁸⁸ De Búrca, 2011: 474, 486; Relevante é também consultar a proposta espanhola para o Tratado de Maastricht que continha já uma obrigação de respeitar os direitos fundamentais. Cfr., “Propuesta de texto articulado sobre la ciudadanía europea presentado por la Delegación Española a la Conferencia Intergubernamental sobre Unión Política (20 Febrero 1991), in Revista de Instituciones Europeas, vol. 18.

¹⁸⁹ Ac. *Stork*, de 15.6.1960, proc. C-1/58; Ac. *Stauder*, de 2.11.1969, proc. C-29/69; Ac. *Nold*, de 14.5.1974, proc. C-4/73; Ac. *Hauer*, de 13.12.1979, proc. C-44/79; Ac. *ERT*, de 18.6.1991.

¹⁹⁰ Spaventa, 2009: 346-347.

¹⁹¹ Barnard, 2013b: 1.

fundamentais que resultam das “tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”¹⁹².

Em *Zambrano* e *McCarthy* o TJ não se pronuncia sobre os direitos fundamentais, resolvendo as questões à luz do art. 20º TFUE, mostrando que a cidadania é por si só merecedora da proteção do Tribunal. Em *Dereci* ficou claro que uma violação do direito ao reagrupamento familiar não era suficiente para que o caso fosse considerado no âmbito de aplicação do DUE¹⁹³. Os direitos da Carta não se incluíam no “essencial dos direitos conferidos pela cidadania europeia”, como bem explica RICHARDS¹⁹⁴.

Em *Dereci*, o TJ fez uma interpretação dos arts. 51º e 52º no sentido de que a Carta “não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, nem cria novas competências ou atribuições para a União, nem modifica as competências e atribuições definidas pelos Tratados”¹⁹⁵. Também o AG MENGOZZI tinha sido da opinião de que o Tribunal não deveria imiscuir-se nas competências que ele considerou serem dos EM, no que toca a políticas de imigração, e da CEDH no que toca ao direito ao reagrupamento familiar¹⁹⁶. Mantem-se a linha de divisão de competências desenhada pela AG KOKOTT em *McCarthy*.

Mas, como explica Stanley¹⁹⁷, esta divisão do TJ levanta problemas à luz do art. 6º TUE. De facto, no nº3 deste art., refere-se que os direitos fundamentais, tal como garantidos na CEDH, são parte integrante do DUE enquanto princípios gerais.

Para reforçar esta ideia, em casos como *Carpenter*, *MRAX* e *Metock*, a proteção do DUE mostrou-se mais abrangente do que a jurisprudência do TEDH. Nestes casos o TJ sublinhou a importância de garantir a proteção da vida familiar dos cidadãos, mesmo

¹⁹² Note-se que, ainda que sejam as Instituições da UE e os EM os destinatários (formais) da Carta, são os particulares, *maxime* os cidadãos europeus que beneficiam dela¹⁹². E aqui surgiu o problema de saber quando é que esses destinatários estavam vinculados ao disposto na Carta. Depois de adotar posturas contraditórias em *Lida* e *Dereci*¹⁹², em *Åkerberg Fransson*, o TJ disse serem válidas as duas abordagens que dividiam a Doutrina, considerando que os EM estavam vinculados à Carta quer quando implementassem regras da União, quer quando agissem dentro do âmbito do DUE, notando que não era objetivo da Carta revogar Jurisprudência assente àquela altura¹⁹². Neste caso, o TJ negou então a possibilidade de se interpretar o art. 51º de forma restrita, o que poderia levar a situações em que o DUE era aplicável mas a CDFUE não, escapando os EM às obrigações por ela consagradas¹⁹². *Cfr.* Sarmiento, 2015: 1271, 1277; Lenaerts & Gutiérrez-Fons, 2013: 1411-1432; Ac. *Åkerberg Fransson*, de 7.5.2013, proc. C-617/10, §18.

¹⁹³ Ac. *Dereci*, cit., §68.

¹⁹⁴ Richards, 2012:284.

¹⁹⁵ Ac. *Dereci*, cit., §71.

¹⁹⁶ Conclusões AG Mengozzi, cit., §39-42.

¹⁹⁷ Stanley, 2011: 7.

antes da entrada em vigor da Diretiva 2004/38¹⁹⁸. As medidas nacionais que afetassem ou impedissem o direito de residência ou que determinassem a expulsão de nacionais de Estados terceiros que fossem cônjuges de cidadãos europeus, foram vistas em *Metock* como uma violação desproporcional do DUE¹⁹⁹.

WIESBROCK²⁰⁰ sublinha que mesmo que a medida nacional não violasse necessariamente o direito à vida familiar nos termos do art. 8º CEDH, poderia afetar seriamente a capacidade do cidadão europeu em causa gozar dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadania. Uma vez que, ao forçar este cidadão a escolher entre gozar o direito à vida familiar ou ter de sair do território do EM em que reside, está-se a afetar o “essencial” dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão europeu.

Vale ainda dizer que a recusa de um direito de residência a um família nacional de Estado terceiro poderia colocar em risco outros direitos do cidadão europeu para além do direito à vida familiar²⁰¹.

Desde muito cedo que se reconheceu, no seio do DUE, que a concessão de direitos a nacionais de Estados terceiros que sejam familiares de cidadãos europeus, era fundamental para assegurar o efeito útil da liberdade de circulação de pessoas²⁰².

No entanto, enquanto o direito à vida familiar sempre foi amplamente aceite, o direito ao reagrupamento familiar ficava no meio de fogo cruzado entre a proteção dos interesses individuais dos cidadãos e as prerrogativas dos Estados no controlo de fronteiras²⁰³.

A consagração da cidadania europeia viria, pensou-se, alterar esta realidade. No entanto o TJ, ao vir dizer inicialmente, como já vimos aliás, que a cidadania da União não tinha como objetivo ampliar o âmbito material de aplicação do DUE²⁰⁴, fez com que o direito ao reagrupamento familiar continuasse a ser uma benesse disponível

¹⁹⁸ Cfr. Wiesbrock, 2011: 870; Ac. *Carpenter*, cit., §64; Ac. *MRAX*, de 25.7.2002, proc. C-459/99, §25.

¹⁹⁹ Cfr. Ac. *Metock*, cit.

²⁰⁰ Wiesbrock, 2011: 870.

²⁰¹ É o caso dos arts. 9º, 14º, 19º, 20º, 21º, 24º CDFUE. Cfr. Stanley, 2011: 7.

²⁰² Groenendjik, 2006: 215-230.

²⁰³ Staver, 2013: 69.

²⁰⁴ Cfr. Ac. *Uecker e Jacquet*, cit., §23. Já anteriormente, no caso *Morson*, o TJ tinha deixado claro que os pedidos de autorizações de residência de nacionais de Estados terceiros, cujos familiares fossem cidadãos europeus estáticos, era da exclusiva competência dos EM. Cfr. Ac. *Morson*, de 27.10.1982, procs. C-35 e 36/82.

apenas para alguns cidadãos europeus, os dinâmicos²⁰⁵. É esta regra das situações puramente internas que, também nesta matéria origina discriminação inversa²⁰⁶.

Este tipo de discriminação é tida, por alguns, como um mal necessário da divisão de competências entre a UE e os EM²⁰⁷. Não podemos no entanto concordar com tal afirmação. De resto, posicionamo-nos com SHUIBHNE²⁰⁸, no sentido de que acreditamos ser o TJ o responsável por resolver as questões de discriminação inversa.

Em suma, parece que o TJ evitou estabelecer uma ligação entre os direitos fundamentais e a cidadania para evitar que a invocação do estatuto de cidadão europeu fosse suficiente para despoletar proteção pelo DUE ao nível dos direitos fundamentais²⁰⁹.

No entanto, a nosso ver, só a admissão desta íntima ligação poderá levar à eliminação das situações de discriminação inversa, permitindo que os cidadãos europeus deixem de ser tratados de forma desigual conforme sejam cidadãos dinâmicos ou estáticos. Parece-nos claro que este era um dos objetivos da consagração da cidadania europeia enquanto estatuto fundamental. Como refere SPAVENTA²¹⁰, uns cidadãos não podem ser mais que outros.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, também acreditamos não fazer sentido que estes cidadãos da EU não possam invocar os direitos provenientes da Carta quando esta tem agora o mesmo valor dos Tratados. Ou seja, defendemos como a AG SHARPSTON que a CDFUE deve ser reconhecida no “essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão europeu”, na medida em que estes direitos têm de ser conformes a ela²¹¹.

²⁰⁵ *Cfr.*, Staver, 2013: 70.

²⁰⁶ Hanf, 2011: 26-61.

²⁰⁷ Slyn, 1992: 91.

²⁰⁸ Shuibhne, 2015: 936.

²⁰⁹ Nowak, 2011: 689.

²¹⁰ Spaventa, 2008: 45.

²¹¹ *Vd. supra* 3.2.

CONCLUSÃO

Nesta análise feita à jurisprudência do TJ, é-nos possível concluir desde já que este é quase sempre complexo e raramente claro e preciso nas suas decisões.

No que respeita à cidadania europeia, o TJ conseguiu afastar-se da leitura baseada no contributo para o mercado interno, com os primeiros sinais a aparecerem em *Garcia Avello*, passando a proteger também os cidadãos estáticos. Cidadãos estes cuja proteção, ou falta dela diversas vezes, era exclusivamente relegada para a esfera interna dos EM.

O TJ continuou a trilhar um caminho inovador ao reconhecer o alargamento, quer *ratione personae*, quer *ratione materiae*, do DUE, levado a cabo pela consagração da cidadania europeia após o Tratado de Maastricht.

Este alargamento garantiu o desaparecimento do elemento transfronteiriço em determinados casos, eliminando a discriminação inversa. Porém, esta não foi erradicada de vez por o TJ hesitar em reconhecer o estatuto autónomo dos direitos fundamentais e da própria cidadania.

De facto, trilogia *Zambrano*, *McCarthy* e *Dereci* colocou o TJ à prova, confrontando-o com possível natureza autónoma da cidadania europeia enquanto estatuto fundamental, bastando aos cidadãos europeus a sua invocação para se encontrarem protegidos de medidas nacionais que os privem do gozo dos seus direitos enquanto cidadãos da União.

A cidadania seria assim o elo de ligação necessário para que o DUE se aplicasse às situações puramente internas.

Tal como a AG SHARPSTON, acreditamos que a cidadania deve ser ligação suficiente. Afinal os direitos de votar para o PE, o direito de dirigir petições ao PE e o direito de recorrer ao Provedor de Justiça Europeu, não estão dependentes de movimentação física para outro EM, a detenção da cidadania europeia basta para que haja gozo efetivo dos mesmos.

Com isto, os cidadãos europeus poderiam proteger-se da discriminação inversa invocando o artigo 18º TFUE, mesmo se fossem cidadãos estáticos. Ainda que

continuemos a considerar que a solução de eliminar definitivamente o critério do elemento transfronteiriço deva ser o primeiro passo a dar.

Como já deve ter sido possível concluir, não concordamos com alguns dos autores citados ao longo do texto, que defendem que a solução da discriminação inversa deve ser tarefa dos EM. Não quer isto dizer que os EM não devam observar esse direito de não-discriminação do art. 18º TFUE. Devem aliás encará-lo como princípio geral de direito comunitário²¹². E também o TJ deve solucionar a discriminação inversa considerando este princípio geral como parte integrante do “essencial” dos direitos conferidos pela cidadania europeia, quando o EM não garanta proteção equivalente. E, por isso, concordamos com SPAVENTA²¹³, ao defender que o art. 18º TFUE deve ter um carácter subsidiário ao mediar a aplicação do art. 21º TFUE e a legislação nacional.

Aqui chegados, cabe dizer que a CDFUE, o seu conteúdo, deve também estar inserido no que chamamos durante toda a dissertação de “essencial” dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão europeu.

No entanto, o TJ ainda não se aventurou por este caminho, que acreditamos ser o mais idóneo para combater a discriminação inversa. Temos de concordar mais uma vez com SPAVENTA²¹⁴ quando refere que a verdadeira solução só será alcançada quanto a UE decidir colocar o foco da cooperação, quer para aperfeiçoar o mercado interno, quer para procurar ser um sistema constitucional maduro e abrangente, com um verdadeiro regime de proteção de direitos humanos. Enquanto o caminho a seguir não for determinado com certeza, a jurisprudência continuará a produzir decisões discrepantes.

²¹² Conclusões AG Poiares Maduro, no proc.C-72/03, § 66-68.

²¹³ Spaventa, 2008: 44-45.

²¹⁴ Spaventa, 2009: 344.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMANN, Thomas, (2007), “Case C-148/02, Carlos Garcia Avello v. État Belge”. *Common Market Law Review*, 44, 1, pp. 141-154

ADAM, Stanislas; VAN ELSUWEGE, Peter, (2012), “Citizenship rights and the Federal Balance between the European Union and its Member States: comment on Dereci”. *European Law Review*, 37, 2, pp. 176-190

BARNARD, Catherine, (2013):

a) “*The Substantive Law of the EU - The Four Freedoms*”. 4^a ed. Oxford

b) “*The Charter, the Court - and the Crisis*”. Paper no. 18/2013 University of Cambridge - Faculty of Law: Legal Studies Research Paper Series

CARLIER, J. (2013), “Purely Internal situations and EU citizens' rights after the Zambrano, McCarthy, and Dereci judgments”. *Online Journal on free movement of workers within the European Union*, 5

DAUTRICOURT, Camille; THOMAS, Sébastien, (2009) “Reverse Discrimination and free movement of persons under Community Law: All for Ulysses, nothing for Penelope?”. *European Law Review*, 36, 3, pp. 433-455

DAVIES, Gareth T., (2010) “The entirely conventional supremacy of Union citizenship and rights”. *Has the European Court of Justice challenged Member State Sovereignty in nationality Law, EUDO citizenship forum*. Pesquisado em 10 de Setembro de 2015. Disponível em <http://eudo-citizenship.eu/citizenship-forum/254-has-the-european-court-of-justice-challenged-member-state-sovereignty-in-nationality-law>

DE GROOT, G.R., (1998), “The relationship between nationality legislation of the Member States of the European Union and European Citizenship”, in LA TORRE, M.,

eds. *European Citizenship: An Institutional Challenge*. The Hague: Kluwer Law International.

DE BÚRCA, Grainne, (2011) “The Evolution of EU human Rights Law”, in P, C. and G, D.B., eds. *The Evolution of EU Law*. 2^a ed. Oxford.

HALL, Stephen, (1996), “Loss of Union Citizenship in breach of fundamental rights”. *European Law Review*, 21, 2, pp. 129-143.

HANCOX, Emily, “The meaning of «implementing» EU law under article 51(1) of the Charter: *Åkerberg Fransson*”. *Common Market Law Review*, 50, 5, pp. 1411-1431.

HORSPOOL, M.; HUMPHREYS, M., (2014) “*European Union Law - Core Text Series*”. 8^a ed. Oxford: Oxford University Press.

KOCHENOV, Dimitry, (2011), “A real European citizenship: a new jurisdiction test: a novel chapter in the development of the Union in Europe”. *Columbia Journal of European Law*, 18, 1, pp. 56-109.

KOCHENOV, Dimitry, (2010), “Case C-135/08, Janko Rottmann v. Freistaat Bayern”. *Common Market Law Review*, 47, 6, pp. 1831-1846.

LENAERTS, K., (2011)

- a) “Civis europaeus sum!': from the cross-border link to the status of citizen of the Union”. *Online Journal on free movement of workers within the European Union*, 3.
- b) “Federalism and the rule of law: Perspectives from the European Union Court of Justice”. *Fordham International Law Journal*, 33, 5, pp. 1338-1387.

LENAERTS, K.; NUFFEL, P.V., (2005) “*Constitutional Law of the European Union*”. 2^a ed. Oxford: Sweet & Maxwell.

LENAERTS & GUTIÉRREZ-FONZ, (2013), “The Place of the Charter in the EU constitutional Edifice”, in PEERS, HARVEY, KENNER and WARD, eds. *The EU Charter of Fundamental Rights - A Commentary*. Hart Publishers.

MACHADO, Jónatas M., (2013), “Direito Internacional”, 4ª ed. Coimbra Editora

NOWAK, Janek T., (2011) “Case C-34/09, Gerard Ruiz Zambrano v. Office National de L’emploi (ONEM) & Case C-434/09, Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department”. *Columbia Journal of European Law*, 17, 3

O’LEARY, Síofra, (1995), “The Relationship between community citizenship and the protection of fundamental rights in community law”. *Common Market Law Review*, 32, 2, pp. 519-554.

O’LEARY, S., (1996), “The Evolving concept of Community Citizenship: From the Free Movement of Persons to Union Citizenship”. *13 European Monographs*. Amsterdam: Kluwer Law International.

O’KEEFEE, D.; BAVASSO, A., (1998), “Fundamental rights and the European citizen”, in LA TORRE, M., eds. *European citizenship: An Institutional Challenge*. The Hague: Kluwer Law International.

PAIS, Sofia Oliveira (2010), “Todos os Cidadãos da UE têm direito de circular e residir no território dos estados-membros, mas uns tem mais direitos do que outros”. *Scientia Iuridica*, 59, N.º 323, pp. 461-496.

PAIS, Sofia Oliveira (2013), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – uma abordagem jurisprudencial*. Coimbra: Almedina.

PICKUP, David M.W., (1986), “Reverse Discrimination and Freedom of Movement for Workers”. *Common Market Law Review*, 3, 1, pp. 135-156.

POIARES MADURO, Miguel, (2000), “The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination”, in KILPATRICK, NOVITZ and KIDMORE, eds. *The Future of European Remedies*. Oxford: Hart Publishers

RICHARDS, Tom, (2012), “Zambrano, McCarthy and Dereci: Reading the Leaves of EU Citizenship Jurisprudence”. *Judicial Review*, 17, 3, pp. 272-285.

SELING, Anja, (2010), “Case C-135/08 Janko Rottmann v. Freistaat Bayern: Towards a direct ‘droit de regard’?”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 17, 4

SHAW, Jo, (2010) “Setting the scene – the Rottmann case introduced”, in *Has the European Court of Justice challenged Member State Sovereignty in nationality Law*, EUDO citizenship forum. Pesquisado em 10 de Setembro de 2015. Disponível em <http://eudo-citizenship.eu/citizenship-forum/254-has-the-european-court-of-justice-challenged-member-state-sovereignty-in-nationality-law>;

SHUIBHNE, N.N., (2002), “Free movement of persons and the Wholly Internal rule: time to move on”. *Common Market Law Review*, 39, 4, pp. 731-771.

SHUIBHNE, N. N., (2010), “The Resilience of EU Market Citizenship”. *Common Market Law Review*, 47, 6 , pp. 1597-168

SCHUIBHNE, N.N., (2012), “Case C-434/09, Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 5 May 2011; Case C-256/11, Dereci and others v. Bundesministerium für Inneres, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 15 November 2011” (Some of) The Kids are all right. *Common Market Law Review*, 49, 1, pp. 349-379.

SHUIBHNE, N.N., (2015), “Limits rising, duties ascending: the changing legal shape of union citizenship”. *Common Market Law Review*, 52, 4, pp. 889-937.

SORENSES, K.E., (2006), “Abuse of Rights in Community Law: a Principle of Substance or Merely Rethoric?”. *Common Market Law Review*, 43, 2, pp. 423-459

SPAVENTA, E., (2008), “Seeing the Wood despite the trees? On the scope of Union Citizenship and its constitutional effects”. *Common Market Law Review*, 45, 1, pp. 13-45.

SPAVENTA, E., (2009), “Federalisation Versus Centralization: tensions in fundamental rights discourse in the EU”, in DOUGAN, MICHAEL, CURRIE, SAMANTHA, eds. *50 years of European Treaties: looking back and looking forward*. Oxford.

STANLEY, John, (2011), “The Evolution and Elusiveness of EU citizenship: The Court of Justice decision in McCarthy”. *The Researcher*, 6, 2.

STAVER, Anne, (2013), “Free movement and the fragmentation of family reunification rights”. *European Journal of Migration and Law*, 15, 1, pp. 69-89.

THYM, Daniel, (2008), “Respect for Private and Family life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: a Human Right to regularize illegal Stay”. *International and Comparative Law Quarterly*, 57, 1, pp. 87-112.

THYM, Daniel, (2015), “When Union citizens turn into illegal migrants: The Dano Case”. *European Law Review*, 40, 2, pp. 249-262.

TRYFONIDOU, A., (2008), “Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe”. *Legal Issues of Economic Integration*, 35, 1, pp. 43-67.

TRYFONIDOU, A., (2009):

- a) “Purely Internal Situations and Reverse Discrimination in a Citizens' Europe: Time to "Reverse" Reverse Discrimination?” Xuereb, P. G., eds. *Issues in Social Policy: A New Agenda*. Jean Monnet Seminar Series.
- b) “Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens: Towards a more liberal approach”. *European Law Journal*, 15, 5, pp. 634-653.

TRYFONIFOU, A., (2012), “Redefining the Outer Boundaries of EU Law: The Zambrano, McCarthy and Dereci trilogy”. *European Public Law*, 18, 3, pp. 493-526.

TSAKYRAKIS, Stravos, (2010), “Proportionality: An assault on Human Rights?”. *International Journal of Constitutional Law*, 7, 3, pp. 468-493

VAN DER MEI, A. P., (2009), Editorial: “Combating reverse discrimination: who should do the job?”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 16, 4, pp. 379-382.

VAN DER MEI, A. P.; VAN DEN BOOGAERT, S. ; DE GROOT, G. R., (2011), “De arresten Ruiz Zambrano en McCarthy”. *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 17, 1.

VAN DER MEI, A. P., (2011), “The outer limits of the Prohibition of Discrimination on grounds of Nationality: a look through the lens of union citizenship”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 18, 1-2, pp. 62-85.

VAN ELSUWEGE, P.; KOCHENOV, D., (2011), “On the limits of Judicial intervention: EU citizenship and Family reunification rights”. *European Journal of Migration and Law*, 13, 4, pp. 443-466.

VAN ELSUWEGE, P., (2011), “Shifting Boundaries? European Union Citizenship and the scope of application of EU Law – Case No. C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l’emploi”. *Legal Issues of Economic Integration*, 38, 3.

WIESBROCK, Anja, (2011), “Disentangling the ‘Union Citizenship Puzzle’? The McCarthy Case”. *European Law Review*, 36, 6, pp. 861-874.

WEILER, J.H.H., (1997), “To be a European citizen - Eros and civilization”. *Journal of European Public Policy*, 4, 3, pp. 495-517.

WEILER, J.H.H., (1999) “The Constitution of Europe - Do the new clothes have an emperor?”. *Other essays on European Integration*. Cambridge: University Press.

