



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**O problema da discriminação inversa
no Direito da União Europeia
Uma abordagem jurisprudencial**

Maria Francisca Coelho de Carvalho

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O problema da discriminação inversa no Direito da União Europeia

Uma abordagem jurisprudencial

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito Internacional e Europeu, na
Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, sob orientação da Senhora
Professora Doutora Sofia Oliveira Pais

Maria Francisca Coelho de Carvalho

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018

Agradecimentos

Aos meus pais, que me amam incondicionalmente e me têm como prioridade.

À minha irmã, que acredita e confia em mim de forma encorajadora.

À minha avó, que me conforta com palavras e gestos que nunca se esgotam.

Não posso deixar de agradecer à Professora Sofia Oliveira Pais pela disponibilidade e partilha de conhecimento, essenciais para a realização desta dissertação.

Resumo

Os direitos de circulação e residência no território europeu, criados com o propósito de fortalecer a livre circulação de trabalhadores, assumiram-se como fundamentais no estatuto da cidadania europeia, que tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros. No entanto, quando o exercício dos direitos está condicionado à verificação de um “elemento transfronteiriço”, surge uma clara distinção entre cidadãos migrantes e cidadãos estáticos. Nesta dissertação pretendemos analisar o percurso da discriminação inversa no Tribunal de Justiça, compreendendo melhor o problema e procurando eventuais soluções assentes no princípio da solidariedade.

Palavras-chave: Direito de circulação; Direito de residência; Cidadania europeia; Princípio da não discriminação; Princípio da solidariedade; Discriminação inversa.

Abstract

The rights of movement and residence in the European territory, created with the aim of strengthening the free movement of workers, have become fundamental in the status of European citizenship, which tends to be the fundamental status of nationals of the Member States. However, when the exercise of rights is conditional to verification of a “cross-border element”, a clear distinction arises between migrant citizens and static citizens. In this dissertation we aim to analyze the course of reverse discrimination in the Court of Justice to better understand this problem and to find possible solutions based on the principle of solidarity.

Key words: Right of movement; Right of residence; European citizenship; Principle of non discrimination; Principle of solidarity; Reverse discrimination.

Índice

Siglas e Abreviaturas	7
Introdução	8
1. As situações puramente internas e a discriminação inversa	10
2. A introdução do estatuto da cidadania europeia	13
2.1. A jurisprudência do pós-Maastricht	16
2.1.1. O caso Walloon Government e a opinião da AG Sharpston	20
3. O caso Rottmann	22
4. A Trilogia	25
4.1. Zambrano	25
4.2. McCarthy	30
4.2.1. A opinião da AG Kokott por contraposição à opinião da AG Sharpston	33
4.3. Dereci	34
5. O pós-trilogia	38
6. Jurisprudência recente	40
Conclusão	44
Bibliografia	46

Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

AG – Advogado-Geral

Al. – Alínea

Art. – Artigo

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr. - Confrontar

Cit. – Citada

DI – Direito Internacional

DUE – Direito da União Europeia

Ed. – Edição

EM – Estado-Membro

Ibid. – *Ibidem*

N.º - Número

P/pp. – Página/páginas

PE – Parlamento Europeu

Proc. – Processo

Ss. – Seguintes

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJ – Tribunal de Justiça

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

Vol. – Volume

Introdução

A livre circulação dos fatores produtivos – mercadorias, trabalhadores, serviços, capitais – visava a criação de um mercado comum. As pessoas eram tidas como meros fatores de produção e, nessa visão economicista, atribuir-lhes os direitos de circulação e residência no território dos Estados-Membros era indispensável para que pudessem contribuir para o processo de integração económico europeu. Estes direitos foram, inicialmente, concebidos com o intuito de fortalecer a livre circulação de trabalhadores.

Criada com o objetivo triplo de aproximar os povos da Europa, reforçar os direitos dos cidadãos nacionais dos Estados-Membros e contribuir para a superação da crise de legitimidade da União Europeia, entendemos que a cidadania da União representa um passo fundamental no processo de integração europeia. Os direitos de circulação e residência são, hoje, atribuídos não só aos trabalhadores europeus e aos seus familiares, como a todos os cidadãos europeus (artigos 20.º e 21.º TFUE), assumindo-se como nucleares no estatuto da cidadania europeia. Sucede que, a jurisprudência do TJ tem condicionado o seu exercício à verificação do requisito da “transnacionalidade”, surgindo o problema da discriminação inversa quando o Tribunal considera que as regras das liberdades de circulação não são aplicáveis às situações puramente internas.

Deste modo, importa encontrar soluções inovadoras que permitam conciliar o exercício de direitos fundamentais por parte dos cidadãos da União com os interesses legítimos dos Estados-Membros, designadamente, na manutenção de sistemas nacionais de segurança social sustentáveis. Devemos recordar, neste balanceamento de interesses, que para além da coesão económica, social e territorial, a União promove a solidariedade entre os Estados-Membros (art. 3.º n.º 3 TUE).

Na fase inicial da dissertação faremos um enquadramento teórico do problema objeto de estudo - analisaremos conceitos como “situações puramente internas” e “discriminação inversa”. De seguida, trataremos as eventuais mudanças introduzidas pelo estatuto (fundamental) da cidadania europeia, explorando a jurisprudência posterior à entrada em vigor do Tratado de Maastricht.

O nosso ponto de partida será, tanto quanto possível, a jurisprudência do TJ, pelo que numa segunda fase da dissertação trataremos à colação o inovador caso *Rottmann*. Prosseguindo, cronologicamente, a análise jurisprudencial, seguir-se-á a abordagem à trilogia *Zambrano*, *McCarthy*, *Dereci*. Sempre que nos parecer pertinente, faremos

referência às conclusões dos Advogados-Gerais que, por antecederem as decisões do TJ, influenciam, não poucas vezes, as decisões do Tribunal.

Na parte final da dissertação, listaremos uma série de casos relevantes que se seguiram à trilogia. Por último, faremos uma confrontação com a jurisprudência mais atual.

Pretendemos, através da análise dos casos chegados ao Tribunal de Justiça, compreender, de forma mais pormenorizada, o problema da discriminação inversa, averiguando quais as suas implicações práticas em questões tão sensíveis como, por exemplo, a reunificação familiar.

1. As situações puramente internas e a discriminação inversa

O conceito de situações puramente internas foi desenvolvido em paralelo com o tratamento dado pelo TJ aos casos de discriminação inversa¹.

A discriminação inversa surge quando um nacional de um EM é prejudicado por não poder invocar disposições do DUE no seu EM de origem, enquanto um cidadão de outro EM, em circunstâncias idênticas, por se ter movimentado, pode invocar essas mesmas disposições². Tal como constatado por BARNARD, os cidadãos migrantes usufruem de um tratamento mais favorável no EM de acolhimento (aproveitando benefícios do DUE e da legislação nacional), em comparação com os cidadãos não-migrantes³, nacionais desse EM, abrangidos exclusivamente pela legislação nacional⁴. TRYFONIDOU explica a qualificação como “inversa”: o grupo que se esperava que fosse beneficiado é, ao invés, tratado menos favoravelmente como resultado de uma “compensação em excesso” atribuída a um grupo tradicionalmente prejudicado⁵. Estas situações não são impedidas pelo DUE, que as considera puramente internas⁶.

A discriminação inversa e as situações puramente internas foram abordadas pelo TJ, inicialmente, em três casos paradigmáticos⁷: *Knoors*⁸, *Auer*⁹, *Saunders*¹⁰. Em *Knoors*, a jurisprudência do TJ mencionou o conceito de situações puramente internas, em *Saunders*, esse conceito foi pela primeira vez aplicado, esclarecendo que as situações puramente internas são as que não têm qualquer ligação ao DUE:

*As disposições do Tratado sobre a liberdade de circulação de trabalhadores não podem, portanto, ser aplicadas a situações que são puramente internas de um EM, noutras palavras, onde não há nenhum fator de conexão a uma qualquer situação abrangida pelo direito comunitário*¹¹.

Anteriormente, em *Knoors*, o TJ havia afirmado que as disposições do Tratado em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços não podiam ser aplicadas a

¹ Poiães Maduro, 2000, p.118.

² Pickup, 1986, p.137.

³ Também apelidados “cidadãos estáticos”. *Cfr.* Shuibhne, 2002, p.731.

⁴ Barnard, 2013, p.236.

⁵ Tryfonidou, 2009, p.12.

⁶ Lenaerts & Van Nuffel, 2011, 7-064.

⁷ Poiães Maduro, 2000, p.118.

⁸ Ac. *Knoors*, de 07.02.1979, proc. C-115/78.

⁹ Ac. *Auer*, de 07.02.1979, proc. C-136/78.

¹⁰ Ac. *Saunders*, de 28.03.1979, proc. C-175/78.

¹¹ *Ibid.*, §11.

situações puramente internas de um EM¹², consagrando a obrigação de existência de um elemento transfronteiriço para aplicação do DUE. Para além das “liberdades” referidas nestes acórdãos, a utilização do conceito de situações puramente internas para definir o âmbito de proteção concedido pelo direito comunitário contra a discriminação inversa foi progressivamente alargado para outras liberdades, em particular, na livre circulação de mercadorias, mas verificando-se sempre o mesmo resultado.¹³ Tomemos os casos *Moser*¹⁴ e *Morson*¹⁵ como exemplos. No primeiro, a um professor comunista, de nacionalidade alemã, foi recusado o acesso a um estágio devido às suas ideologias políticas e o professor não pôde invocar a violação do artigo 45.º TFUE¹⁶. Em *Morson*, um cidadão holandês, que não tinha exercido o seu direito de circulação, não conseguiu trazer a sua mãe, nacional de um Estado terceiro, para consigo residir¹⁷. Por contraposição, em *Singh*¹⁸, um nacional indiano e a esposa, nacional britânica, puderam invocar disposições de DUE para garantir a entrada e residência no Reino Unido, aquando do regresso da Alemanha, país onde tinham trabalhado por um período de dois anos¹⁹.

Em suma, nas situações puramente internas todos os factos estão “confinados a um EM” e na inexistência de um elemento transfronteiriço não há ligação ao DUE²⁰. Nesse sentido, RITTER caracteriza a discriminação inversa como produto da divisão de competências entre o direito nacional e o direito comunitário²¹ e SHUIBHNE afirma que a discriminação inversa é, usualmente, considerada “inevitável e aceitável”, corolário do princípio da não interferência do DUE nos assuntos internos dos EM²².

Importa realçar que, como refere POIARES MADURO, os Estados-Membros não têm qualquer vontade em discriminar contra os próprios nacionais. A discriminação inversa surge porque a legislação comunitária obriga os EM a tratar os nacionais de outros EM de uma forma que, originalmente, não tinha sido pensada para o tratamento dos seus próprios nacionais²³. No mesmo sentido, AG JACOBS, nas conclusões apresentadas no

¹² Ac. *Knoors*, cit., §24.

¹³ Poiares Maduro, 2000, p.119.

¹⁴ Ac. *Moser*, de 28.06.1984, proc. C-180/83.

¹⁵ Ac. *Morson*, de 27.10.1982, procs. C-35/82 e C-36/82.

¹⁶ Art. 45.º TFUE (ex-artigo 39.º TCE) n.º1: “A livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na União”.

¹⁷ *Cfr.* Pais, 2010, p.485.

¹⁸ Ac. *Singh*, de 07.07.1992, proc. C-370/90.

¹⁹ *Cfr.* White, 1993, p.527.

²⁰ Ritter, 2006, p.690.

²¹ Ritter, 2006, p.691.

²² Shuibhne, 2002, p.731.

²³ Poiares Maduro, 2000, p.127.

processo *Konstantinidis*: “um Estado-Membro pode ser obrigado, em certas circunstâncias, a tratar os produtores ou os trabalhadores de outros Estados-Membros de uma maneira mais favorável do que os seus próprios produtores ou trabalhadores”²⁴.

Na verdade, a discriminação inversa ocorre contra pessoas que não fizeram uso do seu direito de livre circulação. Sucede que, os nacionais são mais facilmente enquadráveis na categoria de cidadãos estáticos, tendo os migrantes intracomunitários, por natureza, feito uso dos seus direitos. Desta forma, a discriminação inversa é descrita como contra os próprios nacionais porque apenas esses são suscetíveis de ser afetados por este problema²⁵.

Surge, desde logo, a questão: qual a justificação apresentada pelo DUE para “permissão” deste tratamento aparentemente discriminatório²⁶? BARNARD lança a pergunta e, simultaneamente, apresenta uma explicação duplamente motivada. A primeira razão é jurisdicional: deste modo, é possível uma divisão de competências entre a aplicação do direito comunitário e o que permanece na esfera de cada um dos Estados-Membros. “A legislação europeia aplicar-se-á aquando da existência de uma dimensão interestadual” (um elemento transfronteiriço) e, por sua vez, “o direito interno aplicar-se-á a situações puramente internas de um EM”. A segunda razão é de carácter político: os migrantes não conseguem participar nos processos políticos do EM de acolhimento e, na tentativa de os proteger, o DUE intervém. Os cidadãos nacionais, ao invés, conseguem aceder a estes processos, conseguindo “pressionar” o poder político, razão pela qual não são objeto de igual proteção por parte do direito comunitário²⁷. Contexto em que o TJ firmou: “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”²⁸.

Haverá “boas razões” a nível jurisdicional e político para a existência da regra das situações puramente internas²⁹, acontece que o TJ nem sempre foi coerente na sua aplicação e, em certos casos, bastou-se com uma potencial ligação com o DUE³⁰.

Surge, deste modo, uma outra questão: em que deverá consistir o vínculo para submissão da questão à jurisdição europeia? Identificar o tipo de ligação que a situação

²⁴ Conclusões AG Jacobs de 09.12.1992, apresentadas no proc. C-168/91, §49.

²⁵ Dautricourt & Thomas, 2009, p.434.

²⁶ Barnard, 2013, p.236.

²⁷ Barnard, 2013, p.236.

²⁸ Ac. *Uecker e Jacquet*, de 05.06.1997, procs. C-64/96 e C-65/96, §23.

²⁹ *Cfr.* Lenaerts, 2011, p.8.

³⁰ Barnard, 2013, p.237.

deve apresentar com o direito comunitário para que o mesmo se possa aplicar é um passo fundamental³¹.

Na opinião de POIARES MADURO, o TJ apenas reconheceria uma ligação ao DUE se se verificasse o exercício da livre circulação ou se o cidadão fosse nacional de um outro Estado-Membro. O TJ protegeria os nacionais de um EM apenas verificada essa conexão e se o mercado interno fosse ameaçado³².

Como veremos de seguida, e tendo por base o estatuto da cidadania europeia, o TJ decidiu em casos como *Schempp*³³ ou *Garcia Avello*³⁴, que os arts. 20.º e 21.º TFUE conferem direitos a cidadãos europeus que nunca exerceram o direito de circulação. Nesse contexto, os vínculos estabelecidos foram caracterizados como “ténues”³⁵. Em igual sentido, a AG SHARPSTON afirmou que existiam processos relativos à cidadania em que o elemento de deslocação efetiva era “difícilmente identificável” ou “francamente inexistente”³⁶. Em momento muito anterior, PICKUP tinha referido que estávamos perante “uma distinção arbitrária”³⁷ que conduziria, necessariamente, a um conjunto de incertezas.

2. A introdução do estatuto da cidadania europeia

A cidadania europeia foi introduzida no Tratado da Comunidade Europeia, em 1992, com o objetivo de aproximar os povos da Europa, reforçar os direitos dos cidadãos nacionais, e contribuir para a legitimidade da União Europeia³⁸ ou, por outras palavras, também de SOFIA PAIS, com o objetivo triplo: “contribuir para promover a livre circulação, para a construção de uma identidade europeia e para superar a crise de legitimidade da União”³⁹. O art. 17.º TCE⁴⁰ estabelecia “É instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro”.

³¹ *Cfr.* Pais, 2010, p.487.

³² Poiares Maduro, 2000, p.123.

³³ Ac. *Schempp*, de 12.07.2005, proc. C-403/03.

³⁴ Ac. *Garcia Avello*, de 02.10.2003, proc. C-148/02.

³⁵ Pais, 2010, p.488.

³⁶ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, §77.

³⁷ Pickup, 1986, p.154.

³⁸ *Cfr.* Pais, 2010, p.468.

³⁹ Pais, 2010, p.476.

⁴⁰ Atual art. 20.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

O Tratado de Amesterdão acrescentou uma frase ao que ficara consagrado em Maastricht: “A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui”⁴¹.

Nas diferentes alíneas do n.º2 do atual art. 20.º TFUE, bem como nos arts. 21.º a 24.º TFUE, encontramos consagrados direitos de que os cidadãos da UE gozam⁴². Acreditamos que os benefícios concedidos aos cidadãos europeus não se esgotam nestes artigos na medida em que podem também invocar direitos consagrados em legislação derivada, mais específica, bem como a proteção geral do art. 18.º e do art. 19.º TFUE⁴³.

Após a entrada em vigor do Tratado de Maastricht⁴⁴, o acórdão *Uecker e Jacquet*⁴⁵ representa o primeiro caso em que o TJ teve oportunidade para tomar posição no que às situações puramente internas e à discriminação inversa dizia respeito. Kari Uecker, de nacionalidade norueguesa, e Vera Jacquet, de nacionalidade russa, eram professoras em universidades alemãs, casadas com nacionais alemães e residentes na Alemanha que, com uma argumentação assente no facto de serem cônjuges de cidadãos europeus, pretendiam fruir de disposições de cidadania da União. No caso, o órgão jurisdicional nacional colocou três questões ao TJ mas não sem primeiramente observar que era duvidoso que os princípios fundamentais de uma Comunidade que caminhava rumo à União Europeia permitissem que uma disposição nacional contrária ao direito comunitário fosse aplicada por um Estado-Membro aos seus próprios nacionais⁴⁶. A primeira questão colocada foi, desde logo, se uma pessoa, nacional de um país terceiro, casada com um trabalhador nacional de um EM, podia invocar no território desse Estado, o direito conferido pelo art. 11.º do Regulamento n.º 1612/68, quando esse trabalhador exercia no referido território uma atividade profissional⁴⁷. Foi no sentido de dar uma resposta que o TJ afirmou:

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

⁴¹ Cfr. Weiler, 1999, p.324.

⁴² Destaque para o art. 21.º TFUE: “Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação”.

⁴³ Proteção que se traduz no direito à não discriminação em razão da nacionalidade, do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

⁴⁴ O Tratado foi assinado a 07.02.1992 e entrou em vigor a 01.11.1993.

⁴⁵ Ac. *Uecker e Jacquet*, de 05.06.1997, procs. C-64/96 e C-65/96.

⁴⁶ Cfr. Ac. *Uecker e Jacquet*, cit., §12.

⁴⁷ *Ibid.*, §15.

*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*⁴⁸.

Em suma, a resposta que o TJ apresentou para a primeira questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio foi que uma pessoa, nacional de um país terceiro, casada com um trabalhador nacional de um EM não podia invocar o direito conferido pelo art. 11.º do Regulamento n.º 1612/68 porque esse trabalhador nunca tinha exercido o direito de livre circulação na Comunidade⁴⁹. O acórdão não respondeu às outras duas questões colocadas pelo tribunal nacional na medida em que ambas estariam dependentes de resposta afirmativa à primeira pergunta⁵⁰.

Face ao exposto, LENAERTS⁵¹ afirmou que, numa fase inicial, a introdução das disposições relativas à cidadania da União nada tinha mudado: também no contexto da cidadania europeia o TJ chegava à solução de inaplicabilidade do DUE a situações internas⁵². Nesse sentido, KOCHENOV e PLENDER⁵³ caracterizaram a cidadania da União como “uma promessa de Maastricht”. Na verdade, a solução adotada em *Uecker e Jacquet* e a célebre declaração vertida no parágrafo 23 do acórdão foi, inúmeras vezes, invocada pelo TJ⁵⁴.

No acórdão *Grzelczyk* o TJ reconheceu que “o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros”⁵⁵, afirmação que viria a repetir em *Baumbast*⁵⁶ ou em *Chen*⁵⁷. Deste modo, a introdução do estatuto de cidadão europeu suscitou inúmeras questões para as quais o TJ apresentou (ou não) resposta. Podem pessoas, sem nacionalidade de um EM, como Kari Uecker e Vera Jacquet, cônjuges de cidadãos europeus, invocar de forma derivada os direitos de cidadania europeia? No nosso entender, a análise da jurisprudência do TJ configura-se fundamental.

⁴⁸ Ac. *Uecker e Jacquet*, cit., §23.

⁴⁹ Cfr. Ac. *Uecker e Jacquet*, cit., §24.

⁵⁰ *Ibid.*, §25.

⁵¹ Cfr. Lenaerts, 2011, p.7.

⁵² Cfr. Pais, 2010, p.486.

⁵³ Kochenov & Plender, 2012, p.369.

⁵⁴ Cfr. Ac. *Garcia Avello*, cit., §26.

⁵⁵ Ac. *Grzelczyk*, de 20.09.2001, proc. C-184/99, §31.

⁵⁶ Ac. *Baumbast*, de 17.09.2002, proc. C-413/99, §82.

⁵⁷ Ac. *Chen*, de 19.10.2004, proc. C-200/02, §25.

2.1. A jurisprudência do pós-Maastricht

A criação do estatuto da cidadania europeia influenciou profundamente a divisão de competências entre a UE e os EM, afetando tanto o âmbito pessoal como o âmbito material do DUE. Anteriormente, a aplicação do direito comunitário estava exclusivamente reservada para aqueles que, de alguma forma, participavam na construção do mercado interno⁵⁸. Assim sendo, cada cidadão teria que preencher quatro condições para que fosse abrangido pelo âmbito pessoal do Tratado: ser nacional de um EM; ter uma ligação económica com o mercado interno; estabelecer uma situação transfronteiriça; estabelecer uma conexão lógica entre os três primeiros pressupostos ou, nas palavras de KOCHENOV, ter a intenção de contribuir para o mercado interno⁵⁹.

Sucede que, após a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, o TJ decidiu que todos os cidadãos da UE preenchem o âmbito pessoal do Tratado⁶⁰, o que está em perfeita harmonia com a letra do art. 20.º TFUE⁶¹: o artigo não faz referência à necessidade do preenchimento de outro requisito que não o da nacionalidade de um EM. Na opinião de SPAVENTA, a introdução do estatuto da cidadania da União alterou o “paradigma do migrante”: já não será necessário ter exercido o direito de circulação para preenchimento do âmbito pessoal do Tratado - afirmação suportada na formulação do já mencionado art. 20.º TFUE bem como na jurisprudência do TJ⁶². Em *D’Hoop*⁶³ o TJ distinguiu o âmbito pessoal do âmbito material do Tratado e, em suma, os cidadãos da União, por definição, enquadram-se no âmbito pessoal do Tratado e os direitos migratórios aí conferidos são parte do âmbito material⁶⁴. Em *Baumbast*, o TJ afirmou que o TUE “não exige que os cidadãos da União exerçam uma atividade profissional, assalariada ou independente, para gozarem dos direitos previstos na (...) cidadania da União”⁶⁵. Também no caso *Trojani*, o TJ afirmou: “Há que recordar que o direito de residir no território dos Estados-Membros é diretamente reconhecido a qualquer cidadão da União” pelo que M. Trojani tinha o direito de invocar a disposição do Tratado (atual art.º 21, n.º1 TFUE) apenas na sua qualidade de cidadão da União⁶⁶. Em *Collins*, o TJ referiu que os cidadãos europeus que

⁵⁸ Kochenov, 2011, p.64.

⁵⁹ Kochenov, 2011, p.66.

⁶⁰ Cfr. Ac. *Martinez Sala*, de 12.05.1998, proc. C-85/96, §59, 60 e 61.

⁶¹ Cfr. Kochenov, 2011, p.67.

⁶² Cfr. Spaventa, 2008, p.18.

⁶³ Ac. *D’Hoop*, de 11.07.2002, proc. C-224/98.

⁶⁴ Spaventa, 2008, p.19.

⁶⁵ Ac. *Baumbast*, de 17.09.2002, proc. C-413/99, §83.

⁶⁶ Ac. *Trojani*, de 07.09.2004, proc. C-456/02, §31.

“residam legalmente no território do Estado-Membro de acolhimento podem invocar o artigo 6.º do Tratado em todas as situações que cabem no âmbito de aplicação *ratione materiae* do direito comunitário”⁶⁷. Resulta desta jurisprudência que um cidadão europeu é abrangido pelo âmbito pessoal do Tratado por força exclusiva do art. 20.º, n.º1 TFUE⁶⁸. As atenções focam-se, deste modo, no *ratione materiae* do DUE. Na tentativa de delimitação do âmbito material do Tratado, a análise de jurisprudência assume caráter fulcral.

A este propósito, e tal como anunciado por KOCHENOV, o TJ alargou, gradualmente, o conceito de situação transfronteiriça. O intuito seria o de garantir que um maior número de cidadãos europeus, mesmo aqueles com uma conexão indireta (ou até mesmo hipotética) com o ordenamento jurídico da UE, pudessem cair no âmbito de aplicação do direito comunitário⁶⁹.

Nos casos *Garcia Avello*⁷⁰ e *Chen*⁷¹, o TJ encontrou um elemento transfronteiriço que permite a aplicação das disposições europeias em matéria de cidadania mesmo quando os requerentes nunca abandonaram o território do Estado-Membro em que nasceram e não têm, aparentemente, intenção de o fazer⁷².

No primeiro caso, C. Garcia Avello, de nacionalidade espanhola, e I. Weber, de nacionalidade belga, residentes na Bélgica, tinham dois filhos, Esmeralda e Diego, ambos possuidores de dupla nacionalidade belga e espanhola. Na conservatória do registo civil belga o apelido que constava do assento de nascimento das crianças era o apelido “Garcia Avello”, apelido do pai, conforme o direito belga. Foi suscitada a alteração para “Garcia Weber”, alegando que, no direito espanhol, o apelido dos filhos é composto pelo primeiro apelido do pai, ao que se segue o apelido da mãe. O requerimento apresentado pelos pais, em representação dos menores, foi indeferido por contrário à legislação belga⁷³. O TJ, por sua vez, referiu que a cidadania europeia não tinha por objetivo alargar o âmbito de aplicação material do Tratado a situações internas sem qualquer conexão com o DUE⁷⁴. No entanto, afirmou que a “conexão com o direito comunitário existe no que respeita a

⁶⁷ Ac. *Collins*, de 23.03.2004, proc. C-138/02, §61.

⁶⁸ *Cfr.* Spaventa, 2008, p.20.

⁶⁹ Kochenov, 2011, p.69.

⁷⁰ Ac. *Garcia Avello*, de 02.10.2003, proc. C-148/02.

⁷¹ Ac. *Chen*, de 19.10.2004, proc. C-200/02.

⁷² *Cfr.* Craig & De Burca, 2015, p.866.

⁷³ Art. 335.º, n.º1 do Código Civil belga que dispunha: “A criança relativamente à qual apenas a filiação paterna esteja estabelecida ou cujas filiações paternal e maternal estejam estabelecidas em simultâneo usará o apelido do pai...”.

⁷⁴ O TJ fez referência, e reiterou, a posição que havia tomado no caso *Uecker e Jacquet*.

peças em situação idêntica à dos filhos de C. Garcia Avello, os quais são nacionais de um Estado-Membro a residir legalmente no território de outro Estado-Membro”⁷⁵ acrescentando que a esta conclusão não se poderia opor a circunstância de Esmeralda e Diego possuírem igualmente a nacionalidade belga⁷⁶. O TJ concluiu, deste modo, que os “filhos do recorrente no processo principal podem invocar o direito, previsto no artigo 12.º CE (atual art. 18.º TFUE), de não sofrerem qualquer discriminação em razão da nacionalidade, à luz das normas que regulam o seu apelido”⁷⁷. O Tribunal distinguiu a situação das pessoas que possuem apenas nacionalidade belga da dos nacionais belgas que possuem também nacionalidade espanhola. Estes últimos “usam apelidos de família diferentes ao abrigo dos dois sistemas jurídicos em causa”⁷⁸ e essa “situação de diversidade de apelidos de família é suscetível de criar aos interessados sérios inconvenientes de ordem profissional e privada”⁷⁹. Estaria em causa o direito de livre circulação de Esmeralda e Diego, mesmo que em momento ulterior, uma vez que enfrentariam “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”⁸⁰.

O TJ concluiu que a situação não era puramente interna. Na verdade, a situação estava em contacto com mais do que um ordenamento jurídico: Esmeralda e Diego residiam na Bélgica mas tinham dupla nacionalidade, belga e espanhola. Estamos, no entanto, na presença de vínculos ténues⁸¹. DAUTRICOURT e THOMAS afirmaram a existência de uma tendência, por parte do TJ, em considerar o requisito do elemento transfronteiriço verificado mesma na ausência de movimento físico⁸². Na perspectiva dos autores, e criando tais elementos artificiais, o TJ estaria a prosseguir uma agenda escondida com o objetivo de eliminar a discriminação inversa⁸³.

No segundo caso, M. L. Chen, nacional chinesa, entrou no Reino Unido e deslocou-se à Irlanda do Norte para dar à luz Catherine. Qualquer criança nascida na Irlanda adquiria

⁷⁵ Ac. *Garcia Avello*, cit., §27.

⁷⁶ Ac. *Garcia Avello*, cit., §28.

⁷⁷ *Ibid.*, §29.

⁷⁸ *Ibid.*, §35.

⁷⁹ *Ibid.*, §36.

⁸⁰ *Ibid.*, §36.

⁸¹ Pais, 2010, p.488.

⁸² *Cfr.* Lenaerts, 2011, p.8.

⁸³ Dautricourt & Thomas, 2009, p.446.

a nacionalidade irlandesa⁸⁴, vigorando a regra do *ius soli*⁸⁵. Foi, portanto, emitido um passaporte irlandês a Catherine, cidadã europeia por força do art. 20.º n.º1 TFUE. Para o TJ “É pacífico que a estada na ilha da Irlanda se destinava a permitir à nascitura a aquisição da nacionalidade irlandesa e, conseqüentemente, permitir à mãe obter o direito de, eventualmente, residir com a sua filha no território do Reino Unido”⁸⁶. O órgão jurisdicional de reenvio, por sua vez, pretendia saber se um nacional de um EM, menor, a cargo de um dos progenitores, nacional de um Estado terceiro, tinha o direito de residir num outro EM, aí beneficiando de serviços de puericultura. Em caso de resposta afirmativa, o órgão jurisdicional de reenvio tencionava saber se o progenitor em questão beneficiava de um direito de residência derivado⁸⁷. O TJ rejeitou, desde logo, a tese que defendia que uma pessoa (como Catherine) não podia invocar as disposições de DUE relativas à livre circulação e residência de pessoas pelo simples facto de nunca se ter deslocado de um EM para outro⁸⁸. Em relação ao direito de residir no território dos EM, o TJ referiu que este era diretamente reconhecido a qualquer cidadão da UE, pelo que Catherine teria o direito de invocar o atual art. 21.º, n.º1 TFUE. Como o art. enuncia, devemos ter em conta as “limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação” pelo que o TJ se refere à Diretiva 90/364⁸⁹. Deste modo, Catherine deveria dispor de um seguro de doença que cobrisse todos os riscos no EM de acolhimento bem como de recursos suficientes, de modo a não se tornar uma sobrecarga para a assistência social desse EM⁹⁰. O TJ verificou que a menor dispunha de um seguro de doença e de recursos fornecidos pela sua mãe⁹¹, pelo que, numa leitura conjugada do art. 18.º TCE (atual 21.º TFUE) e da Diretiva 90/364 (atual Diretiva 2004/38) reconheceu o direito de Catherine residir, por tempo indeterminado, no território do EM de

⁸⁴ Art. 6.º n.º1 do Irish Nationality and Citizenship Act 1956. De notar que a ilha da Irlanda, para efeitos de aquisição de nacionalidade irlandesa, abrangia tanto o território da República da Irlanda como da Irlanda do Norte.

⁸⁵ *Ius soli, jus soli*, ou “direito do solo”.

⁸⁶ Ac. *Chen*, de 19.10.2004, proc. C-200/02, §11.

⁸⁷ *Ibid.*, §16.

⁸⁸ *Ibid.*, §18. O TJ socorreu-se da jurisprudência *Garcia Avello* para afirmar que a situação de Catherine não podia ser equiparada a uma situação puramente interna. Catherine teria circulado (apenas) dentro do território do Reino Unido mas era nacional de um EM e residia num outro EM (em Cardiff, no País de Gales).

⁸⁹ Diretiva 90/364/CEE revogada pela Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29.04.2004.

⁹⁰ *Cfr.* Atual art. 7.º, n.º1, al. b), Diretiva 2004/38/CE.

⁹¹ Ac. *Chen*, cit., §28. O TJ referiu também que o art. 1.º, n.º1, da Diretiva 90/364 (atual art. 7.º, n.º1, al. b), Diretiva 2004/38) é omissivo quanto à proveniência dos recursos. *Cfr.* Pais, 2010, p.483. *Cfr.* Spaventa, 2008, p.27.

acolhimento⁹². Quanto ao direito de residência de M. L. Chen, a progenitora não podia invocar a qualidade de ascendente a cargo de Catherine, na aceção da Diretiva⁹³, uma vez que a situação era precisamente a oposta. No entanto, “a recusa de permitir ao progenitor (...) residir com essa criança no Estado-Membro de acolhimento, privaria de qualquer efeito útil o direito de residência deste último”⁹⁴. Deste modo, e por ter Catherine à sua guarda, a progenitora podia residir no EM de acolhimento.⁹⁵

RITTER⁹⁶ concretizou a ideia de que a ligação ao DUE, no caso *Chen*, tinha sido adquirida com o propósito expresso de contornar as regras nacionais. Nesta medida, o autor afirmou ser “chocante” ver uma pessoa ser tratada menos favoravelmente do que outra apenas por a última conseguir estabelecer uma conexão, mesmo que ténue⁹⁷, e com o intuito de contornar a lei, com o direito comunitário. TRYFONIDOU⁹⁸, por seu turno, deixa-nos duas questões: Porque é que Catherine tinha o direito de residir no Reino Unido, apenas pela sua mãe ter tido a sorte de ser aconselhada por advogados perspicazes, que a encaminharam para dar à luz na Irlanda do Norte, enquanto uma criança nascida em qualquer outra parte do Reino Unido não gozava dos mesmos direitos de residência e de reagrupamento familiar? Para além disso, em termos de contribuição para os objetivos do DUE, o que é que Catherine oferecia “a mais” em comparação com outras crianças nascidas e a viver no Reino Unido? Na perspetiva da autora, nestes casos de discriminação inversa, estaria patente uma violação do princípio geral de igualdade⁹⁹.

2.1.1. O caso *Walloon Government* e a opinião da AG Sharpston

Em *Walloon Government*¹⁰⁰ os beneficiários das condições de seguro de assistência oferecidas pelo Governo flamengo tinham que residir na região flamenga (ou na região bilingue de Bruxelas) ou noutra EM e trabalhar na região flamenga. Deste modo, os cidadãos belgas residentes na região francófona e trabalhadores na região flamenga não beneficiavam das referidas condições. A questão que se colocava era se tal exclusão era compatível com as disposições do Tratado sobre livre circulação de trabalhadores,

⁹² Ac. *Chen.*, cit., §41.

⁹³ Atual art. 2.º, n.º 2, al. d), Diretiva 2004/38/CE.

⁹⁴ Ac. *Chen.*, cit., §45.

⁹⁵ *Ibid.*, §46.

⁹⁶ Ritter, 2006, p.709.

⁹⁷ *Cfr.* Pais, 2010, p.488.

⁹⁸ Tryfonidou, 2009, p.28.

⁹⁹ *Cfr.* Tryfonidou, 2009, p.29.

¹⁰⁰ Ac. *Walloon Government*, de 01.04.2008, proc. C-212/06.

liberdade de estabelecimento e cidadania europeia¹⁰¹. Na opinião de BARNARD, tratava-se de um “exemplo clássico”¹⁰² de discriminação inversa: os que viviam na região francófona e trabalhavam na região flamenga estavam numa situação desfavorável em comparação com os que viviam num outro EM e trabalhavam na região flamenga.

AG SHARPSTON¹⁰³ referiu, nas conclusões apresentadas no caso em análise, que lhe parecia paradoxal que numa UE em que se tentavam abolir os obstáculos à liberdade de circulação entre EM, as autoridades descentralizadas pudessem “reintroduzir barreiras pela porta das traseiras”, criando barreiras internas nos próprios EM. A AG lançou a questão: “que União Europeia é esta se a liberdade de circulação é garantida entre Dunkirk (França) e De Panne (Bélgica), mas não entre Jodoigne e Hoegaarden?”¹⁰⁴. Nesse sentido, a AG considerou que tinha chegado o momento de reconsiderar a rega das situações puramente internas¹⁰⁵.

SHARPSTON defendeu a aplicação analógica da solução apresentada no caso *Lancry*¹⁰⁶, alinhando, deste modo, e na medida do possível, o regime da livre circulação de pessoas com o da livre circulação de mercadorias¹⁰⁷. Invocou, de igual modo, o acórdão *Carbonati*¹⁰⁸ e apelou à redação do atual art. 45.º TFUE que, por contraposição ao art. 30.º TFUE, não se refere apenas a situações transfronteiriças. De seguida, baseou os seus argumentos no estatuto de cidadão da União: referiu que as disposições sobre cidadania desafiavam a “sustentabilidade” da doutrina relativa às situações puramente internas¹⁰⁹ e que o caso estava tão próximo de uma situação transfronteiriça clássica como de uma situação interna, pelo que se acentuava “a arbitrariedade (...) em atribuir tanta importância à passagem de uma fronteira nacional”¹¹⁰. Esclareceu que o direito de circular e permanecer livremente no território dos EM significa não só a “liberdade de circular e depois permanecer” (em que a liberdade de permanecer resulta do exercício anterior da liberdade de circular) mas também a “dupla liberdade de circular e de permanecer”, na

¹⁰¹ *Cfr.* Dautricourt & Thomas, 2009, p.439.

¹⁰² *Cfr.* Barnard, 2013, p.237.

¹⁰³ Conclusões AG Sharpston de 28.06.2007, apresentadas no proc. C-212/06.

¹⁰⁴ *Ibid.*, §116. Tanto Jodoigne como Hoegaarden são localidades belgas.

¹⁰⁵ *Cfr.* Barnard, 2013, p.237. *Cfr.* Lenaerts, 2011, p.11.

¹⁰⁶ Ac. *Lancry*, de 09.08.1994, procs. C-410/93 e C-411/93, estendeu a proibição das barreiras aduaneiras às fronteiras regionais no interior de um EM.

¹⁰⁷ Pais, 2010, p.490.

¹⁰⁸ Ac. *Carbonati*, de 09.09.2004, proc. C-72/03, §23, que estipulou que o anterior art. 14.º, n.º2 (atual art. 26.º, n.º2) não procedia “a uma distinção entre fronteiras interestatais e intra-estatais”. O art. 26.º, n.º2 TFUE estipula (apenas) que o “mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas”.

¹⁰⁹ Conclusões AG Sharpston de 28.06.2007, apresentadas no proc. C-212/06, §140.

¹¹⁰ *Ibid.*, §141.

medida em que é possível exercer a liberdade de residir ou de continuar a residir sem exercer primeiro a liberdade de circular entre EM¹¹¹. Concluiu que estávamos perante uma situação de discriminação “entendida como condenável e como algo que deve ser proibido”¹¹². Seguiu o que o AG POIARES MADURO tinha afirmado anteriormente: que um dos objetivos fundamentais da Comunidade era “evitar suscitar qualquer discriminação através da aplicação das suas próprias regras”¹¹³. Por último, e sendo aplicável o DUE, a AG acrescentou que o Estado poderia justificar a “discriminação indireta”¹¹⁴.

O TJ não estava preparado para seguir a AG¹¹⁵ pelo que afirmou que o DUE não era aplicável a situações puramente internas “daquele tipo”¹¹⁶. O TJ reiterou a sua anterior posição e reafirmou que a cidadania da UE não tinha por objetivo alargar o âmbito de aplicação material do Tratado a situações internas sem qualquer conexão com o DUE¹¹⁷.

3. O caso Rottmann

Janko Rottmann¹¹⁸, cidadão austríaco¹¹⁹, transferiu a sua residência para Munique e, três anos mais tarde, em 1998, requereu a nacionalidade alemã. Como consequência da naturalização, Janko perdeu a nacionalidade originária¹²⁰. No entanto, e no decorrer do processo de naturalização, Rottmann não havia declarado que corria contra si um procedimento penal na Áustria¹²¹. Deste modo, e quando tomou conhecimento da situação, o Freistaat Bayern revogou a naturalização, fundamentando que Rottmann tinha obtido a nacionalidade alemã de modo fraudulento¹²². O cidadão não preenchia as

¹¹¹ *Ibid.*, §144.

¹¹² *Ibid.*, §147.

¹¹³ Conclusões AG Poiares Maduro de 06.05.2004, apresentadas no proc. C-72/03, §63. *Cfr.* Tryfonidou, 2009, p.22.

¹¹⁴ Conclusões AG Sharpston de 28.06.2007, apresentadas no proc. C-212/06, §155.

¹¹⁵ *Cfr.* Barnard, 2013, p.238. *Cfr.* Dautricourt & Thomas, 2009, p.440.

¹¹⁶ *Ac. Walloon Government*, cit., §38.

¹¹⁷ *Ibid.*, §39.

¹¹⁸ *Ac. Rottmann*, de 02.03.2010, proc. C-135/08.

¹¹⁹ Janko tinha nascido em Graz e era cidadão da República da Áustria pelo nascimento.

¹²⁰ Tal como consagrado no §27, n.º1, da Lei austríaca relativa à nacionalidade (“StbG”): “Quem adquira uma nacionalidade estrangeira a seu pedido, mediante declaração ou o seu consentimento expresso, perde a nacionalidade austríaca, se não lhe tiver sido expressamente concedido o direito de [a] conservar.”

¹²¹ Rottmann era suspeito de atividades fraudulentas graves no exercício da sua profissão e tinha sido ouvido, em 1995, pelo Tribunal Penal de Graz. Em 1997, o mesmo tribunal emitiu um mandado de captura nacional. O município de Munique, por sua vez, foi informado dos factos apenas em 1999 (já depois de ter sido entregue a Rottmann o documento de naturalização).

¹²² *Ac. Rottmann*, cit., §28.

condições para ser “reintegrado na nacionalidade austríaca”¹²³ pelo que estávamos perante “uma situação interessante”¹²⁴: um cidadão europeu que se tinha mudado do EM “de origem” para outro EM, e adquirido a nacionalidade desse EM de acolhimento, não só tinha perdido a nacionalidade originária como a nacionalidade adquirida, perdendo, consequentemente, o estatuto que lhe tinha permitido *a priori* movimentar-se – o estatuto de cidadão europeu. Nesse sentido, o TJ foi chamado a pronunciar-se sobre a legalidade da perda da cidadania da UE¹²⁵: o órgão jurisdicional de reenvio “perguntou” se o DUE se opunha à consequência jurídica da perda da cidadania europeia e, em caso de resposta afirmativa, pretendia saber se era o EM que pretendia revogar a naturalização que devia, à luz do DUE, abster-se dessa revogação ou se era o outro EM que era obrigado a interpretar/aplicar/adaptar o seu direito nacional de modo a que a consequência jurídica não se efetivasse¹²⁶. Por outras palavras, qual a ordem jurídica (austríaca ou alemã) que deveria evitar, à luz do direito comunitário, a consequência jurídica da apatridia.

O TJ afirmou, desde logo, que “quando uma decisão de revogação da naturalização (...) é motivada pela fraude cometida pelo interessado (...) pode ser compatível com o direito da União”¹²⁷ por se tratar de “um motivo de interesse geral”¹²⁸.

POIARES MADURO¹²⁹, nas suas conclusões, reiterou que a cidadania da União não tinha “por objetivo alargar o âmbito de aplicação material do Tratado a situações internas”¹³⁰, pelo que seria necessário o elemento transfronteiriço que “encontrou” nas “origens da situação de Rottmann”¹³¹. A cidadania da União, como “conceito jurídico e político autónomo”, estava condicionada, no acesso, pela nacionalidade de um EM que não podia, no entanto, limitar “injustificadamente” os direitos e deveres à cidadania da União associados¹³² e, assim sendo, as condições de aquisição e perda da nacionalidade deveriam ser compatíveis com as regras de DUE. Concluiu, no entanto, que no caso em apreço, a revogação da nacionalidade não estava ligada “ao exercício dos direitos e

¹²³ *Ibid.*, §31.

¹²⁴ Kochenov, 2010, p.1832.

¹²⁵ *Cfr.* Kochenov, 2011, p.75.

¹²⁶ *Ac. Rottmann*, cit., §35.

¹²⁷ *Ibid.*, §50.

¹²⁸ *Ibid.*, §51. Era legítimo que um EM quisesse proteger a particular relação de solidariedade e de lealdade entre ele próprio e os seus nacionais e a reciprocidade dos direitos e deveres, que são o fundamento da relação de nacionalidade.

¹²⁹ Conclusões AG Póiares Maduro de 30.09.2009, apresentadas no proc. C-135/08.

¹³⁰ *Ibid.*, §9.

¹³¹ *Ibid.*, §11. *Cfr.* Kochenov, 2010, p.1832.

¹³² *Ibid.*, §23.

liberdades decorrentes do Tratado”¹³³ (em causa estaria o interesse legítimo da Alemanha em assegurar a lealdade dos seus nacionais) e entendeu que o DUE não impunha a obrigação de devolução da nacionalidade austríaca¹³⁴. Na opinião de POIARES MADURO, o direito comunitário seria “ineficaz na resolução destes problemas”¹³⁵.

Já no caso *Micheletti*¹³⁶, antes da introdução do estatuto da cidadania europeia, o TJ tinha afirmado que, nos termos do direito internacional, “a definição das condições de aquisição e de perda da nacionalidade é (...) da competência de cada Estado-membro, que deve exercê-la no respeito pelo direito comunitário”¹³⁷. Nesse sentido, KOCHENOV reconheceu a aplicação da jurisprudência *Micheletti*, há muito estabelecida, em *Rottmann*¹³⁸: o TJ considerou que na análise de uma decisão de revogação da naturalização deveriam ser consideradas as possíveis consequências dessa decisão para o interessado e para os membros da sua família, no que à perda dos direitos de que goza qualquer cidadão da União diz respeito. Estaríamos na presença de um teste de proporcionalidade: a perda deveria justificar-se em relação à gravidade da infração cometida, ao tempo decorrido entre a decisão de naturalização e a decisão de revogação e à possibilidade de o interessado readquirir a sua nacionalidade originária¹³⁹. No caso, o órgão jurisdicional deveria apreciar se a revogação da nacionalidade alemã era proporcional à gravidade dos atos fraudulentos cometidos por Rottmann¹⁴⁰. Na verdade, a condição de apátrida de Janko não foi alterada e o caso acabou por se tornar “conhecido” por ter limitado, pela primeira vez, a autonomia dos EM no âmbito das suas leis da nacionalidade¹⁴¹. É, agora, incontestável que os EM não têm a liberdade de conferir e retirar a nacionalidade da forma “que bem lhes apetece”¹⁴².

No entanto, aquilo que mais importa realçar é que o TJ afirmou ser “evidente” que a situação era abrangida, “pela sua própria natureza e pelas suas consequências, pelo direito da União”¹⁴³, não fazendo qualquer referência ao elemento transfronteiriço¹⁴⁴. Como

¹³³ *Ibid.*, §33.

¹³⁴ *Ibid.*, §34.

¹³⁵ *Cfr.* Kochenov, 2010, p.1834.

¹³⁶ *Ac. Micheletti*, de 07.07.1992, proc. C-369/90.

¹³⁷ *Ibid.*, §10. Em *Chen*, por exemplo, o tribunal afirmou que os EM não podiam recusar o reconhecimento de uma nacionalidade conferida por outro EM.

¹³⁸ Kochenov, 2011, p.77.

¹³⁹ *Ac. Rottmann*, cit., §56.

¹⁴⁰ *Ibid.*, §58.

¹⁴¹ *Cfr.* Seling, 2010, p.470.

¹⁴² *Cfr.* Kochenov, 2010, p.1846.

¹⁴³ *Ac. Rottmann*, cit., §42.

¹⁴⁴ *Cfr.* Kochenov, 2011, p.75.

KOCHENOV refere, o mais “intrigante” não está na conclusão final mas “na forma como o Tribunal construiu a sua jurisdição”¹⁴⁵, afastando-se da anterior jurisprudência. O autor afirma também que a recusa do TJ em seguir a sugestão do AG¹⁴⁶ torna o caso “verdadeiramente fascinante”. Entendemos que a posição do TJ, ao desconsiderar as situações transfronteiriças, teve tanto de inovadora como de animadora. Na verdade, a manutenção, por parte do tribunal, da lógica do elemento transfronteiriço teria conduzido a mais casos de discriminação inversa. Surgiriam “dois estatutos diferentes de cidadania da União”: o primeiro diria respeito às situações transfronteiriças e a UE protegeria a cidadania europeia exigindo aos EM que considerassem o DUE aquando da decisão sobre a nacionalidade dos cidadãos que tivessem circulado. O segundo estatuto corresponderia a uma cidadania da União confinada a situações puramente internas e, portanto, na alçada exclusiva dos EM¹⁴⁷.

Rottmann foi “revolucionário”¹⁴⁸. Foi um “juízo marcante que abriu uma nova etapa na jurisprudência da cidadania da União”¹⁴⁹.

4. A Trilogia

4.1. Zambrano

Em *Zambrano*¹⁵⁰, o TJ foi confrontado com uma questão deixada em aberto em *Rottmann*: se a ausência de um elemento transfronteiriço impedia a aplicação do art. 20.º TFUE quando uma medida nacional não privasse um indivíduo da sua qualidade de cidadão europeu¹⁵¹. Em *Rottmann* “estava em jogo” o estatuto da cidadania europeia bem como os direitos que lhe são associados. Por sua vez, em *Zambrano*, nem o estatuto da cidadania da UE nem a nacionalidade dos EM estavam em causa. Neste sentido, o caso em apreço “tudo tinha” para que tivesse um “maior impacto”¹⁵²: seria (unicamente)

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.78.

¹⁴⁶ Poiares Maduro, como referido, tinha identificado o elemento transfronteiriço nas “origens da situação de *Rottmann*” que tinha circulado e obtido a naturalização com base nessa circulação.

¹⁴⁷ *Cfr.* Kochenov, 2011, p.79.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p.80.

¹⁴⁹ Lenaerts, 2011, p.12. *Cfr.* Craig & De Burca, 2011, p.596.

¹⁵⁰ Ac. *Zambrano*, de 08.03.2011, proc. C-34/09.

¹⁵¹ *Cfr.* Lenaerts, 2011, p.13.

¹⁵² Kochenov, 2011, p.80.

decidido sobre a legalidade ou ilegalidade de privar um cidadão europeu “do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União”¹⁵³.

Zambrano e a sua mulher, nacionais colombianos, pediram asilo na Bélgica¹⁵⁴. As autoridades belgas, por sua vez, indeferiram o pedido e ordenaram a sua expulsão¹⁵⁵. O casal colombiano não abandonou o território belga e assistiu, entretanto, ao indeferimento de outros pedidos¹⁵⁶. Em Outubro de 2001, Zambrano celebrou um contrato de trabalho por tempo indeterminado e a tempo inteiro¹⁵⁷ mas foi em Setembro de 2003 que a situação se afigurou diferente: nasceu Diego, o segundo filho do casal Ruiz Zambrano, que adquiriu nacionalidade belga¹⁵⁸. Diego era cidadão da União, nos termos do art. 20.º n.º1 TFUE, e foi com base na cidadania europeia dos filhos menores que o casal colombiano passou a fundamentar o direito de residir e trabalhar em território belga¹⁵⁹ - o caso *Chen* era fundamento para o “direito de permanência derivado”¹⁶⁰. A questão acabou por chegar ao *tribunal du travail de Bruxelles* que suspendeu a instância e “questionou” o TJ. Este, por sua vez, optou por apreciar conjuntamente as questões submetidas, reduzindo-as ao seguinte: pretendia-se saber se as disposições do Tratado sobre cidadania europeia deveriam ser interpretadas no sentido de que conferiam ao ascendente, nacional de um Estado terceiro, que tinha a seu cargo menores de tenra idade, cidadãos europeus, um direito de permanência no EM de que estes eram nacionais e em que residiam¹⁶¹.

Estavam reunidas as condições para que o TJ desenvolvesse o que havia consagrado em *Rottmann*. E assim foi, embora não na amplitude desejada pela AG SHARPSTON¹⁶².

Em *Walloon Government*¹⁶³, tal como analisamos, a AG tinha defendido o abandono da regra das situações puramente internas e o TJ não estivera, no momento, preparado

¹⁵³ Ac. *Zambrano*, cit., §42.

¹⁵⁴ Entraram em território belga munidos de um visto emitido pela Embaixada da Bélgica em Bogotá.

¹⁵⁵ A ordem de expulsão continha uma cláusula de não recondução (cláusula de *non-refoulement*) para a Colômbia, devido à situação de guerra civil em que o país se encontrava.

¹⁵⁶ Ac. *Zambrano*, cit., §16 e §17.

¹⁵⁷ *Ibid.*, §18.

¹⁵⁸ Na falta de uma diligência expressa por parte dos progenitores para o reconhecimento da nacionalidade colombiana, a lei colombiana não reconhecia essa nacionalidade aos filhos nascidos fora do território da Colômbia. Nos termos do art. 10.º, §1, do Código da Nacionalidade belga, na versão em vigor à data dos factos em *Zambrano*: “É belga o filho nascido na Bélgica e que, em qualquer momento antes de atingir 18 anos de idade ou da emancipação anterior a essa idade, seria apátrida se não tivesse essa nacionalidade”.

¹⁵⁹ Ac. *Zambrano*, cit., §21. Jessica nasceu em Agosto de 2005 e, tal como o irmão Diego, adquiriu a nacionalidade belga. Cfr. Carlier, 2013, p.6.

¹⁶⁰ *Ibid.*, §34.

¹⁶¹ *Ibid.*, §36.

¹⁶² Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09.

¹⁶³ Ac. *Walloon Government*, de 01.04.2008, proc. C-212/06.

para seguir a sua posição. Em *Zambrano*, “voltou ao tema”¹⁶⁴ e emitiu uma opinião de “notável clareza e sofisticação”¹⁶⁵. A AG não acreditava que o exercício dos direitos derivados da cidadania da UE estivesse sempre “indissociável e necessariamente dependente de uma deslocação física” e afirmou existirem processos relativos à cidadania (*Garcia Avello, Chen, Rottmann*) em que o elemento de deslocação efetiva era “difícilmente identificável ou francamente inexistente”¹⁶⁶. O “direito essencial”, o “direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros”¹⁶⁷, era o mais difícil de definir: tratava-se de um direito combinado, de um direito sequencial, ou seriam dois direitos autónomos?¹⁶⁸ A AG defendeu que se tratava de um direito de residência autónomo¹⁶⁹ mas não sem primeiramente se questionar sobre o tipo de circulação necessária para que se considerasse que os menores, de tenra idade, tinham estabelecido uma ligação suficiente com o direito comunitário¹⁷⁰. Por possuírem o estatuto de cidadãos da União, o direito de residência era reconhecido a Diego e a Jessica. Sucede que, a recusa em reconhecer ao casal *Zambrano* um direito de residência derivado poderia constituir “uma ingerência” no direito dos menores, uma vez que estes não o conseguiam exercer sem o apoio dos pais¹⁷¹. Os progenitores foram obrigados a deixar a Bélgica e, se o direito de residência derivado não lhes fosse reconhecido, as crianças, muito provavelmente, teriam que os acompanhar aquando da sua partida - os menores ficariam numa “situação suscetível de implicar a perda do estatuto conferido [pela sua cidadania da União] e dos direitos correspondentes”. Neste sentido, AG SHARPSTON transcreveu *Rottmann* e afirmou que a situação das crianças era “abrangida, pela sua própria natureza e pelas suas consequências, pelo direito da União”¹⁷².

¹⁶⁴ *Cfr.* Barnard, 2013, p.238.

¹⁶⁵ Kochenov, 2011, p.82.

¹⁶⁶ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, §77.

¹⁶⁷ Art. 21.º, n.º1 TFUE.

¹⁶⁸ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, §80. Direito combinado como um direito de “circular-e-permanecer”. Direito sequencial como um “direito de circular e, tendo circulado nalgum momento do passado, de permanecer”. Direitos autónomos como um “direito de circular” e um “direito de permanecer”.

¹⁶⁹ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, §101.

¹⁷⁰ *Ibid.*, §86. A AG questiona se seria suficiente, por exemplo, a visita ao Parque Astérix (Paris, França). Questiona se bastaria uma visita ou se seriam necessárias duas ou mais. Questiona se uma viagem de um dia seria bastante ou se teriam que permanecer uma ou duas noites em território francês. SHARPSTON afirmou que o exercício dos direitos dos cidadãos da UE parecia reger-se pela sorte, e não pela lógica.

¹⁷¹ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, §102.

¹⁷² *Ibid.*, §95.

A AG referiu-se a uma segunda questão¹⁷³: podia o art. 18.º TFUE ser invocado para resolver uma situação de discriminação inversa gerada pela interação do DUE com o direito nacional? Analisou três acórdãos (*Carpenter, Chen, Metock*)¹⁷⁴ com o intuito de demonstrar que a “abordagem tradicional” gerava resultados “curiosamente aleatórios”¹⁷⁵. Existiam “desvantagens significativas” na linha jurisprudencial do TJ e tinha chegado o momento de o convidar a “tratar abertamente da questão da discriminação inversa”¹⁷⁶. A insegurança gerada pela jurisprudência não era desejável e era necessário, desde logo, evitar a tentação de “esticar” o art. 21.º TFUE para alargar a proteção àqueles que “por pouco” não preenchiam os requisitos para dela beneficiar¹⁷⁷. A AG sugeriu ao TJ que o art. 18.º TFUE fosse interpretado no sentido de proibir a discriminação inversa “causada pela interação entre o artigo 21.º 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”¹⁷⁸. Para aplicação da solução proposta por SHARPSTON teriam que se preencher cumulativamente os três requisitos: o demandante deveria ser um cidadão europeu estático mas cuja situação fosse comparável à de outros cidadãos europeus no mesmo EM “que pudessem invocar os direitos decorrentes do artigo 21.º TFUE”; a discriminação inversa contestada deveria implicar a violação de um direito fundamental protegido pelo DUE¹⁷⁹; o art.18.º TFUE seria aplicado a título subsidiário, ou seja, quando o direito nacional não proporcionasse uma proteção adequada dos direitos fundamentais. A verificação da proteção pelo menos equivalente à prevista no DUE, assim como a aplicação dos outros dois critérios, seria da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais¹⁸⁰.

¹⁷³ Esta questão tornar-se-ia “redundante”, como a própria AG adjetiva, se o TJUE aceitasse o raciocínio proposto (e acima exposto) quanto à primeira questão. Se o TJ não aceitasse esse raciocínio (a não exigência de um elemento transfronteiriço), seria necessário considerar se o art. 18.º TFUE podia ser invocado na resolução da discriminação inversa.

¹⁷⁴ Ac. *Carpenter*, de 11.07.2002, proc. C-60/00. Ac. *Chen*, de 19.10.2004, proc. C-200/02. Ac. *Metock*, de 25.07.2008, proc. C-127/08.

¹⁷⁵ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, §135.

¹⁷⁶ *Ibid.*, §139.

¹⁷⁷ *Ibid.*, §143.

¹⁷⁸ *Ibid.*, §144.

¹⁷⁹ A AG concluiu que nem todos os casos “menores” de discriminação inversa seriam abrangidos pelo âmbito de aplicação do art. 18.º TFUE. Deste modo, quando a discriminação inversa tivesse como resultado a violação de um direito protegido pelo Tribunal de Estrasburgo, seria, de igual forma, considerada uma violação de um direito protegido pelo TJ. SHARPSTON argumentou que, deste modo, o TJ estaria a antecipar as exigências que adviriam da “planeada” adesão da UE à CEDH.

¹⁸⁰ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, §145 a §149.

O TJ, por sua vez, não mencionou o art. 18.º TFUE, “presumivelmente para evitar a abertura de uma caixa de pandora”¹⁸¹, optando por uma abordagem diferente, sustentada no art. 20.º TFUE¹⁸². A decisão do TJ foi “distintamente mais modesta”¹⁸³, o que não quer dizer que não tenha representado um “passo em frente”¹⁸⁴.

O tribunal chegou à conclusão que “o artigo 20.º TFUE obsta a medidas nacionais que tenham o efeito de privar os cidadãos do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União”¹⁸⁵ e entendeu que a recusa de permanência a um cidadão, nacional de um Estado terceiro, no EM em que residem os seus filhos (menores, de tenra idade, e a seu cargo), nacionais desse EM, bem como a recusa em lhe atribuir uma autorização de trabalho, tinham esse efeito. O TJ entendeu que essa recusa de permanência teria a consequência de os menores, cidadãos europeus, se virem forçados a abandonar o território da UE, de modo a acompanharem os pais. Entendeu, de igual modo, que a recusa na atribuição de uma autorização de trabalho representaria o risco do progenitor não dispor dos recursos necessários para o seu próprio sustento e para o da sua família, o que se traduziria na mesma consequência: o abandono do território europeu por parte dos cidadãos da União¹⁸⁶.

Em suma, cumpre destacar que o TJ interpretou, pela primeira vez, o art. 20.º TFUE como “uma fonte autónoma de direitos para os cidadãos europeus”¹⁸⁷ (mesmo na ausência do elemento transfronteiriço) e, conseqüentemente, o âmbito de aplicação do DUE foi alargado por esta “nova linha” jurisprudencial¹⁸⁸.

No entanto, o TJ recuou significativamente¹⁸⁹ e rapidamente surgiu a ideia de que “os direitos de *Zambrano*” eram aplicáveis em “circunstâncias excepcionais”¹⁹⁰.

¹⁸¹ Wiesbrock, 2011, p.2090. A aplicação do art. 18.º representaria “ir muito mais longe” uma vez que o art. 18.º TFUE não se limita (apenas) aos direitos de circulação e de residência. Para além disso, seria discutível que a proibição da discriminação inversa pelo art. 18.º TFUE fosse desejável à luz da divisão de competências entre a UE e os EM.

¹⁸² Barnard, 2013, p.239.

¹⁸³ Shuibhne, 2012, p.351.

¹⁸⁴ *Cfr.* Carlier, 2013, p.6.

¹⁸⁵ *Ac. Zambrano*, cit., §42.

¹⁸⁶ *Ibid.*, §43 a §45.

¹⁸⁷ Van Eijken & de Vries, 2011, p.706.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p.713.

¹⁸⁹ *Cfr.* Craig & De Burca, 2015, p.868.

¹⁹⁰ Shuibhne, 2015, p.901.

4.2. McCarthy

Em *McCarthy*, o TJ teve, pela primeira vez, a oportunidade de aplicar a nova abordagem jurisprudencial introduzida em *Rottmann e Zambrano*. O TJ podia, e devia, clarificar algumas questões deixadas em aberto em *Zambrano*, nomeadamente a interação entre os arts. 20.º e 21.º TFUE e a interpretação da expressão “medidas nacionais que tenham o efeito de privar”, ajudando a descobrir qual o âmbito do estatuto da cidadania europeia¹⁹¹. Sucede que, o TJ afirmou “explicitamente”¹⁹² que a regra das situações puramente internas não tinha sido revogada em *Zambrano*.

McCarthy¹⁹³, nacional do Reino Unido¹⁹⁴, casou com G. McCarthy, cidadão jamaicano que não era titular de um direito de residência no Reino Unido. Após o casamento, S. McCarthy solicitou, pela primeira vez, o passaporte irlandês com o intuito de requerer o visto de residência para o marido, nos termos do direito comunitário, na qualidade de cônjuge de uma cidadã migrante¹⁹⁵.

O âmbito das questões articuladas pelo órgão jurisdicional de reenvio¹⁹⁶ foi alargado pelo TJ¹⁹⁷ que entendeu pretender-se saber se o art. 3.º n.º1 da Diretiva 2004/38 ou o art. 21.º TFUE eram aplicáveis “à situação de um cidadão da União que nunca fez uso do seu direito de livre circulação, que sempre residiu num Estado-Membro do qual possui a nacionalidade e que, além disso, possui a nacionalidade de outro Estado-Membro”¹⁹⁸. O TJ concluiu que, por nunca ter feito uso do direito de livre circulação e por ter sempre residido no EM de que é nacional, McCarthy não estava abrangida pelo conceito de

¹⁹¹ Cfr. Lenaerts, 2011, p.15. Cfr. Kochenov, 2011, p.86.

¹⁹² Barnard, 2013, p.239.

¹⁹³ Ac. *McCarthy*, de 05.05.2011, proc. C-434/09.

¹⁹⁴ S. McCarthy possuía, igualmente, a nacionalidade irlandesa. Nas palavras de KOCHENOV, tratava-se de uma “nacionalidade dormente” uma vez que tinha nascido e sempre residido no Reino Unido. Recebia prestações sociais e nunca alegou ser trabalhadora (assalariada ou não assalariada) ou pessoa capaz de prover às suas necessidades. O TJ não menciona a existência de 3 crianças na família, uma delas com deficiência. Deste modo, o tribunal não estabelece qualquer conexão entre os benefícios sociais e a incapacidade de um dos filhos, que necessitava de cuidados constantes. Cfr. Kochenov, 2011, p.87. Cfr. Kochenov, 2013, p.511.

¹⁹⁵ Ac. *McCarthy*, cit., §17. Pretendiam um direito de residência ao abrigo da Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29.04.2004.

¹⁹⁶ A questão acabou por chegar ao *Supreme Court of the United Kingdom* que suspendeu a instância e submeteu ao TJ duas questões prejudiciais, ambas relacionadas com a Diretiva 2004/38.

¹⁹⁷ O TJ pode fornecer todos os elementos de interpretação do DUE que possam ser úteis para a decisão do processo, quer o órgão jurisdicional de reenvio lhes tenha ou não feito referência no enunciado das suas questões. Cfr. Ac. *AUER*, de 08.11.2007, proc. C-251/06, §38.

¹⁹⁸ Ac. *McCarthy*, cit., §26.

“titular” na aceção do art. 3.º n.º1 da Diretiva, pelo que esta não lhe seria aplicável¹⁹⁹. O facto de possuir a nacionalidade de outro EM que não aquele onde residia, em nada alterava a situação de inaplicabilidade da Diretiva uma vez que possuir a nacionalidade de mais do que um EM não era sinónimo de ter feito uso do direito de livre circulação²⁰⁰. Aquando da análise da eventual aplicabilidade do art. 21.º TFUE, o TJ referiu *Zambrano*, recordando que o art. 20.º TFUE se opunha a medidas nacionais que tivessem por efeito privar os cidadãos do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto da cidadania europeia²⁰¹ mas rematou que, no caso, a medida nacional não tinha esse efeito nem o de dificultar o exercício dos direitos do art. 21.º TFUE. Contrariamente ao que sucedia em *Zambrano*, a medida nacional em *McCarthy* não tinha como consequência o abandono do território da União, por parte de um cidadão europeu²⁰². O TJ concluiu, deste modo, que a situação de McCarthy não apresentava “nenhuma conexão com uma das situações contempladas pelo direito da União”, no caso, todos os “elementos pertinentes” estariam circunscritos ao interior de um único EM²⁰³. Em suma, o art. 21.º TFUE não seria aplicável a um cidadão europeu “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 as circunstâncias não comportem a aplicação de medidas de um Estado-Membro que “tenham por efeito privá-lo do gozo efetivo do essencial dos direitos 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”²⁰⁴. Deste modo, o TJ “lavou as suas mãos” em relação à questão²⁰⁵.

A conclusão alcançada pelo TJ é merecedora de críticas. Concordamos com KOCHENOV²⁰⁶, que realça, desde logo, que o tribunal, ao considerar que o direito primário da UE não era aplicável em *McCarthy*, não conseguiu, de “forma convincente”, distinguir a situação em apreço da situação em *Zambrano*. Como analisamos, o TJ argumentou que, contrariamente ao que sucedia em *Zambrano*, a medida nacional não

¹⁹⁹ *Ibid.*, §39. O seu cônjuge também não estava abrangido pelo conceito uma vez que os direitos conferidos pela Diretiva aos membros da família de um titular não são direitos próprios dos referidos membros. Tratam-se de direitos derivados, adquiridos na qualidade de membros da família do titular.

²⁰⁰ *Ac. McCarthy*, cit., §40 e §41.

²⁰¹ *Ibid.*, §47. O TJ reconheceu, deste modo, o critério do gozo efetivo.

²⁰² *Ibid.*, §49 e §50.

²⁰³ *Ibid.*, §55.

²⁰⁴ *Ibid.*, §56.

²⁰⁵ Kochenov & Plender, 2012, p.389.

²⁰⁶ Kochenov, 2011, p.88.

tinha como efeito o abandono do território da UE por parte de Shirley²⁰⁷. O TJ alegara que, ao abrigo do DI, os EM não podiam expulsar um nacional ou recusar-lhe residência²⁰⁸. Nesse sentido, o autor, oportunamente, lançou a questão: porque é que era necessária a cidadania da União, em *Zambrano*, para garantir que os menores, Diego e Jessica, não “acabavam” expulsos da Bélgica e da UE²⁰⁹? De forma desapontante²¹⁰, o TJ não refere nenhuma situação, à exceção da expulsão do território, suscetível de configurar “a privação dos cidadãos da UE do conteúdo dos seus direitos”.

Positivamente, KOCHENOV²¹¹ destaca a importância da noção de “território da União Europeia”: o TJ confirmou que o direito de um cidadão da União a residir no território da UE inclui o direito de residir no seu próprio EM. No entanto, o direito dos cidadãos europeus à vida/reunião familiar parece ser “afastado” pelo TJ, que não tratou “o direito a ser acompanhado pelos seus entes queridos” como um direito fundamental da cidadania da União. Em *McCarthy*, o TJ parece interpretar o direito a não ser obrigado a abandonar o território da UE como o único direito fundamental da cidadania europeia, desconsiderando, por completo, o contexto social da cidadania da União e a CDFUE como direito primário da UE.

LENAERTS²¹², por sua vez, entendeu *McCarthy* como um “desenvolvimento positivo”: o TJ corria o risco de ceder excessivamente na exigência de um elemento de conexão ao DUE. O TJ esclareceu não ter abandonado a regra das situações puramente internas, apenas teria modificado a regra, restringindo o âmbito de aplicação de *Zambrano*²¹³. Nesse sentido, alguma doutrina chegou mesmo a afirmar que, à luz de *McCarthy*, a jurisprudência *Zambrano* apenas se aplicaria quando crianças, cidadãs da UE, ficassem privadas de residir em território europeu – o TJ tinha optado por não estender a proteção aos nacionais de Estados terceiros cônjuges de cidadãos da União²¹⁴.

Concordamos com WIESBROCK que considera que *McCarthy* deixou os cidadãos europeus numa “situação insatisfatória” onde é difícil reconhecerem os seus “direitos

²⁰⁷ Cfr. Ac. *McCarthy*, cit., §50.

²⁰⁸ Por possuir a nacionalidade do Reino Unido, Shirley gozava, por força de um princípio de direito internacional (art. 3.º do Protocolo n.º 4 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), de um direito de residência incondicional no Reino Unido.

²⁰⁹ Kochenov, 2011, p.90.

²¹⁰ Aquando da referência ao “critério do gozo efetivo” em *Zambrano*, o TJ não se estaria a referir exclusivamente ao direito a não ser expulso do território da UE. Em *McCarthy*, era expectável uma clarificação do que representaria, afinal, esse critério, mas o mesmo não sucedeu.

²¹¹ Kochenov, 2011, p.90.

²¹² Lenaerts, 2011, p.18.

²¹³ Cfr. Wiesbrock, 2011, p.2086.

²¹⁴ Cfr. Van Eijken & de Vries, 2011, p.720.

essenciais” enquanto cidadãos da União²¹⁵. *McCarthy* respondeu a algumas questões, mas levantou muitas outras²¹⁶. A questão chave permanece: qual a substância da cidadania da União e o que significa ser privado do seu gozo²¹⁷?

4.2.1. A opinião da AG Kokott por contraposição à opinião da AG Sharpston

As opiniões emitidas pela AG SHARPSTON²¹⁸ em *Zambrano* e pela AG KOKOTT²¹⁹ em *McCarthy* são notavelmente diferentes. Ao contrário do que defendeu SHARPSTON, numa posição já aqui explanada, KOKOTT reafirmou que a cidadania da UE só se aplicava num contexto transfronteiriço²²⁰. Afirmou não ser da opinião de que os cidadãos europeus pudessem invocar “um direito de permanência nos termos do artigo 21.º, n.º1, TFUE perante o Estado-Membro da sua nacionalidade na ausência – como no caso de S. McCarthy – de todo e qualquer elemento transfronteiriço”²²¹. O facto de, no caso, Shirley possuir a nacionalidade de dois EM da UE poderia ter alterado a sua conclusão²²² mas KOKOTT acabou por rematar que o objetivo do direito de residência era facilitar a livre circulação dos cidadãos da UE no território dos EM e que, desse ponto de vista do direito de residência, McCarthy estava exatamente na mesma situação de todos os cidadãos britânicos que nunca tinham saído do país de origem²²³. A AG identificou o problema da discriminação inversa²²⁴, no entanto, apoiou-se na “jurisprudência assente” para reiterar que “a eventual diferença de tratamento de cidadãos da União (...) não é abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União”²²⁵. KOKOTT acrescentou que não seria de excluir que o TJUE reconsiderasse, em determinada altura, a sua própria jurisprudência e deduzisse da cidadania europeia uma proibição da “discriminação dos nacionais”, no entanto, *McCarthy* não fornecia o contexto adequado para “dar esse passo”²²⁶. A AG

²¹⁵ Wiesbrock, 2011, p.861.

²¹⁶ *Ibid.*, p.872.

²¹⁷ *Ibid.*, p.868.

²¹⁸ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09.

²¹⁹ Conclusões AG Kokott de 25.11.2010, apresentadas no proc. C-434/09.

²²⁰ *Cfr.* Van Elsuwege & Kochenov, 2011, p.448.

²²¹ Conclusões AG Kokott de 25.11.2010, apresentadas no proc. C-434/09, §31. *Cfr.* Wiesbrock, 2011, p.864.

²²² *Cfr.* Shuibhne, 2012, p.355.

²²³ *Ibid.*, §37. A AG referiu que a mera circunstância de Shirley possuir nacionalidade irlandesa, além da britânica, não obrigava a que as disposições da UE relativas ao direito de entrada e residência lhe fossem aplicadas (bem como aos membros da sua família).

²²⁴ A AG refere-se à discriminação inversa como “discriminação dos nacionais”.

²²⁵ Conclusões AG Kokott de 25.11.2010, apresentadas no proc. C-434/09, §40.

²²⁶ *Ibid.*, §42 e §43. *Cfr.* Carlier, 2013, p.7.

finalizou as suas observações com uma pequena referência à CEDH²²⁷. Na verdade, o Reino Unido poderia, por essa via, ser forçado a atribuir um direito de residência a G. McCarthy. Ainda assim, na opinião da AG, não se trataria de uma questão de DUE²²⁸. A esse propósito, WIESBROCK²²⁹ questionou a existência de uma separação clara entre o DUE e os direitos humanos.

Em suma, podemos concluir que as decisões do TJ em *Zambrano* e em *McCarthy*, tal como analisamos, refletem, de certo modo, as perspectivas divergentes das Advogadas-Gerais²³⁰.

4.3. Dereci

Tal como referimos, *McCarthy* deixou os cidadãos europeus numa “situação insatisfatória”²³¹. Apesar da alteração da regra das situações puramente internas, parecia, na opinião de WIESBROCK, que o TJ decidia consoante “detalhes específicos”²³², criando uma situação de grande incerteza²³³. Na opinião da autora, a abordagem casuística estava até em contradição com a tarefa do TJ²³⁴.

A jurisprudência seguinte assumiria enorme importância na clarificação da abordagem do TJ e destacamos, proferido no mesmo ano, o acórdão *Dereci*²³⁵. Como MENGOZZI adiantou nas suas conclusões: era necessário perceber melhor o alcance de *Zambrano*²³⁶.

O processo principal opunha Murat Dereci, V. Heiml, A. Kokollari, I. E. Maduiké, e D. Stevic ao *Bundesministerium für Inneres* (Ministério do Interior). Os recorrentes eram nacionais de Estados terceiros que pretendiam viver com os membros das suas famílias, residentes na Áustria e nacionais austríacos (por consequência, cidadãos europeus). O TJUE destacou, desde logo, que os cidadãos da União nunca tinham exercido o respetivo direito de livre circulação e não dependiam dos recorrentes nos processos principais para

²²⁷ Art. 8.º n.º 1 CEDH: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. De notar que a letra do art. 7.º CDFUE é muito similar.

²²⁸ *Ibid.*, §60. Seria uma questão relativa ao vínculo do Reino Unido à CEDH. A apreciação da questão competiria aos órgãos jurisdicionais nacionais e, eventualmente, ao TEDH.

²²⁹ *Cfr.* Wiesbrock, 2011, p.869.

²³⁰ *Cfr.* Van Elsuwege & Kochenov, 2011, p.450.

²³¹ Wiesbrock, 2011, p.861.

²³² *Ibid.*, p.873.

²³³ Como referimos, era muito complicado para os cidadãos da União reconhecerem quais os seus “direitos essenciais” enquanto possuidores desse estatuto fundamental.

²³⁴ Nos processos prejudiciais, o TJ deveria fornecer uma interpretação geral do DUE, com um objetivo de harmonização.

²³⁵ Ac. *Dereci*, de 15.11.2011, proc. C-256/11.

²³⁶ Conclusões AG Mengozzi de 29.09.2011, apresentadas no proc. C-256/11, §17.

a sua subsistência²³⁷. Dereci, por sua vez, era um nacional turco que tinha entrado ilegalmente na Áustria e tinha casado com uma nacional austríaca. Tinham 3 filhos (que à data dos factos eram menores), austríacos de nacionalidade. Dereci viu o seu pedido de residência na Áustria ser indeferido e, para além disso, recebeu uma ordem de expulsão do território austríaco. O Ministério do Interior recusava a aplicação de um regime análogo ao da Diretiva 2004/38 porque os cidadãos da União em causa nunca tinham exercido o direito de livre circulação. Esta “autoridade”, recusava também a concessão de um direito de residência ao abrigo do art. 8.º CEDH²³⁸. Importava responder à questão: a recusa em conceder um direito de residência aos recorrentes é suscetível de privar os cidadãos da União do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União?²³⁹ A situação distinguia-se, desde logo, da situação em *Zambrano*: os cidadãos da União não corriam o risco de “se ver privados de meios de subsistência”²⁴⁰.

Como refere CARLIER²⁴¹, o TJ sintetizou as situações que lhe haviam sido expostas e extraiu 3 hipóteses: tendo existido ou existindo uso do direito de livre circulação pelos cidadãos europeus, Murat poderia beneficiar da proteção do DUE. Não existindo esse exercício da liberdade de circulação, poderia existir um outro fator de conexão com o DUE²⁴². Na ausência de movimento e de “fator de conexão”, as medidas nacionais poderiam ter por efeito a privação do essencial dos direitos conferidos pela cidadania da UE²⁴³. *Dereci* enquadrar-se-ia, eventualmente, nesta terceira hipótese.

O TJ referiu-se, primeiramente, à inaplicabilidade das Diretivas²⁴⁴ e posteriormente analisou a aplicabilidade das disposições do Tratado relativas à cidadania da União²⁴⁵. O TJ lembrou, novamente, *Zambrano* e concluiu que o critério que permitia aferir da privação do essencial dos direitos conferidos pela cidadania europeia seria a “circunstância de o cidadão da União ser obrigado, na prática, a abandonar não apenas o

²³⁷ Ac. *Dereci*, cit., §22.

²³⁸ *Ibid.*, §29.

²³⁹ A questão nuclear seria interpretar o critério do gozo efetivo de *Zambrano*. Cfr. Adam & Van Elsuwege, 2012, p.178. Cfr. Shuibhne, 2012, p.359.

²⁴⁰ Ac. *Dereci*, cit., §32.

²⁴¹ Cfr. Carlier, 2013, p.7.

²⁴² Carlier refere que poderia ser o caso dos cidadãos estáticos que tivessem nacionalidade de outro EM (como sucedeu em *Garcia Avello*, embora o seu âmbito de aplicação parece ser limitado por *McCarthy* onde o TJUE considerou a dupla nacionalidade um fator de ligação insuficiente) ou a prestação de serviços à distância para outro EM (como sucede em *Carpenter*).

²⁴³ Cfr. Carlier, 2013, p.8.

²⁴⁴ “As Diretivas 2003/86 e 2004/38 não são aplicáveis a nacionais de Estados terceiros que requerem um direito de residência para se juntarem a cidadãos da União membros da sua família que nunca exerceram o seu direito de livre circulação e que sempre residiram no Estado-Membro de que são nacionais”.

²⁴⁵ Adam & Van Elsuwege, 2012, p.179.

território do Estado-Membro de que é nacional mas também a totalidade do território da União”²⁴⁶. O TJ concluiu que não bastava “o simples facto de a um nacional de um Estado-membro poder parecer desejável (...) que membros da sua família que não têm a nacionalidade de um Estado-Membro possam residir com ele no território da União” para que se considerasse que esse cidadão era obrigado a abandonar o território da União se tal direito não fosse concedido²⁴⁷.

Por último, o Tribunal referiu-se à CDFUE²⁴⁸ depreendendo que se o órgão jurisdicional de reenvio considerasse a situação abrangida pelo DUE deveria analisar se a recusa de concessão de um direito de residência aos recorrentes ofendia o direito ao respeito pela vida privada e familiar previsto no art. 7.º da Carta. Se considerasse que a situação estava fora do âmbito de aplicação do DUE, o órgão jurisdicional nacional deveria realizar a sua ponderação à luz do art. 8.º n.º 1 CEDH²⁴⁹. Em síntese, verificar se a referida recusa comportava, para o cidadão europeu, “a privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União” estaria no domínio do órgão jurisdicional de reenvio.

MENGOZZI tinha já criticado esta posição do TJ. Segundo o AG, tratava-se de uma “aplicação pura e simples”²⁵⁰ dos critérios adotados em *Zambrano* e *McCarthy* e, assim sendo, “o essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da União” não incluía o direito ao respeito da vida familiar consagrado no art. 7.º CDFUE e no art. 8.º, n.º 1 CEDH. O direito ao respeito da vida familiar era, por si só, insuficiente para trazer para o âmbito de aplicação do DUE “a situação de um cidadão que não exerceu o seu direito de livre circulação”²⁵¹. O AG sustentou que a referida “aplicação pura e simples” acarretava certos paradoxos²⁵²: se a esposa de Murat estivesse impossibilitada de trabalhar e não sustentasse os menores, a recusa de um título de residência a M. Dereci e a sua expulsão do território austríaco obrigariam toda a família a abandonar o território

²⁴⁶ Ac. *Dereci*, cit., §66.

²⁴⁷ *Ibid.*, §68.

²⁴⁸ O TJ recordou o art. 51.º n.º 1: “As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União...”. Também o art. 52.º n.º 2 CDFUE refere: “A presente Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados”.

²⁴⁹ Ac. *Dereci*, cit., §72. O Tribunal recordou que todos os EM eram partes na CEDH que consagra, como referimos, no art. 8.º, o direito ao respeito da vida privada e familiar. *Cfr.* Adam & Van Elsuwege, 2012, p.179. *Cfr.* Carlier, 2013, p.8.

²⁵⁰ Conclusões AG Mengozzi de 29.09.2011, apresentadas no proc. C-256/11, §37.

²⁵¹ *Ibid.*, §38.

²⁵² *Ibid.*, §43.

da UE, existindo, deste modo, privação do gozo efetivo²⁵³. Concordamos com CARLIER: a situação exprime outro tipo de discriminação inversa – invertida de acordo com a riqueza da pessoa²⁵⁴.

A interpretação do AG acerca da dependência foi “generosa”²⁵⁵. O cidadão europeu poderia estar exposto “ao risco de (...) ser obrigado a abandonar o território da União”²⁵⁶ por questões de dependência económica, jurídica, administrativa e afetiva.

No entanto, o TJ tomou uma posição muito limitada. Seria a dependência económica o fator preponderante para que toda a família Dereci acompanhasse o pai, Murat Dereci, na saída do território da UE? Acreditamos que a “manutenção financeira” pode ser viabilizada a partir do exterior, o mesmo não sucede com o “contacto pessoal”/o acompanhamento do dia-a-dia das crianças²⁵⁷. Em *Dereci* o TJ considerou que não se deveria atender ao “encargo afetivo”²⁵⁸ e que a dependência dos cidadãos estáticos do cidadão nacional de um Estado terceiro deveria ser “restritivamente interpretada”²⁵⁹. Neste aspeto, concordamos com o AG: não faz sentido que para conseguir uma vida familiar no território da UE, os cidadãos europeus em causa estejam “obrigados a exercer uma das liberdades de circulação previstas pelo TFUE”²⁶⁰.

Dereci e *McCarthy* indicaram que “as mudanças revolucionárias” de *Rottmann* e *Zambrano* eram mais limitadas “do que alguns poderiam ter pensado inicialmente”²⁶¹. No passado o TJ estava claramente do lado dos cidadãos (em *Carpenter* ou *Chen*, por exemplo) mas *McCarthy* e *Dereci* “apontam na direção oposta, enviando um sinal profundamente perturbador”²⁶².

Ainda assim, ao contrário do que sucedera em *Zambrano*, em *Dereci* o TJ debruçou-se, tal como vimos, sobre a temática dos direitos humanos. Nesse sentido, BARNARD

²⁵³ *Ibid.*, §47.

²⁵⁴ Carlier, 2013, p.8. Discriminação inversa de acordo com a riqueza de cada pessoa porque enquanto o cidadão migrante deve, em princípio, dispor de meios de subsistência suficientes para permanecer no território de outro EM, o cidadão estático/sedentário, a fim de conseguir agrupar-se com os seus familiares, nacionais de Estados terceiros, não deve possuir recursos. Para beneficiarem do direito ao reagrupamento familiar, o DUE incentiva os cidadãos europeus a circular – possibilitando o contorno dos requisitos (frequentemente) mais restritivos da legislação nacional. Sucede que, esta situação em que circular se torna “uma obrigação” gera, inevitavelmente, situações de abuso. *Cfr.* Adam & Van Elsuwege, 2012, p.182 e 183.

²⁵⁵ Shuibhne, 2012, p.361.

²⁵⁶ Conclusões AG Mengozzi de 29.09.2011, apresentadas no proc. C-256/11, §48.

²⁵⁷ *Cfr.* Van der Mei, Van den Boogaert & De Groot, 2011, p.195.

²⁵⁸ *Cfr.* Adam & Van Elsuwege, 2012, p.182.

²⁵⁹ *Ibid.*, p.181.

²⁶⁰ Conclusões AG Mengozzi de 29.09.2011, apresentadas no proc. C-256/11, §44.

²⁶¹ Adam & Van Elsuwege, 2012, p.189.

²⁶² Kochenov & Plender, 2012, p.394.

aludiu à importância dos direitos fundamentais como elemento central no processo de integração económica, jurídica e social, destinado a proporcionar paz e prosperidade a todos os seus cidadãos da União²⁶³.

5. O pós-trilogia

No caso *Ymeraga*²⁶⁴, Kreshnik pretendia que os seus pais e os seus dois irmãos, todos originários do Kosovo, residissem consigo no Luxemburgo. Deste modo, o órgão jurisdicional de reenvio tencionou apurar se o art. 20.º TFUE se opunha a que esse EM recusasse aos familiares de Kreshnik Ymeraga a residência no seu território, sendo Kreshnik um cidadão europeu residente nesse EM, do qual possuía nacionalidade, nunca tendo exercido o seu direito de livre circulação²⁶⁵. Analisando a questão do ponto de vista do art. 20.º TFUE²⁶⁶, o TJ recordou *Dereci* para afirmar que não bastava o facto de parecer desejável a Kreshnik que os seus familiares pudessem consigo residir no território da UE para se considerar que, se tal direito não fosse concedido, este seria obrigado a abandonar o território da União²⁶⁷. O TJ socorreu-se, novamente, do art. 51.º CDFUE para concluir que a conformidade da decisão com os direitos fundamentais não poderia ser analisada à luz da Carta, o que não prejudicaria um eventual exame à luz da CEDH²⁶⁸.

*O, S e L*²⁶⁹ havia retratado dois casos idênticos: S., nacional do Gana, casou com um finlandês de quem teve um filho, também ele finlandês. Aquando da separação, S. ficou com a guarda exclusiva da criança. S. casou, de novo, com O., nacional da Costa do Marfim, com quem teve outra criança, nacional ganesa. A O. foi recusada a autorização de residência na Finlândia. Similarmente, L., nacional da Argélia, casou com um finlandês de quem teve um filho nacional finlandês e argelino. Após o divórcio, L. ficou com a guarda exclusiva da criança. L. casou, novamente, com M., nacional argelino, com quem teve outro filho, também argelino. M. acabaria por ser repatriado para a Argélia.

²⁶³ Cfr. Barnard, 2013, p.240.

²⁶⁴ Ac. *Ymeraga*, de 08.05.2013, proc. C-87/12.

²⁶⁵ *Ibid.*, §23.

²⁶⁶ *Ibid.*, §33. O TJUE excluiu, desde logo, a aplicabilidade das Diretivas 2003/86 e 2004/38.

²⁶⁷ *Ibid.*, §38. A vontade de Kreshnik em reagrupar-se familiarmente seria o único elemento que justificaria a atribuição do direito de residência aos seus familiares. O TJ julgou ser insuficiente para considerar que a recusa de tal direito de residência poderia ter por efeito privar o cidadão europeu do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União.

²⁶⁸ *Ibid.*, §43 e §44.

²⁶⁹ Ac. *O, S e L*, de 06.12.2012, procs. C-356/11 e C-357/11.

Em suma, tendo sido recusada a concessão de autorizações de residência a O. e a M., seria “possível que os seus cônjuges e os filhos confiados à guarda destes”, incluindo os cidadãos europeus, fossem forçados a deixar o território da UE?²⁷⁰ O TJ alegou ser competência do órgão jurisdicional de reenvio determinar se o indeferimento dos pedidos de residência implicava, para os cidadãos europeus em causa, a privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto²⁷¹. Relembrou, de novo, *Dereci*: não bastava que o reagrupamento familiar fosse “desejável”²⁷². O TJ defendeu, sem prejuízo da análise a cargo do órgão jurisdicional de reenvio, não existir “dependência”²⁷³ nos casos em apreço²⁷⁴.

Destacamos também *Iida*²⁷⁵, *Alokpa*²⁷⁶, *O e B, S e G*²⁷⁷, que não respeitam a situações puramente internas²⁷⁸. Em *Iida*, o TJ considerou que pelo facto de Mia, alemã, viver na Áustria, a recusa de um direito de residência (na Alemanha) a Iida, seu pai, não a privaria do gozo efetivo do essencial dos seus direitos enquanto cidadã da União²⁷⁹. A Diretiva 2004/38²⁸⁰ era inaplicável ao caso e não existindo um outro elemento de conexão ao DUE, “um nacional de um país terceiro não pode invocar um direito de residência derivado de um cidadão da União”²⁸¹. Quanto aos processos apensos *O e B, S e G*, pretendemos salientar a opinião de SHARPSTON²⁸². A AG confessou que *Dereci*²⁸³, ao reconhecer “três fundamentos separados ao abrigo do direito da União”²⁸⁴ lhe causou “perplexidade”. Nesse sentido, defendeu que aquando da aplicação do DUE, a interpretação a dar às

²⁷⁰ *Ibid.*, §32.

²⁷¹ *Ibid.*, §49.

²⁷² *Ibid.*, §52.

²⁷³ Relação de dependência entre o cidadão da União de tenra idade e o nacional de um país terceiro a quem o direito de residência é recusado. O AG YVES BOT refere-se, nas suas considerações, a situações em que o cidadão da União não tem outra opção senão acompanhar a pessoa a quem o direito de residência foi recusado. O cidadão europeu encontra-se a cargo dessa pessoa, dependendo inteiramente dela para assegurar a sua subsistência e prover às suas necessidades.

²⁷⁴ Ac. *O, S e L*, cit., §57 e §58.

²⁷⁵ Ac. *Iida*, de 08.11.2012, proc. C-40/11.

²⁷⁶ Ac. *Alokpa*, de 10.10.2013, proc. C-86/12.

²⁷⁷ Ac. *O e B, S e G*, de 12.03.2014, procs. C-456/12 e C-457/12.

²⁷⁸ *Cfr.* Craig & De Burca, 2015, p.870.

²⁷⁹ *Cfr.* Conclusões AG Trstenjak de 15.05.2012, apresentadas no proc. C-40/11, §65.

²⁸⁰ O TJ verificou a ausência de um pedido ao abrigo da Diretiva 2003/109/CE do Conselho, de 25.11.2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração.

²⁸¹ Ac. *Iida*, cit., §82.

²⁸² Conclusões AG Sharpston de 12.12.2013, procs. C-456/12 e C-457/12.

²⁸³ Mais concretamente, a passagem em que o TJ anunciou que quando o direito de residência não podia ser atribuído por via dos arts. 20.º e 21.º TFUE, o órgão jurisdicional nacional podia, ainda, concedê-lo com base no art. 7.º da Carta ou no art. 8.º n.º 1 CEDH.

²⁸⁴ O direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 7.º CDFUE), 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). Nas situações não abrangidas pelo DUE, o art. 8.º CEDH poderia, ainda, fundamentar a concessão do direito de permanência.

disposições deveria ser compatível “com quaisquer direitos pertinentes da Carta”. Por conseguinte, também os direitos conferidos pelos arts 20.º e 21.º TFUE deveriam ser interpretados em conformidade com a CDFUE²⁸⁵.

Por último, no caso *Dano*²⁸⁶, Elisabeta e o filho, Florin, ambos romenos, residiam em Leipzig (Alemanha), cidade que concedera a E. um direito de residência de duração ilimitada. E. recebia “prestações por filho a cargo”, nunca tinha exercido nenhuma profissão e não existiam indícios de ter procurado emprego. Os pedidos de atribuição de “prestações do seguro de base” foram sucessivamente indeferidos e o TJ chegou à conclusão que, no acesso a prestações sociais, os cidadãos da União só podem reclamar “uma igualdade de tratamento com os nacionais do Estado-Membro de acolhimento se a sua residência no território do Estado-Membro de acolhimento respeitar as condições da Diretiva 2004/38”²⁸⁷. O TJ acrescentou que se “os não beneficiários” pudessem reclamar um direito a prestações sociais nas mesmas condições dos cidadãos nacionais, estaríamos a contrariar o objetivo da Diretiva: “evitar que os cidadãos da União nacionais de outros Estados-Membros se tornem uma sobrecarga não razoável para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento”²⁸⁸. O TJ “reverteu”²⁸⁹ o que havia afirmado em casos anteriores²⁹⁰: a Diretiva tinha como objetivo facilitar o exercício do direito de circular e residir no território dos EM.

6. Jurisprudência recente

Em *Rendón Marín*²⁹¹ e *CS*²⁹², a expulsão de um progenitor, nacional de um Estado terceiro, pelos antecedentes penais, poderia privar os filhos menores do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pela cidadania da União, forçando-os a abandonar o território da UE. Rendón, nacional colombiano, tinha a custódia dos filhos menores: um menino, nacional espanhol, e uma menina, nacional polaca, ambos sempre residentes em

²⁸⁵ Conclusões AG Sharpston de 12.12.2013, procs. C-456/12 e C-457/12, §62.

²⁸⁶ Ac. *Dano*, de 11.11.2014, proc. C-333/13.

²⁸⁷ Ac. *Dano*, cit., §69. Seria necessário examinar se a residência dos cidadãos respeitava as condições do art. 7.º n.º1, al. b) da Diretiva 2004/38. “Entre essas condições figura a obrigação de o cidadão da União economicamente não ativo dispor de recursos suficientes para si próprio e para os membros da sua família”. *Cfr.* Thym, 2015, p.251. Shuibhne, 2015, p.911.

²⁸⁸ Ac. *Dano*, cit., §74. *Cfr.* Thym, 2015b, p.25.

²⁸⁹ Thym, 2015, p.254.

²⁹⁰ *Cfr.* Ac. *Metock*, de 25.07.2008, proc. C-127/08, §82.

²⁹¹ Ac. *Rendón Marín*, de 13.09.2016, proc. C-165/14.

²⁹² Ac. *CS*, de 13.09.2016, proc. C-304/14.

Espanha. Rendón tinha sido condenado a uma pena (suspensa) de nove meses de prisão e o seu pedido de residência temporário por circunstâncias excepcionais foi indeferido com base na existência de antecedentes penais. Também CS, nacional marroquina, assegurava sozinha a guarda do seu filho menor, cidadão britânico, quando foi notificada que, devido à sua condenação numa pena de doze meses de prisão, deveria ser expulsa do Reino Unido. AG SZPUNAR elencou as semelhanças e as diferenças entre os dois casos²⁹³ e definiu a questão central: saber se o direito dos cidadãos europeus a não serem obrigados a abandonar a União é absoluto ou se pode ser contrabalançado com o interesse dos EM em expulsar certos nacionais de Estados terceiros do seu território²⁹⁴. Seria necessária a “apreciação individual do caso” para apurar se o comportamento da pessoa configurava uma “ameaça real, atual e suficientemente grave para um interesse fundamental da sociedade”²⁹⁵. O TJ foi no sentido de que o art. 20.º TFUE não afetava a possibilidade de os EM invocarem uma exceção relacionada com a manutenção da ordem pública ou a salvaguarda da segurança pública, sendo os conceitos “entendidos em sentido estrito”²⁹⁶. Sustentou que o mesmo art. se opunha a uma legislação nacional que impunha a recusa automática da concessão de uma autorização de residência a um nacional de um Estado terceiro, com antecedentes penais, quando essa recusa tivesse como efeito forçar os cidadãos da União ao abandono do território da UE²⁹⁷. O raciocínio do TJ em CS seguiu um padrão semelhante²⁹⁸ e os dois casos confirmaram a jurisprudência anterior segundo a qual existem “situações muito específicas” em que a recusa em conceder um direito de residência derivado prejudica “a eficácia da cidadania da União”²⁹⁹. A “eficácia” foi então entendida de forma negativa, isto é, apenas nos termos do direito a não abandonar o território da UE considerado no seu todo. NEUVONEN refere-se a uma “imagem dualista da cidadania da União”: embora o TJ faça referência à eficácia da cidadania europeia e esta permita a concessão de direitos a cidadãos estáticos, o único direito “totalmente acessível” a todos os cidadãos da União é o de permanecer no EM de que são nacionais³⁰⁰. Segundo NEUVONEN, “a “substância” dos direitos da cidadania da União ainda se

²⁹³ Conclusões AG Szpunar de 04.02.2014, procs. C-165/14 e C-304/14, §59 e §60. A principal diferença seria o facto de a filha de Rendón residir num EM diferente do da sua nacionalidade.

²⁹⁴ *Ibid.*, §124.

²⁹⁵ *Ibid.*, §167.

²⁹⁶ *Ac. Rendón Marín*, cit., §82.

²⁹⁷ *Ibid.*, §87.

²⁹⁸ *Cfr. Ac. CS*, cit., §40 e §41.

²⁹⁹ Neuvonen, 2017, p.1209.

³⁰⁰ Neuvonen, 2017, p.1214.

resume ao movimento transfronteiriço: o movimento “forçado” de abandono do território da UE em contraposição com o movimento “livre” no território da União”³⁰¹.

Em *Chavez-Vilchez*³⁰², a jurisprudência foi chamada a pronunciar-se quanto “ao tipo e ao nível de dependência”³⁰³. Os oito litígios no processo principal diziam respeito a pedidos de prestação de assistência social e pedidos de prestações familiares. Quanto a Chavez-Vilchez, nacional venezuelana, tinha a guarda do seu filho, nacional neerlandês, quando o seu pedido foi indeferido pela falta de título de residência nos Países Baixos. O órgão jurisdicional de reenvio pretendia saber se, no caso, as mães dos cidadãos da União, nacionais de países terceiros, podiam invocar o direito de residência com base no art. 20.º TFUE e, nessa eventualidade, invocar disposições da lei da assistência social e da lei das prestações familiares. O facto de o pai, cidadão europeu, residir nos Países Baixos ou na UE poderia interferir? A mãe teria que demonstrar que o pai não podia assumir a guarda do filho e que se o direito de residência não lhe fosse concedido, o filho seria obrigado a abandonar o território da União³⁰⁴? AG SZPUNAR havia referido o princípio da proporcionalidade: vários elementos deveriam ser tidos em conta e, desses elementos, o grau de dependência entre o progenitor nacional de um Estado terceiro e a criança cidadã da União seria o mais importante³⁰⁵. Saber quem assumia o “encargo legal, financeiro ou afetivo” era “primordial”³⁰⁶. Assim, considerou desproporcionada a recusa automática (e unicamente com base na “mera presença” do pai) de um direito de residência derivado às mães de menores de tenra idade, cidadãos da União³⁰⁷. Acrescentou que incumbiria às autoridades competentes do EM averiguarem e demonstrarem que a guarda efetiva da criança poderia ser assumida pelo outro progenitor, o pai³⁰⁸. O TJ, por sua vez, não mencionou explicitamente a proporcionalidade – fez, no entanto, uma referência implícita ao princípio³⁰⁹: deveriam considerar-se “todas as circunstâncias” tais como a idade, o desenvolvimento físico e emocional, ou o grau da relação afetiva com os progenitores³¹⁰. Em suma, e tal como concluiu STAIANO³¹¹, o direito de residência concedido aos

³⁰¹ Neuvonen, 2017, p.1220.

³⁰² Ac. *Chavez-Vilchez*, de 10.05.2017, proc. C-133/15.

³⁰³ Cfr. Staiano, 2018, p.226.

³⁰⁴ Cfr. Ac. *Chavez-Vilchez*, cit., §39.

³⁰⁵ Conclusões AG Szpunar de 08.09.2016, proc. C-133/15, §97.

³⁰⁶ *Ibid.*, §98.

³⁰⁷ *Ibid.*, §102.

³⁰⁸ *Ibid.*, §113. As autoridades competentes deveriam ter em conta todas as circunstâncias do caso concreto e deveriam respeitar os princípios da proporcionalidade e do interesse superior da criança.

³⁰⁹ Cfr. Staiano, 2018, p.236 e 237.

³¹⁰ Ac. *Chavez-Vilchez*, cit., §71.

³¹¹ Staiano, 2018, p.240 e 241.

progenitores, nacionais de países terceiros, de menores cidadãos da União, ao abrigo do art. 20.º TFUE, continua a ter por base a “indispensabilidade” da presença dos primeiros no gozo do direito de residência no território da União dos últimos. *Chavez-Vilchez* esclareceu que no “balanceamento” entre o seu próprio interesse no “controlo migratório” e o direito dos cidadãos da União em residir no território da UE, os EM deverão ter em conta as circunstâncias específicas de cada caso.

Conclusão

Após a análise da evolução da jurisprudência do TJ, a ilação que cumpre, desde logo, fazer é que as decisões do Tribunal são imprecisas e, inúmeras vezes, divergentes. Por essa razão, a incerteza e a insegurança jurídica vigoram. Torna-se complexo, para os cidadãos europeus, compreender em que se traduz, afinal, o estatuto (fundamental) que adquirem, de forma automática, por serem nacionais de um Estado-Membro.

A cidadania da União, introduzida com o Tratado de Maastricht, despoletou o distanciamento da visão economicista primordial – *Garcia Avello* ou *Chen*, confirmaram-no. A cidadania europeia ampliou *ratione personae* e *ratione materiae* o DUE. Assistimos a uma alteração ao “paradigma do migrante”: já não será crucial ter exercido o direito de circulação para preenchimento do âmbito pessoal do Tratado.

Concedendo proteção aos cidadãos não migrantes/estáticos, mesmo na ausência de um “elemento transfronteiriço”, o TJ eliminou, em casos concretos, o problema da discriminação inversa. No entanto, o Tribunal negou-se a reconhecer a cidadania da União como “estatuto autónomo” e, conseqüentemente, no nosso entender, negou-se a colocar um ponto final no problema da discriminação contra os próprios nacionais. Na verdade, a trilogia *Zambrano*, *McCarthy*, *Dereci* configurava uma ocasião apropriada para que o TJ o tivesse feito. Deste modo, a cidadania europeia traduzir-se-ia no elemento de conexão necessário para que o “direito comunitário” se aplicasse às situações puramente internas. Em consequência, os cidadãos europeus ficariam salvaguardados das medidas nacionais que os privassem “do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União”.

Concordamos com a AG SHARPSTON na medida em que a solução para o problema da discriminação inversa passa pela eliminação do elemento “transfronteiras”/pela eliminação da regra que proíbe a aplicação do DUE a situações puramente internas. A AG chamou também à colação a cidadania europeia que, como estatuto fundamental, seria por si só suficiente para estabelecer uma ligação com as situações previstas pelo DUE – refere outros direitos, como o de votar para o PE, que podem ser exercidos sem que se verifique o elemento “transfronteiriço”, sendo suficiente a posse do estatuto da cidadania da União para o seu “gozo efetivo”. SHARPSTON sugeriu que o art. 18.º TFUE, que consagra o princípio geral da não discriminação, podia ser invocado por cidadão sedentários, proibindo a discriminação inversa resultante da interação ente o art.

21.º TFUE e a legislação nacional, que implicava a violação de um direito fundamental protegido pelo DUE, quando não estivesse prevista uma proteção pelo menos equivalente no direito nacional. Também SPAVENTA sustentou a tese da eliminação do elemento “transfronteiriço” e, a título subsidiário, da invocação do art. 18.º TFUE por cidadãos estáticos.

Por conseguinte, não podemos concordar com o TJ quando alega que a discriminação inversa é um problema a solucionar no contexto nacional. O que não será sinónimo de que, no nosso entender, deva existir uma completa desresponsabilização dos EM – devem respeitar o princípio geral da não discriminação do art. 18.º TFUE, consagrado como “princípio fundamental do direito comunitário”. Também ao Tribunal é exigido que, na resolução do problema da discriminação inversa, considere este princípio que, além do mais, faz parte dos direitos que “entram diretamente no património pessoal dos nacionais dos Estados-Membros na sua qualidade de cidadãos da União”³¹². O princípio terá “uma existência independente” e um “alcance autónomo”, não ficando a sua aplicação subordinada à prévia utilização das “liberdades económicas”.

Numa União Europeia em que se pretende fomentar a “coesão económica, social e territorial”, a solução efetiva centrar-se-á, necessariamente, no princípio da solidariedade.

³¹² Conclusões AG Poiares Maduro de 06.05.2004, apresentadas no proc. C-72/03, §68.

Bibliografia

ADAM, Stanislas & Peter VAN ELSUWEGE – “Citizenship Rights and the Federal Balance between the European Union and its Member States: Comment on *Dereci*”, *European Law Review*, 37 (2012), 176-190.

BARNARD, Catherine (2013) – *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*. 4.^a ed., Oxford University Press, pp. 236-240.

CARLIER, Jean-Yves – “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 (2013), 6-10.

CRAIG, Paul & Gráinne DE BURCA (2011) – *The evolution of EU law*. 2.^a ed., Oxford University Press, pp. 591-597.

CRAIG, Paul & Gráinne DE BURCA (2015) – *EU law, Text, Cases, and Materials*. 6.^a ed., Oxford University Press.

DAUTRICOURT, Camille & Sébastien THOMAS – “Reverse discrimination and free movement of persons under Community law: All for Ulysses, nothing for Penelope?”, *European Law Review*, 34 (2009), 433-454.

DAVIS, Roy. W. – “Citizenship of the Union...rights for all?”, *European Law Review*, 27 (2002), 121-137.

FRIES, Sybilla & Jo SHAW – “Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice”, *European Public Law*, 4 (1998), 533-559.

HAILBRONNER, Kay & Daniel THYM – “Case C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l’emploi (ONEm)*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011”, *Common Market Law Review*, 48 (2011), 1253-1270.

HORSPOOL, Margot & Matthew HUMPHREYS (2014) – *European Union Law*. 8.^a ed., Oxford University Press.

JACOBS, Francis G. – “Citizenship of the European Union – A Legal Analysis”, *European Law Journal*, 13 (2007), 591-610.

KOCHENOV, Dimitry – “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 (2011), 56-109.

KOCHENOV, Dimitry – “Case C-135/08, *Janko Rottmann v. Freistaat Bayern*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010”, *Common Market Law Review*, 47 (2010), 1831-1846.

KOCHENOV, Dimitry – “The Right to Have *What Rights?* EU Citizenship in Need of Clarification”, *European Law Journal*, 19 (2013), 502-516.

KOCHENOV, Dimitry & Richard PLENDER – “EU Citizenship: From an Incipient Form to an Incipient Substance? The Discovery of the Treaty Text”, *European Law Review*, 37 (2012), 369-396.

KOSTAKOPOULOU, Dora – “When EU Citizens become Foreigners”, *European Law Journal*, 20 (2014), 447-463.

LENAERTS, Koen – “‘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 (2011), 6-18.

LENAERTS, Koen & Piet VAN NUFFEL (2011) – *European Union Law*. 3.^a ed., Sweet & Maxwell.

NEUVONEN, Paivi Johanna – “EU citizenship and its “very specific” essence: *Rendón Marin and CS*”, *Common Market Law Review*, 54 (2017), 1201-1220.

NOWAK, Janek Tomasz – “Case C-34/09, Gerardo 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 (2011), 674-704.

O’LEARY, Síofra – “Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship”, *European Law Review*, 24 (1999), 68-79.

PAIS, Sofia Oliveira – “Todos os cidadãos da União Europeia têm direito de circular e residir livremente no território dos Estados-Membros, mas uns têm mais direitos do que outros...”, *Scientia Iuridica*, 59 (2010), 467-496.

PAIS, Sofia Oliveira (2015) – “Current Challenges: freedom of movement and access of economically inactive union citizens to social benefits”, in *EU Citizenship, Challenges and Opportunities/Cidadania Europeia, Desafios e Oportunidades*. Universidade Católica Editora. Porto, pp. 19-42.

PAIS, Sofia Oliveira (2016) – *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – uma abordagem jurisprudencial*. 3.^a ed., Coimbra: Almedina.

PICKUP, David M. W. – “Reverse discrimination and freedom of movement for workers”, *Common Market Law Review*, 23 (1986), 135-156.

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

RITTER, Cyril – “Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234”, *European Law Review*, 31 (2006), 690-710.

SÁNCHEZ, Sara Iglesias – “Fundamental Rights and Citizenship of the Union at a Crossroads: A Promising Alliance or a Dangerous Liaison?”, *European Law Journal*, 20 (2014), 464-481.

SÁNCHEZ, Sara Iglesias – “Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned?” *European Constitutional Law Review*, 14 (2018), 7-36.

SELING, Anja – “Case C-135/08 Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2nd March 2010: Towards a direct ‘droit de regard’?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 17 (2010), 470-486.

SHUIBHNE, Niamh Nic – “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 (2012), 349-379.

SHUIBHNE, Niamh Nic – “Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on?”, *Common Market Law Review*, 39 (2002), 731-771.

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

SHUIBHNE, Niamh Nic – “The resilience of EU market citizenship”, *Common Market Law Review*, 47 (2010), 1597-1628.

SPAVENTA, Eleanor – “Seeing the wood despite the trees? On the scope of union citizenship and its constitutional effects”, *Common Market Law Review*, 45 (2008), 13-45.

STAIANO, Fulvia – “Derivative residence rights for parents of Union citizen children under Article 20 TFEU: *Chavez-Vilchez*”, *Common Market Law Review*, 55 (2018), 225-241.

THYM, Daniel – “The elusive limits of solidarity: residence rights of and social benefits for economically inactive union citizens”, *Common Market Law Review*, 52 (2015), 17-50.

THYM, Daniel – “When Union Citizens Turn into Illegal Migrants: The *Dano* Case”, *European Law Review*, 40 (2015), 249-262.

TRYFONIDOU, Alina – “(Further) Signs of a Turn of the Tide in the CJEU’s Citizenship Jurisprudence, Case C-40/11 *Iida*, Judgment of 8 November 2012”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 20 (2013), 302-320.

TRYFONIDOU, Alina – “Redefining the Outer Boundaries of EU law: The *Zambrano*, *McCarthy* and *Dereci* trilogy”, *European Public Law*, 18 (2012), 493-526.

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

TRYFONIDOU, Alina (2009) – “Purely Internal Situations and Reverse Discrimination in a Citizens’ Europe: Time to “Reverse” Reverse Discrimination?”, in *Issues in Social Policy: A New Agenda*. Jean Monnet Seminar Series. Progress Press, Valletta, pp. 11-29.

VAN EIJKEN, Hanneke & Sybe DE VRIES – “A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after *Ruiz Zambrano*”, *European Law Review*, 36 (2011), 704-721.

VAN ELSUWEGE, Peter & Dimitry KOCHENOV – “On The Limits of Judicial Intervention: EU Citizenship and Family Reunification Rights”, *European Journal of Migration and Law*, 13 (2011), 443-466.

VERSCHUEREN, Herwig – “Preventing “benefit tourism” in the EU: a narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in *Dano*?”, *Common Market Law Review*, 52 (2015), 363-390.

WEILER, J. H. H. (1999) – “To be a European citizen: Eros and civilization” in *The Constitution of Europe – “Do the new clothes have an emperor?” and other essays on European Integration*. Cambridge University Press.

WHITE, Robin C. A. – “A fresh look at reverse discrimination?”, *European Law Review*, 18 (1993), 527-532.

WIESBROCK, Anja – “Disentangling the “Union Citizenship Puzzle”? The *McCarthy* Case”, *European Law Review*, 36 (2011), 861-873.

WIESBROCK, Anja – “Granting Citizenship-related Rights to Third-Country Nationals: An Alternative to the Full Extension of European Union Citizenship?”, *European Journal of Migration and Law*, 14 (2012), 63-94.

WIESBROCK, Anja – “Union Citizenship and the Redefinition of the “Internal Situations” Rule: The Implications of *Zambrano*”, *German Law Journal*, vol. 12, 11 (2011), 2077-2094.