

NA BUSCA DA INCLUSÃO: O ESTATUTO DA CIDADANIA NA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

In the quest for inclusion: the Status of Citizenship in the jurisprudence of EU CJ

MARÍA DE FÁTIMA DE CASTRO TAVARES MONTEIRO PACHECO
Centro Europeu de Direito da União

Sumário: 1 – Enquadramento do tema; 2 – O sistema de protecção dos direitos fundamentais na UE: breve abordagem; 3 – Os direitos dos cidadãos europeus: significado, importância e conteúdo; 3.1. A cidadania como feixe diferenciado de direitos; 4 – O caminho do Tribunal de Justiça da EU; 4.1. – O caso *Martinez Sala*; 4.2. O caso *Bickel and Franz*; 4.3. O caso *Grzelcyck*; 4.4. O caso *Zambrano*; 4.5. O caso *Murat Dereci*; 4.6. O caso *McCarthy*; 4.7. O caso *O.S.*; 5. Conclusão

Resumo: A integração europeia envolveu os indivíduos no processo de construção da ordem jurídica da União, situando-os no centro de uma estrutura normativa plural, que apresenta um sistema de protecção autónomo. Do seu núcleo de fundamentalidade fazem parte os direitos reconhecidos na CDFUE; os princípios gerais indicados no art. 6.º, n.º 3 do TUE-L; e alguns preceitos dos tratados. O presente trabalho incide sobre as consequências da adopção da CDFUE no que concerne à densificação dos direitos dos cidadãos europeus e à reconfiguração das situações puramente internas. Através de um percurso pela jurisprudência mais impactante para a evolução dos direitos fundamentais dos cidadãos a Autora pretende demonstrar que a força expansiva dos preceitos substantivos da Carta tem contribuído para a autonomização do conteúdo do estatuto da cidadania, agora desvinculado da justificação económica das liberdades e da prévia necessidade de circulação. Descortinar sobre se o TJUE tem trilhado pelos caminhos de uma cidadania inclusiva, veiculada à construção de um verdadeiro “status civitas europeu”, ou se a crise europeia o tem guiado rumo à “diferenciação” é a questão que a Autora vem aqui apresentar.

Palavras chave: cidadania europeia – direitos fundamentais – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – sistema de protecção.

Abstract: The European integration has involved individuals in the construction of the Union’s juridical order process, positioning them at the centre of a plural normative structure, which presents an autonomous protection system. The rights recognized in the CDFUE; the general principles indicated in the TUE-L art. 6.º, n.º 3; and some treaty precepts, form part of its fundamentality nucleus.

The present work focuses on the CDFUE adoption consequences in what concerns to the European citizen's rights densification and the reconfiguration of purely internal situations.

Through a greater impact journey through jurisprudence towards the evolution of citizens' fundamental rights, the Author aims to demonstrate that the growing strength of the Charter precepts has contributed towards the independence of the citizenship's status content, which is now unbound from the economic justification of liberties and from the previous circulatory necessity.

Reveal whether or not the TJUE has made its way through the path towards a more inclusive citizenship, joint to the construction of a true "European status civitas", or whether European crisis has guided it towards differentiation is the question which the Author here presents.

Keywords: European citizenship – fundamental rights – European Union's Fundamental Rights Charter – protection system.

1 – Enquadramento do tema

Foi em 1 de Novembro de 1993, com a entrada em vigor do TUE¹, que a Comunidade Europeia se viu desacompanhada do substantivo "Económica" para se apresentar como um espaço sem fronteiras internas dirigido à «criação de uma União cada vez mais estreita entre os povos da Europa». Maastricht, ainda que operando uma ostensiva reforma nos Tratados fundacionais, criou uma entidade bifronte que – fazendo subsistir as Comunidades Europeias com a UE – se apresentava como uma estranha «criatura» tripolar², ora trilhando os caminhos da

¹ A partir daqui utilizaremos a abreviatura TJUE, ou a palavra "Tribunal", quando nos referirmos ao Tribunal de Justiça da UE que, nos termos do art. 19.º do TUE, «inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e os Tribunais especializados».

² Dando corpo ao então art. 1.º, par. 3 do TUE que afirmava que «a União funda-se nas Comunidades Europeias, completadas pelas políticas e formas de cooperação instituídas pelo presente Tratado» a União passou a ser generalizadamente apresentada como uma estrutura assente em três pilares, onde o primeiro tratava das Comunidades e os seguintes da Política Externa e de Segurança Comum (de ora em diante PESC) e da Justiça e Assuntos Internos (de ora em diante JAI), respectivamente. Como é do conhecimento geral a lógica dos pilares viria a ser ultrapassada pelo TL (TL), mediante a adopção de um tratamento uniformizador do leque de domínios de actuação da União – que agora se encontra construída sobre o Tratado da UE (TUE) e o Tratado de Funcionamento da UE (TFUE). Deixa-se aqui a ressalva que o método comunitário, apesar de fortalecido e alargado, não abrange todos os domínios da União, verificando-se ainda a existência de matérias sujeitas à intergovernamentalidade, como é o caso da política externa, da política de defesa e dos serviços de polícia. Com efeito, as matérias PESC não foram integradas no TFUE e, continuam sujeitas a regras e procedimentos de decisão próprios, inclusive ficando fora do controlo jurisdicional do TJUE - não obstante a ressalva da sua competência sobre recursos de legalidade relativos a medidas restritivas de direitos adotadas contra pessoas singulares ou coletivas, designadamente de combate ao terrorismo (art. 275.º, 2.º par.). Da mesma maneira, a matéria relativa à CJPPM continuou a conhecer regras de deliberação por

integração, ora ousando pelas matérias de natureza intergovernamental. Em jeito simbólico, a apócope do economicismo demonstrou que a União se abria a domínios políticos, em concreto, aos direitos de cidadania e aos direitos fundamentais a ela inerentes.

Com efeito, Maastricht acrescentou novos propósitos aos então indicados em 1957, ano em que a Europa, ainda de alma ferida por um holocausto indissipável e de corpo devastado pelos horrores da guerra, apontava o mercado comum³ como meta a concretizar pelas Comunidades que então vinham à luz. Doravante, a União que sucederia à Comunidade Europeia cuidaria não apenas de coligar Estados mas de unir homens – sob uma identidade comum.

Sendo certo que a Europa, ao longo de séculos, forjou o Estado-nação, não é menos verdade que em pouco mais de 50 anos a União do pós-guerra conduziu a uma nova leitura da soberania, tornando possível - por via do desenvolvimento do mercado interno – transmutar um espaço económico de livre circulação de trabalhadores (art. 45.º TFUE) num espaço de indivíduos munidos de um novo estatuto jurídico: a cidadania da União. Ora, tal estatuto não seria alcançável sem o abrigo de um sistema de protecção de direitos fundamentais. Na verdade, ao estabelecer uma relação directa com os cidadãos cuja existência transcende o vínculo da nacionalidade, a União compreendeu que se tornava premente atribuir aos indivíduos, factor humano da produção, direitos básicos que não lhes cerceassem a sua vontade de entrar, permanecer e residir noutros Estados-membros⁴. Foi, portanto, por via das liberdades fundamentais dos Tratados, que a história viu surgir na velha Europa um novo “nomadismo” onde os movimentos das pessoas abriram um espaço outrora delimitado por fronteiras.

unanimidade, sujeita a mecanismos de bloqueio de decisão. Nesse sentido, LUISA DUARTE, enfatizando a componente intergovernamental dos Tratados afirma a sobrevivência de uma «estrutura invisível dos pilares da UE». *Vd. MARIA LUISA DUARTE, «A Constituição Europeia e os direitos de soberania dos Estados-membros – elementos de um aparente paradoxo», in O Direito – Portugal e o Tratado “que estabelece uma Constituição para a Europa”», Vol. IV-V, Ano 137, 2005, p. 853. Defendendo a expressão “Direito Comunitário” como o «direito criado e aplicado segundo o método comunitário que não só sobreviveu ao TL como nele se viu reforçado», *vd. MARIA LUÍSA DUARTE, UE – Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária, 2011, pp. 19 e 82.**

³ Partindo da União Aduaneira, o mercado comum apontava como prioritário a concretização da liberdade de circulação dos factores de produção (trabalho, capital e serviços) e a implementação de um conjunto de políticas sem as quais não se realizariam os objectivos comunitários, tal como a agricultura e pescas, o comércio externo e a concorrência. Não cabe aqui apresentar a diferença entre o mercado comum e o mercado interno, que, não sendo conceitos coincidentes, mereceram da doutrina e da jurisprudência diferentes abordagens, encontrando-se, todavia, no art 26.º do TFUE a opção pelo conceito de mercado interno, enquanto objectivo primordial da integração económica, proclamando a necessidade do afastamento dos obstáculos que impeçam o aproveitamento dos recursos económicos.

⁴ Conforme previsto nas Directivas do Conselho 90/364, 90/365 e 90/366 reconhecendo tais direitos, também a não titulares dos direitos de circulação de trabalhadores e serviços

Todavia, é importante salientar que não foi sem resistência que os Estados-membros assistiram àquela dissociação. Tanto por via das derrogações a esses direitos, como por via da invocação das situações puramente internas⁵, os Estados tentaram exigir a transnacionalidade para o reconhecimento dos direitos de cidadania, bem como cercear a sua capacidade expansiva.

Numa fase inicial, ainda que se reconhecesse o direito de circulação a esses novos “nómadas”, apenas podiam circular livremente os nacionais dos Estados-membros que desenvolvessem uma actividade económica no território de outros Estados-membros. Numa fase posterior, após o surgimento dos direitos de cidadania, a livre circulação apresentava-se já de cunho mais amplo, ainda que condicionada à prova da suficiência de recursos económicos e da não constituição de encargo suplementar para a assistência do Estado de acolhimento. Porém, paulatinamente, a “cidadania de mercado” foi dando passos no sentido da sua autonomia face ao mercado, na via da sua afirmação enquanto expressão de pertença e inclusão a uma entidade política. Deste modo, aos trabalhadores, aos seus familiares e a quaisquer cidadãos, ainda que economicamente inactivos, foi-lhes atribuída uma «nova qualidade subjectiva suplementar»⁶, fenómeno típico de verdadeiro espaço político comum.

Nesta senda, o TL teve o mérito de elevar a cidadania europeia a esteio da estrutura democrática da União e a símbolo da identidade europeia. O art. 10.º, n.º 2 e n.º 3 do TUE ilustra esta realidade ao asseverar que os cidadãos estão directamente representados no PE e ao consagrar o seu direito de participação na vida democrática da União. Graças àquele Tratado, a cidadania deixou de ser complementar para passar a ser adicional à dos Estados-membros.

Esta constatação foi o resultado de um longo percurso, que se tornou possível, principalmente, devido ao trabalho do TJUE. A obra deste Tribunal revelou-se mediante a afirmação de uma nova ordem jurídica, que aspirando ao seu primado, se destinava a ser integrada em vinte e oito ordens jurídicas diferentes. Este quadro jurídico, sob o qual se move o sistema europeu de protecção de direitos

⁵ Sobre o que sejam situações puramente internas, *vd.* ABEL LAUREANO, *Discriminação inversa na Comunidade Europeia – o desfavorecimento dos próprios nacionais na tributação indirecta*, 1997, p. 272, onde afirma: «deve assentar-se em definir, *grosso modo*, as situações puramente internas como sendo apenas as situações jurídicas que *formalmente* não têm qualquer elemento de ligação ao Direito Comunitário, desenrolando-se totalmente “no interior” do sistema jurídico do Estado-membro. O que pode ocorrer por duas vias: Na primeira delas, única e simplesmente devido à matéria em que se inserem; na segunda, dada a *natureza de todos os elementos componentes* (qualidade nacional e territorial), posto que a respectiva norma jurídica interna disciplinadora não estabeleça um regime diferenciado para as realidades estrangeiras (*maxime* pessoas) comunitárias»; *vg* ALESSANDRA SILVEIRA, «Cidadania e jusfundamentalidade na UE – do argumento de *James Madison* à jurisprudência *Zambrano*», *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, Vol. III, 2012, pp. 939-973.

⁶ Conforme é proclamado no ac. de 12.5.1998, proc. C-85/96, Col. I-2725, par. 61

fundamentais, levantou o véu de uma zona de intrincados contornos cujos princípios da aplicabilidade directa e do efeito directo constituíram a sua alavanca de funcionamento. Sendo os tribunais nacionais os tribunais de direito comum da União, a Carta de Lisboa, agora com força de direito primário, funciona como um instrumento centrípeta de integração, nela residindo uma inegável dimensão constitucional que em muito contribuiu para a expansibilidade dos direitos fundamentais e para a emergência de um *demos* europeu.

Com efeito, fomos assistindo a uma empreitada judicial imbuída de um espírito dinâmico e de uma linguagem constitucional veiculada à construção de um “*status civitas*” europeu, à concreção de uma específica identidade comum e à edificação de uma Europa de cidadãos. Não se tratou de um governo de juízes, mas de direitos fundamentais por eles “devotamente” garantidos. Neste contexto, o estatuto de cidadania – agora desvinculado da justificação económica das liberdades e da prévia necessidade de circulação – revestiu uma importância fulcral para o desenvolvimento da União de direitos. Sendo um instituto de natureza jurídica derivada, a cidadania partiu da ideia de inclusão a uma nova entidade política.

Propomos, por isso, uma reflexão sobre a evolução da jurisprudência mais relevante sobre a cidadania europeia, cujos momentos mais impactantes situamos num percurso que se desenha, principalmente, desde o acórdão *Martinez Sala, Bickel and Franz, Grzelczyk, e Zambrano*, até aos mais recentes esclarecimentos do TJUE contidos nos acórdãos *Dereci, McCarthy, e O. e S.* Percorreremos tal percurso de modo breve, pois a isso nos obriga o espaço de que dispomos. Nesta tarefa, prosseguiremos o desenvolvimento daquela jurisprudência com vista a descortinar se o TJUE se mantém fiel a uma concepção expansionista e inclusiva da cidadania ou se apresenta momentos de inflexão, inspirados nas posições defensivas dos Estados-membros e numa leitura meramente literal das disposições horizontais da Carta, em especial do seu art. 51.º. Dito de outra forma: propomos trazer à liça elementos que nos permitam aferir se a aplicação da Carta implica o alargamento da vinculação dos Estados ao seu parâmetro de protecção, em especial no que concerne aos direitos dos cidadãos.

2 – O sistema de protecção dos direitos fundamentais na UE: breve abordagem

Não cabe nas dimensões deste trabalho um excuro sobre o sistema de protecção de direitos fundamentais da UE. Constataremos apenas o facto, evidente, que uma entidade com atribuições tão vastas e com tão grande capacidade de penetração nos direitos internos, cujas fontes de direito se destinam também aos particulares - para além de se afastar dos parâmetros internacionais clássicos - teria de caminhar ao encontro dos direitos fundamentais.

Na verdade, se nos alvares da construção europeia na sua missão de garantir o «*respeito pelo direito na interpretação e aplicação dos Tratados*», o TJUE se encontrava desacompanhado de um catálogo de direitos fundamentais, a defesa dos

particulares conduziu-o à identificação de um corpo de direitos que se incumbiu de assegurar, mediante o recurso aos princípios gerais de direito⁷. Todavia, ainda que tais princípios enformassem e integrassem a própria “Constituição” da União não resultou assegurada a concreta identificação dos direitos a proteger, a sua posição hierárquica, o seu conteúdo e o seu alcance de protecção. Razão que justificou dotar a União de uma declaração que reunisse, reafirmasse e assimilasse o seu acervo, assim oferecendo a segurança e legitimidade de que carecia.

Neste contexto, é importante relembrar que os actuais Tratados acabaram por fazer referência explícita aos direitos fundamentais: o seu preâmbulo confirma o «*apego dos europeus por os direitos do Homem e liberdades fundamentais*»; o art. 2.º TUE-L refere-os como um dos valores em que se funda a União; o art. 3.º enuncia o objetivo de os promover; o art. 6.º, n.º 1 reconhece a existência de um catálogo de direitos, princípios e objetivos; o n.º 2 do mesmo art. menciona o compromisso da União aderir ao sistema internacional regional de protecção de direitos fundamentais; o art. 7.º consagra um processo de incumprimento especial para os Estados que violam ou ameaçam violar os valores referidos no art. 2.º. Por outro lado, os Tratados contêm várias disposições internas sobre matérias jusfundamentais e uma política externa de direitos humanos, bem como existe uma agência de direitos fundamentais para a sua verificação.

⁷ Para uma trajetória sobre o compromisso da União com os direitos fundamentais desde a década de cinquenta até aos nossos dias, *vd.* GRAINNE DE BURCA, «The road not taken: the EU as a Global Human Rights Actor», Straus Working Paper, 09/10, *in* <http://www.nyustra.org/pubs/0910/docs/deBurca.pdf>. Sobre a protecção dos direitos fundamentais da União, na doutrina portuguesa, *vd.* ALESSANDRA SILVEIRA, «Princípio do respeito aos direitos fundamentais», *in* *Princípios de DUE – Doutrina e Jurisprudência*, 2009, pp.69-94; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da UE*, 2000, pp. 136 e 225; ANA MARIA GUERRA MARTINS, «A protecção dos direitos fundamentais em Portugal e na UE», *in* *Estudos Europeus*, Ano I, n.º 2, 2007, pp. 113-147; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, pp. 273-293; ANTÓNIO GOUCHA SOARES, *A Carta dos Direitos Fundamentais da UE. A protecção dos Direitos Fundamentais no ordenamento comunitário*, 2002, pp. 7-38; FAUSTO DE QUADROS, *DUE - Direito Constitucional e Administrativo da UE*, 2004, pp. 126-140; JÓNATAS MACHADO, *DUE*, 2010, pp. 256-267; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, «A evolução da protecção dos Direitos Fundamentais no espaço comunitário», *in* *Carta de Direitos Fundamentais da UE*, 2001, pp. 17 e ss; MARIA LUISA DUARTE - «A UE e os Direitos Fundamentais - Métodos de Protecção», *in* *Estudos de DUE e das Comunidades Europeias*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 11 ss.; MARIA LUISA DUARTE - «O modelo europeu de protecção dos Direitos Fundamentais – dualidade e convergência», *in* *Estudos de DUE e das Comunidades Europeias*, vol. II, pp. 191-203; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *Da proclamação à garantia efectiva dos Direitos Fundamentais – em busca do due process of law na UE*, 2007, pp. 15-64; RUI MOURA RAMOS - «A Carta dos Direitos Fundamentais da UE e a protecção dos Direitos Fundamentais», *in* *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 25, 2001, pp. 161 ss.; SÓNIA TEIXEIRA, *A protecção dos Direitos Fundamentais na Revisão do Tratado da UE*, 1998; SOFIA OLIVEIRA PAIS - «A protecção dos Direitos Fundamentais na UE», *in* *Estudos de DUE*, 2012, pp. 115-130.

Assim sendo, é um dado incontroverso que o modelo organizacional da União foi dando passos com vista à sua afirmação como uma União de Direito, situando os direitos fundamentais no centro de uma estrutura normativa plural⁸, dotada de um sistema de protecção autónomo sustentado por uma pluralidade de fontes: 1) os direitos consignados na Carta dos Direitos Fundamentais da UE⁹, 2) os previstos nos Tratados e os 3) princípios gerais de direito, que se revelaram de observância garantida pelo TJUE – no quadro da estrutura e objectivos da União.

De salientar que tal autonomia impôs que a vinculação ao parâmetro dos direitos fundamentais da UE se circunscrevesse às matérias que revelavam uma ligação com as competências¹⁰ da União, devendo a acção fiscalizadora do Tribunal ater-se ao princípio da competência por atribuição.

Ora, da evolução da jurisprudência da União podemos asseverar que a invocabilidade dos direitos fundamentais por ela protegidos depende: 1) de se estar a aplicar o DUE – independentemente da margem de apreciação de que goza o Estado; 2) de se estar perante uma derrogação permitida ao seu abrigo; ou ainda 3) de se estar face a uma regulamentação substantiva susceptível de ser aplicável a uma situação estadual enquadrada nos seus objectivos ou que com ele seja contactável. Identificado o factor de conexão de tal disposição, acto ou medida, numa daquelas situações, vaticina-se a sua ligação ao DUE e a sua sujeição ao seu parâmetro de fundamentalidade – onde se inclui a Carta.

Ora, ainda que delimitando o seu âmbito de protecção ao âmbito material do DUE e ainda que não transfigurando o tradicional perfil pluralista do seu bloco de jusfundamentalidade, a integração da Carta nos Tratados implicou a fixação e alargamento do conteúdo dos direitos fundamentais protegidos pela União. Pelo que se torna possível questionar se a sua aplicação poderá 1) expandir o âmbito de aplicação (pessoal e material) das suas disposições normativas para além das atribuições da União; 2) reconfigurar as situações puramente internas; e 3) densificar os direitos fundamentais da União, em especial os que decorrem da

⁸ Que dá origem ao cruzamento de três níveis diferenciados de fontes jurídicas e de esferas jurisprudenciais, cujos âmbitos de protecção se interpenetram e se aplicam de forma não hierárquica, qual sejam: o que decorre das constituições nacionais e dos tribunais nacionais; o que decorre dos Tratados (Carta incluída) e do TJUE; e a que decorre da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, daqui para a frente sob as abreviaturas CEDH e TEDH, respectivamente.

⁹ A partir daqui utilizaremos a abreviatura CDFUE, ou a palavra “Carta”, para nos referirmos à Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

¹⁰ Afirmando que a enumeração de direitos apenas significa que a União os deve respeitar no exercício das suas competências, vd, FRANCISCO FONSECA MORILLO, «*La gestación y el contenido de la Carta*», in *La protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, 2002, pp. 87-21; OLIVIER DE SCHUTTER, *The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the open method of coordination*, Jean Monet Working Papers, n.º 7/04, <http://eurocenter.wisc.edu/OMC/Papers/Rights/de>. Pdf, p.4

cidadania – hipóteses que, atenta a evolução jurisprudencial neste domínio, nos parecem de evidente verificação.

Aqui chegados e com isto fechando este brevíssimo apontamento sobre o sistema de protecção dos direitos fundamentais na UE, importa ainda sublinhar que o sistema não se esgota nas dinâmicas da Carta. Vimos já que o TL, na linha de continuidade da construção europeia, contém disposições que consagram direitos e liberdades fundamentais. Pelo que pensamos que continua a residir no art. 6.º TUE-L o núcleo do seu original sistema: se a 1.ª alínea deste preceito reconhece o valor da Carta e a 2ª autoriza a adesão à CEDH, a 3ª alínea confirma a vocação para a abertura do sistema, pela via já tradicional dos princípios gerais de Direito – pelo que continuará a residir no sistema jurisdicional da União a maturação de um pluralismo europeu em sede de protecção de direitos fundamentais.

3 – Os direitos dos cidadãos europeus: significado, importância e conteúdo

Apesar dos direitos de cidadania europeia não coincidirem em absoluto com os que decorrem da cidadania nacional – pertença jurídica, política e psicológica de um indivíduo a um Estado - os cidadãos europeus gozam de um feixe de direitos que, apesar de desprovidos da dimensão de deveres, se apresentam aliados aos direitos fundamentais outorgados pelo direito primário. Estes direitos são periodicamente avaliados, podem ser aprofundados e reforçados pelo Conselho no quadro de um processo legislativo especial, sem necessidade de revisão dos Tratados, e podem ser objecto de integração diferenciada (art. 20.º e 328.º a 334.º do TFUE). Assim sendo, a par do carácter dinâmico da integração europeia, também os direitos de cidadania foram apresentando uma natureza evolutiva.

De referir, ainda, que a cidadania não surge indicada em qualquer categoria ou domínio de competência (arts. 2.º a 6.º TFUE), não integrando nem o mercado interno, nem o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Não obstante, por força do art. 4.º, n.º 1, podemos intuir que se trata de um domínio de competência partilhada com os Estados-membros.

A cidadania europeia vem conhecer no TL uma dupla formulação, encontrando-se simultaneamente prevista nos Tratados (arts. 9.º TUE e 20.º a 24.º do TFUE) e na CDFUE (arts. 39.º a 46.º), sob diferentes sistematizações. A Carta autonomiza o direito a uma boa administração, cujos titulares são todas as pessoas e refere os nacionais de Estados terceiros legalmente residentes nos Estados-membros, o que significa que o campo de aplicação de ambas as formulações se apresenta diferenciado. Neste contexto, por influência da Carta, tem-se verificado uma tendência para a ampliação da sua capacidade protectora relativamente a nacionais de terceiros Estados.

Refira-se que, por força do disposto no n.º 2 do art. 20.º do TFUE, os cidadãos europeus são também titulares de um conjunto de direitos dispersos, nomeadamente, no domínio social. Por outro lado, podem beneficiar da protecção

alargada do princípio geral da igualdade de tratamento e da não discriminação, cuja previsão, sendo prévia àqueles, revela a sua inseparabilidade da ideia da igualdade, impondo que os indivíduos não sejam objecto de tratamento diferenciado a menos que situações estritamente objectivas a isso obriguem. Assim sendo, não resultando exaustiva a lista de direitos que engloba, a qualidade jurídica de cidadão da União envolve uma leitura transversal do direito primário. Ademais, importa também salientar que, em 1990, foram adoptadas três Directivas (90/364, 90/365 e 90/366) que reconheçam aos nacionais dos Estados-membros o direito de entrada, permanência e residência no território de outros Estados-membros, entretanto substituídas pela Directiva 2004/38, hoje em vigor.¹¹

Não é despidendo sublinhar que a União não pode atribuir cidadania, pelo que é necessário ser nacional dos Estados-membros para se obter o estatuto. Ora, uma vez que a atribuição da nacionalidade continua a constituir um domínio reservado estadual, apesar do feixe de direitos que atribui ser impactante, não deixa de revestir a natureza de uma cidadania de sobreposição, ancorada na prévia nacionalidade dos Estados-membros¹². Desta forma, a cidadania tem uma dimensão excludente¹³ ao não garantir a sua protecção e a não-discriminação aos não nacionais dos Estados-membros.

De resto, um Estado-membro não pode deixar de reconhecer a nacionalidade concedida por outro a um indivíduo proveniente de um Estado-terceiro, nem condicionar o seu exercício relativamente a indivíduos que não sejam da sua

¹¹ Esta Directiva não é aplicável aos nacionais de países terceiros, cujos seus direitos estão estabelecidos na Directiva 2003/109/CE, de 25/11/2003, que contém o estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração. Esta Directiva fixa as regras para a aquisição do estatuto de residente de longa duração (suficiência de recursos; seguro de doença; não perigar a ordem ou segurança pública), as condições de residência em país diferente do que conferiu o estatuto (actividade económica ou suficiência de recursos e seguro de doença multi-riscos) e os direitos que assistem aos seus familiares. V. infra nossa nota 16

¹² Neste sentido, sublinhando que as pessoas passaram a ter duas cidadanias sem terem duas nacionalidades, v. ANA MARIA GUERRA MARTINS, «A cidadania na UE – definição, conteúdo e contributo para a constitucionalização da UE», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Paulo da Pitta e Cunha*, Vol. I, 2010, pp.9-20 e RUI MANUEL MOURA RAMOS, «Maastricht e os direitos do cidadão europeu», in *A UE*, 1994, pp. 93-129.

¹³ O termo é da responsabilidade da Professora ANA MARIA GUERRA MARTINS que a seu propósito afirma que a cidadania da União tem duas facetas distintas: a includente e a excludente. A primeira possibilita o gozo de direitos a determinado tipo de pessoas, ou seja, aos cidadãos. A segunda exclui os nacionais de países terceiros e os apátridas que não podem adquirir a cidadania e, por consequência, os direitos que dela derivam. Esta vicissitude belisca o carácter universal dos direitos fundamentais e comporta alguma injustiça, tanto na sua vertente de participação, como na de igualdade de tratamento, pois aos segundos não é permitido deslocarem-se para procurar emprego ou para se estabelecerem noutro Estado que não aquele onde sejam residentes legais. Circunstância que pode ser solucionada pela extensão do direito de circulação e residência aos nacionais de Estados-terceiros, pelo art. 45.º, n.º 2 da Carta. Sobre este assunto v. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de DUE*, 2012, Almedina, pp. 242-243.

nacionalidade. Esta vicissitude evidencia a falta de uniformidade no que concerne às diferentes condições de acesso à nacionalidade em cada um dos Estados-membros e, por consequência, implica uma desarmonia nesta matéria prejudicando os direitos fundamentais dos indivíduos e abrindo o flanco para situações de abuso do direito.

Por outro lado, é importante reiterar que o exercício de direitos de cidadania foi construído no pressuposto da existência de deslocação de um nacional para o território de outro Estado-membro para aí fixar a sua residência. Continua, por isso, a ser verdade que o cerne dos direitos de cidadania se encontra no direito de circular e de permanecer. Nesse quadro, poderão verificar-se – como é certo que se verificam – situações absurdas a coberto do DUE, como é o caso de um nacional de um Estado terceiro nascido num Estado-membro beneficiar de mais direitos – entre eles o de não ser discriminado em função da nacionalidade¹⁴ – do que aqueles que beneficiam os nacionais dos Estados-membros que nunca se deslocaram.

A condição da transnacionalidade desmascara contestadas situações de discriminação inversa demonstrativas de que a cidadania constitui, ainda, um domínio relativamente ao qual os Estados-membros são muito sensíveis. Na verdade, em tese, os cidadãos que tenham exercitado o seu direito à livre circulação podem beneficiar de um regime mais favorável que resulta da aplicação do DUE à sua situação. Razão pela qual continua a ser difícil uniformizar em absoluto os direitos de cidadania, vicissitude de que a possibilidade de invocação de derrogações nacionais e a invocação de situações puramente internas, ou seja, relativamente às quais não se verifica qualquer elemento de conexão ao DUE, constitui a perfeita ilustração do tipo de restrições de que podem ser alvo os cidadãos sedentários.

Neste quadro, a doutrina e a jurisprudência recente propõe a resolução desta desarmonia mediante a eliminação do elemento da deslocação transfronteiriça e da aplicação transversal do princípio da igualdade de tratamento. Sendo esta inerente à cidadania, estamos em crer que o direito a não ser discriminado permite quebrar a dependência do exercício da actividade económica e permite a afirmação de que basta ser cidadão europeu, nómada ou sedentário, para beneficiar dos direitos fundamentais previstos nos Tratados.

Nesta medida, um entendimento mais alargado e inclusivo do princípio da igualdade e da não discriminação, agora ligado e assimilado a um direito de cidadania, integrado nos objectivos da União e dotado de eficácia horizontal, vem permitir a expansividade do DUE e a densificação do conteúdo e alcance da cidadania. Se a jurisprudência sufraga ou não esta convicção é o que iremos verificar, não sem primeiro enunciar o feixe de direitos em que tal estatuto se manifesta.

¹⁴ Uma vez que este direito assiste automaticamente a qualquer pessoa que exerça o seu direito de entrada noutro Estado-membro.

3.1. A cidadania como feixe diferenciado de direitos

O estatuto da cidadania desdobra-se nos seguintes direitos:

- O direito de circular e permanecer, cuja disciplina surge ligada à residência, e cujo conteúdo se apresenta variável consoante se trate, ou não, de nacionais de Estados terceiros¹⁵ (arts. 20.º, n.º 2, al. a) e 21.º, n.º 1 do TFUE e art. 45.º da Carta).

- Os direitos de participação política no Estado-membro de residência, que se reservam a cidadãos e que se traduzem no direito de participação política eleitoral para o Parlamento Europeu e para as eleições municipais (arts. 20.º e 22.º do TFUE e arts. 39.º e 40.º da Carta) e no direito a obter protecção diplomática (arts. 23.º do TFUE e 46.º da Carta), o que é dizer que a cidadania contém também uma dimensão externa.

- Depois, já não reservado aos cidadãos e apenas dependendo da residência das pessoas, surgem o direito de queixa ao provedor de justiça (art. 24.º, par. 3.º do TFUE e 43.º da Carta); o direito de petição ao Parlamento Europeu (art. 24.º, par. 3.º do TFUE e art. 44.º da Carta); e o direito de acesso aos documentos do Parlamento, da Comissão e do Conselho (art. 15.º, n.º 3 do TFUE e art. 42.º da Carta).

- Sistemáticamente colocado em diferente localização nos Tratados surge, ainda, o direito de iniciativa popular (art. 11.º, n.º 4 TUE) que assiste aos europeus e que visa concretizar o princípio da democracia representativa.

- Da mesma forma, a Carta também autonomiza o direito a uma boa administração (art. 41.º da CDFUE), direito esse que pode ser atribuído a qualquer pessoa.

4 - O caminho do Tribunal de Justiça da UE

É uma tarefa espinhosa seleccionar os acórdãos que reflectem a vocação expansionista do Tribunal no que toca à aplicação dos direitos fundamentais da União, onde se devem incluir os direitos de cidadania conjugados com o princípio da não discriminação. Vejamos alguns dos acórdãos que nos parecem mais ilustrativos da tese que aqui defendemos:

¹⁵ Dentro desta categoria de pessoas assiste-se a dois regimes diferentes de importantes consequências: um primeiro grupo de direitos pode ser atribuído aos membros das famílias dos cidadãos em circulação ou permanência, em conexão com a liberdade de circulação de pessoas e de serviços. Ou seja, aos trabalhadores e seus familiares e aos cidadãos ainda que economicamente inactivos (ainda que dependentes da posse de recursos suficientes e de um seguro de doença); e um segundo grupo de direitos que poderá, nos termos do art. 45.º n.º 2 da CDFUE, vir a ser concedido aos nacionais de terceiros Estados que obtenham a qualidade de residentes legais.

4.1. – O caso *Martinez Sala*

Neste caso, o Tribunal apoia-se no princípio da não discriminação em função da nacionalidade para fundamentar a sua decisão de outorgar direitos a uma nacional de um Estado-membro economicamente passiva. Tratou-se de um reenvio prejudicial que afirmou que o direito de residência é atribuído directamente a uma pessoa, ainda que ex-trabalhadora, fora do campo de previsão do art. 45.º e 48.º do TFUE. Neste acórdão¹⁶, o Tribunal anuncia a sua posição futura¹⁷ no que concerne à afirmação da posição jurídica subjectiva fundamental dos cidadãos, consubstanciada na proibição geral da discriminação em função da nacionalidade e o direito de circular e de residir no espaço da União, contribuindo para o alargamento do campo de aplicação das normas dedicadas à cidadania, desligando-as da necessidade de exercício de uma actividade profissional. O Tribunal afirmou que o direito de residência se inclui no domínio de aplicação *ratione personae* do Tratado consagrado à disciplina da cidadania e o Advogado-geral reconheceu o direito de residir em qualquer Estado-membro como um direito primário reconhecido como uma liberdade fundamental dos cidadãos, obtida directamente do Tratado.

Os factos em discussão eram os seguintes: a Senhora Sala, espanhola e residente na Alemanha, trabalhara até 1986 e beneficiara, desde 1988, de assistência social. Em 1993 solicitou um subsídio para a criação de sua filha. Tal subsídio tinha-lhe sido negado com base numa exigência não por ela cumprida, qual fosse a exibição do título de residência – requisito exigido apenas para não alemães. Depois de definir o conceito de trabalhador e empreender sobre a distinção entre prestação familiar e vantagem social, o Advogado-geral afirmou que a concessão de um subsídio, cuja existência se incluía *ratione materiae* no DUE, não poderia ficar condicionada à posse de um título de residência. Na sua opinião, tal concessão seria um mero acto de confirmação, não constitutivo de direitos, apenas servindo para esclarecer a situação de uma pessoa no Estado de permanência. Após concluir que Sala já não era trabalhadora LA PERGOLA pergunta qual seria, então, o título que permitiria a uma pessoa que tinha exercido as liberdades, não ser discriminado em relação aos cidadãos alemães, entre os quais residia. Nesse quadro, o Advogado-geral proporia que o então art. 8.º-A, que consagrava a cidadania, teria de ter um conteúdo novo e mais lato do que aquele que exigiam as Directivas que asseguravam o direito de entrada, permanência e residência no território de outros Estados-membros. Tendo tal conteúdo de comportar não só uma liberdade, mas um verdadeiro direito primário de circular, e também de residir em qualquer Estado. Assim sendo, tratar-se-ia de considerar o indivíduo como sujeito de direito e a

¹⁶ Ac. de 12/5/98, *Martinez Sala*, proc. C-85/96, Col. 1998, p. I-2691.

¹⁷ Especialmente ilustrativo desta afirmação, no que concerne ao princípio da não discriminação em função da nacionalidade, ainda que sem deslocação prévia, v. ac. de 2/10/2003, *Garcia Avello*, proc. C-148/02, Col. 2002.

cidadania como título da sua situação jurídica de base, como qualidade subjectiva complementar à sua nacionalidade, que lhe permitiria beneficiar da não discriminação em função da nacionalidade e, com isso, aceder àquela vantagem social.

Esta jurisprudência evidenciou que os direitos de cidadania resultavam directamente do DUE, e não por concessão individual dos Estados. Perante as sugestões do Advogado-geral, o Tribunal responde que, apesar de Sala não ser já trabalhadora assalariada,¹⁸ e, por consequência, os filhos não terem direito a beneficiar de prestações sociais se maiores que 21 anos e não estiverem a cargo, uma vez autorizada a residir na Alemanha, não lhe poderia ser posteriormente exigível a posse de um título cuja emissão incumbia à administração alemã – pois, na verdade, encontrava-se na situação de qualquer alemão que, automaticamente, beneficiaria daquela prestação.¹⁹ O título de residência deveria ter um valor declarativo e a necessidade da sua exibição conduziria a uma desigualdade de tratamento, constitutiva de uma discriminação proibida pelo Tratado.

Apesar de prenunciador neste acórdão o Tribunal ainda não assume, claramente, o conteúdo autónomo da cidadania. Não obstante, esta jurisprudência ampliou o espaço de protecção conferido pelo DUE relativamente a medidas nacionais lesivas dos direitos fundamentais, transvertendo o princípio da não discriminação em verdadeiro direito fundamental dos cidadãos. Também o Tribunal fez o seu caminho caminhando.

4.2. O caso *Bickel and Franz*

Este aresto²⁰ tratava da situação de dois arguidos, cujo nexos de ligação ao DUE era a nacionalidade de ambos (austríaca e alemã) e o exercício da livre circulação. Contrastando com o caso anterior e com um nítido avanço sobre ele, o Tribunal não se centra nas decorrências da prestação de serviços que os indivíduos teriam recebido (art. 56.º TFUE) e na possibilidade de se deslocarem e circularem livremente no Estado de acolhimento – mas, essencialmente, na consequente aplicabilidade do princípio da não discriminação, dirigindo o seu raciocínio para os efeitos da consagração da cidadania e da sua ligação àquele o que torna este caso bem ilustrativo do percurso do Tribunal.

Os factos em discussão eram os seguintes: tratava-se de dois indivíduos, detidos em Bolzano, que invocavam não conhecer a língua italiana e exigiam que o processo intentado contra eles decorresse em alemão. Segundo eles, nessa localidade a minoria germanófona residente tinha esse direito relativamente à

¹⁸ Conforme dispunha o art. 7.º, n.º 2, do Reg. (CEE) n.º1612/68 do Conselho, entretanto revogado pela Directiva 2004/38.

¹⁹ Na acepção do art. 4.º, n.º1, al. h), do Reg. (CEE) n.º 2001/83 do Conselho, ou seja, prestação familiar. Já o art. 7.º, n.º 2 do então Reg. N.º 16/12/68 reconhece o direito às vantagens sociais, relacionadas ou não com um contrato de trabalho.

²⁰ Ac. de 24/11/98, *Bickel and Franz*, proc. C—274/96, Col. 1998, p. I-2691.

utilização de serviços públicos e órgãos judiciais. Por outro lado, segundo os arguidos, o direito de fazer com que o processo decorresse na sua língua deveria ser-lhes garantido. A dúvida era se uma regulamentação nacional poderia conferir àquela minoria que utilizasse uma língua não principal num processo judicial, sem conferir esse direito aos nacionais de outro Estado-membro que lá circulassem ou permanecessem. O Tribunal entendeu que o uso da língua era susceptível de facilitar a livre circulação e permanência das pessoas, o que justificava que os arguidos tivessem direito a um tratamento não discriminatório relativamente aos nacionais do Estado onde se encontravam. A não ser assim, os nacionais italianos que residissem naquela região poderiam utilizar o alemão e os nacionais de língua alemã de outros Estados-membros que lá circulassem ou permanecessem não poderiam, o que não seria objectivamente justificável.

Neste acórdão, o Tribunal desliga o gozo dos direitos de cidadania da necessidade de exercer uma das liberdades, permitindo que através deles se possa aceder ao padrão de jusfundamentalidade europeia. Por outro lado, destaca os limites às competências dos Estados-membros.

4.3. O caso *Grzelcyk*

Neste caso o Tribunal já diz, claramente, que o facto de se ser cidadão faz recair qualquer situação no âmbito material do Tratado, ressaltando a ligação entre a situação pessoal e o exercício de um direito de livre circulação. Tratava-se de duas questões prejudiciais interpretativas que levaram o Tribunal a afirmar que o «*estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-membros que permite aos que entre estes se encontrem na mesma situação obter, independentemente da sua nacionalidade e sem prejuízo das excepções expressamente previstas a este respeito, o mesmo tratamento jurídico*»²¹.

Francês, Grzelcyk, estudava e residia na Bélgica. Durante os três primeiros anos custeou as suas despesas exercendo trabalhos assalariados, mas no quarto ano solicitou o «minimex». Revestindo este subsídio a natureza de uma vantagem social relativa à livre circulação dos trabalhadores, e não obstante ter-lhe sido concedido, foi-lhe entretanto revogado tal benefício devido a ser um estudante não nacional.

Apesar de se afirmar que o art. 21.º (ex 8.º-A) não gozava de efeito directo, nem apresentava um conteúdo novo, bem como que a sua aplicação deveria respeitar os limites do Tratado e os precisados no direito derivado, foi referido que os nacionais dos Estados-membros já não eram factores económicos, mas sim cidadãos com direito a não serem discriminados em razão da nacionalidade (art.

²¹ Ac. de 20/9/2001, *Grzelczyk*, proc. C—184/99, Col. 2001, p. I-2691, par. 20.

18.º TFUE), relativamente a matérias que resultassem do âmbito de aplicação *ratione materiae* do Tratado.

Quanto aos limites do direito derivado, em concreto a prova da suficiência económica e da constituição de um seguro de doença, a Directiva não exigia montantes mínimos e não permitia concluir que um estudante que recorresse à assistência social fosse automaticamente excluído da possibilidade de permanecer no Estado de acolhimento. Apenas a sobrecarga injustificada para as suas finanças viabilizaria esta posição. Assim sendo, também os estudantes teriam, doravante, direito à assistência social nas mesmas condições que os nacionais do Estado onde se encontrassem. Portanto, neste acórdão, a cidadania foi encarada como um factor de “vinculação permanente” ao Estado-membro de acolhimento.

4.4. O caso Zambrano

O ac. *Zambrano*²² prossegue esta tendência dinâmica. Tratava-se de uma situação de discriminação inversa²³: nacionais belgas privados do direito à reunificação familiar vêm levantar o problema do âmbito dos direitos fundamentais, e se os mesmos poderiam ser invocados sem nexos evidentes com o DUE. Discutia-se se era reconhecido a cidadãos europeus, menores, invocarem um direito de residência no próprio território do Estado-membro, independente do exercício da circulação. Ou seja, independentemente de deslocação ou elemento transfronteiriço. A concessão da autorização de residência determinaria – doravante – a aplicabilidade dos direitos fundamentais não só a cidadãos dinâmicos (ativos ou inativos) mas também a estáticos, por via da proibição da discriminação em razão da nacionalidade, previsto no art. 18.º do TFUE, interpretado de modo a impedir a discriminação inversa²⁴ provocada pelo não exercício dos direitos previstos no art. 21.º do TFUE: o direito de circular e o direito de permanecer de forma a desligar o último da dependência do primeiro.

Tratava-se da regularização da família Zambrano, colombiana, portadora de um visto emitido pela embaixada Belga, em Bogotá, com sucessivos pedidos de asilo e

²² Ac. de 8/3/2011, *Ruíz Zambrano*, proc. C-34/09, Col. 2011, p. I-1177.

²³ Nos termos do par. 147 das Conclusões, de 30/9/2010, destaca-se uma situação integrável no art. 52.º, n.º 3 da Carta: «Quando a discriminação inversa conduziu a um resultado que fosse considerado uma violação de um direito protegido pelo Tribunal de Estrasburgo, seria, de igual modo, considerado uma violação de um direito protegido pelo nosso Tribunal de Justiça. Assim, o direito da UE assumiria a responsabilidade de remediar as consequências da discriminação inversa causada pela interacção do direito da UE com o direito nacional somente nos casos em que essas consequências fossem incoerentes com os níveis de protecção mínimos estabelecidos pela CEDH.»

²⁴ Por nos parecer um argumento convincente, vale a pena transcrever o par. 144, das mesmas Conclusões: «(...) sugiro ao TJ que o artigo 18.º TFUE seja interpretado no sentido de que proíbe a discriminação inversa causada pela interacção entre o art. 21.º TFUE e o direito nacional que implica a violação de um direito fundamental protegido pelo DUE, quando não estiver prevista uma protecção pelo menos equivalente no direito nacional.»

de autorização de residência²⁵, recusados, com dois filhos (menores) de nacionalidade belga. Os filhos do casal nunca se tinham ausentado do país natal e apenas poderiam lá viver na companhia de seus pais. Discutia-se, portanto, a possibilidade de ser atribuído aos ascendentes de cidadãos o direito fundamental de permanência, por extensão dos direitos de seus filhos, apesar de estes não terem exercido qualquer liberdade. No fundo, estava de novo em causa determinar se o direito de cidadania – integrando uma competência material da União – poderia atribuir por si só, directa e autonomamente, direitos fundamentais (proteção da vida familiar e direitos da criança) advindos da sua dupla previsão nos tratados e na Carta, por via da conjunção dos dispositivos indicados (18.º e 20.º TFUE) com os arts. 21.º, 24.º e 34.º da Carta. A não ser assim, a expulsão dos pais privaria os filhos, cidadãos europeus, do gozo efetivo do conjunto de direitos que decorriam do seu estatuto, ligando uma situação aparentemente interna ao DUE, por via da cidadania. Nesse quadro, o Tribunal afirmaria que uma medida nacional que tivesse como efeito privar os cidadãos do gozo genuíno da substância dos direitos²⁶ decorrentes do estatuto de cidadania não poderia ser qualificada como uma situação puramente interna, alargando a aplicação do padrão de jusfundamentalidade àquelas medidas.

Esta jurisprudência estabelecia a necessidade de provar a privação do gozo efetivo do direito de circular e permanecer, para avaliar da aplicação do padrão de jusfundamentalidade da Carta. Na opinião da Advogada-geral, tratava-se, igualmente, de determinar o âmbito de protecção do direito fundamental ao respeito pela vida familiar, consagrado no art. 7.º, cuja fruição resultaria violada por uma ordem de expulsão. Desta forma, indagar-se-ia o entendimento do Tribunal sobre se tal direito poderia ser invocado directamente ou se precisaria de um nexo de ligação específico ao DUE. Numa palavra, tratava-se de aferir o alcance dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União. Contudo, uma vez resolvido positivamente o pedido de Zambrano o Tribunal acabou por não se confrontar com esta questão. Ao tempo da ocorrência dos factos a Carta não era ainda judicialmente vinculativa, assim o libertando de se pronunciar naquele sentido.

²⁵ No mesmo sentido, o direito de circular, associado ao direito de residência, tinha sido já reconhecido no ac. de 19/10/2004, *Zhu e Chen*, proc. C-200/02, Col. 2004, p. I-9925, através do reconhecimento do direito ao ascendente, nacional de Estado terceiro, que assumiu o encargo do menor, para assim assegurar o efeito útil dos seus direitos. A criança nascera no território de um Estado-Membro, e adquirira a sua nacionalidade por ter lá nascido, bem como adquirira o direito de entrar e residir noutro Estado-Membro, em virtude da sua qualidade de cidadã europeia – ainda que filha de chineses. Tal direito foi igualmente reconhecido a sua mãe. O caso prova que a situação de nacionais de Estados-membros que não fizeram uso do direito de circulação, não pode justificar que seja equiparada a uma situação puramente interna.

²⁶ *Zambrano, cit.*, par. 42: «(...) o art. 20.º TFUE obsta a medidas nacionais que tenham o efeito de privar os cidadãos do gozo efectivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União».

4.5. O caso *Murat Dereci*

O caso anterior daria origem a uma sequência de questões prejudiciais sobre a interpretação do art. 20.º do TFUE, a propósito de uma série de pedidos de autorização de residência e sucessivas recusas e ordens de expulsão do território austríaco. Os pedidos teriam sido formulados por membros da família de cidadãos da União que nunca haviam exercido o seu direito de livre circulação, e que solicitavam um direito de residência cuja recusa, segundo eles, ocasionaria «*uma privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União*».

Este processo *Murat Dereci*²⁷, viria estabelecer o alcance do acórdão anterior, contribuindo para a determinação do que seriam situações puramente internas. Depois de concluir que as Diretivas 2003/86 e 2004/38 - relativas ao reagrupamento familiar e ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-membros - não eram aplicáveis a nacionais de Estados terceiros que tivessem requerido a autorização de residência para se juntarem a cidadãos europeus que nunca haviam exercido o seu direito de livre circulação, o Tribunal pronunciou-se quanto à aplicabilidade das disposições da cidadania e do respeito pela vida privada e familiar. Todavia, consideraria as situações substancialmente diferentes do caso *Zambrano*.

Solicitado para avaliar sobre se a recusa de autorização de residência privaria os familiares do gozo efetivo daqueles direitos, o Tribunal, provavelmente por se tratar de uma área de grande sensibilidade política (controlo da imigração) cuja competência pertencia à esfera estadual, assumiu uma postura de autocontenção declarando que lhe incumbia interpretar o DUE à luz da Carta, no respeito pelos limites de competências, estribando-se numa interpretação restrita do art. 51.º, n.º 2. Pelo que, segundo ele, apenas a circunstância de um cidadão ser obrigado a abandonar, não só o território do Estado Membro de que seria nacional, mas a totalidade do território da União (*Zambrano*) é que justificaria a concessão da autorização de residência a familiares, nacionais de Estados terceiros, o que não era o caso.

Assim sendo, a apreciação da medida deveria resultar do nível nacional e convencional (art. 8.º da CEDH), por não estar demonstrado que a situação em apreço se integrava no âmbito de aplicação do DUE. Inexistindo dependência económica dos cidadãos europeus relativamente aos nacionais de Estados terceiros, o Tribunal, no par. 74, decidiu que «(...) o DUE, designadamente as suas disposições relativas à cidadania da União, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que um Estado Membro recuse a um nacional de um Estado terceiro a residência no seu território, quando esse nacional pretenda residir com um membro da sua família que é cidadão da União, residente neste Estado Membro, do

²⁷ Ac. de 15/12/ 2011, *Murat Dereci*, proc. C-265/11, Col. 2011, p. I-11315, par. 33.

qual tem a nacionalidade, e que nunca exerceu o seu direito de livre circulação, desde que tal recusa não comporte, para o cidadão da União em causa, a privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar».

O Advogado-Geral²⁸ salientou que o critério adotado em *Zambrano*, não incluía – ainda – o direito ao respeito pela vida familiar, tal como consagrado na Carta. Tal direito, por si só, não justificava o nexo de ligação com o âmbito de aplicação do DUE, assim se respeitando o princípio de atribuição de competências. Nesta medida, os filhos do casal *Dereci*, cidadãos europeus, em virtude da inexistência da deslocação e de privação do gozo efetivo dos seus direitos, apenas beneficiariam do direito ao reagrupamento familiar se assim o viessem a entender os órgãos jurisdicionais nacionais, nos termos da sua própria legislação e dos seus vínculos internacionais. Outra seria a solução do Tribunal se a mulher de *Dereci* e seus filhos se instalassem noutra país para aí prestarem ou receberem serviços. Portanto, para esta jurisprudência, apenas o uso das liberdades determinaria a aplicação do nível de protecção assegurado pela Carta, aí não se aplicando a decorrente do nível nacional e do convencional.

Apesar de paradoxal, este pensamento é consonante com a interpretação do art. 53.º da Carta. Cremos que o Tribunal estabeleceu a dependência do gozo e fruição de um direito fundamental reconhecido pela Carta de uma deslocação, para pôr cobro a situações de incerteza jurídica. Nesse seu intuito, deixou na penumbra todas as facetas do que fosse a privação do gozo efetivo dos direitos essenciais decorrentes da cidadania, ou da verificação de entraves ao exercício da livre circulação e residência, conceitos proclamados em anterior jurisprudência.

4.6. O caso *McCarthy*

O Tribunal já havia decidido no mesmo sentido restritivo, neste caso *McCarthy*²⁹. Apreciando a situação de uma cidadã – com dupla nacionalidade inglesa e irlandesa – que nunca tinha feito uso dos seus direitos de circulação e que sempre residira no RU, o Tribunal clarificara a fórmula utilizada em *Zambrano*, esclarecendo que os efeitos da cidadania se deveriam circunscrever a situações, relativamente às quais os cidadãos tivessem de deixar o território da sua nacionalidade e de todo o espaço da União. É certo que o Tribunal afirmou que, sendo a cidadania o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-membros³⁰, o facto de não se usar o direito de livre circulação não pode ser equiparável a uma situação puramente interna. A Sra. *McCarthy* gozaria dos direitos de cidadania nos termos do art. 20.º, n.º 1, TFUE, podendo invocar os direitos daí decorrentes, mesmo relativamente ao Estado da sua nacionalidade, tal como previstos no art. 21.º do mesmo tratado. Contudo,

²⁸ Par. 40 das Conclusões do Advogado-Geral apresentadas em 29/9/2011.

²⁹ Ac. de 5/5/2011, *McCarthy*, proc. C-434/09, Col.2011, p.3375.

³⁰ Ac. de 5/5/2011, *McCarthy*, *cit.*, pars. 46 e 47.

aos olhos do Tribunal, no caso em apreço, nada indicava que a cidadã em causa não pudesse gozar da substância de tais direitos, ainda que se não reconhecesse o direito de residência do nacional de Estado terceiro com quem havia casado, jamaicano, pois ela não havia circulado.

Assim, ao contrário do caso *Zambrano*, a Sra. *McCarthy* não teria de deixar o território da União, pois gozaria do direito incondicional de residência no Estado de que era nacional. Nesse contexto, no par. 55, o Tribunal declararia que a situação da cidadã em causa não apresentava conexão com o DUE e que todos os elementos da situação se encontravam circunscritos ao interior de um Estado-membro³¹. Juízo que o levou a afirmar, no par. 56, que «o art. 21.º TFUE não é aplicável a um cidadão da União que nunca tenha feito uso do seu direito de livre circulação, que sempre tenha residido num Estado-membro do qual possua a nacionalidade e que possua, além disso, a nacionalidade de outro Estado-membro, desde que a situação desse cidadão não comporte a aplicação de medidas de um Estado-membro que tenham por efeito privá-lo do gozo efetivo do essencial dos direitos 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».

Ora, ao excluir a situação do âmbito do DUE, acatando linearmente as limitações do art. 51.º, da Carta, o Tribunal limitou o alcance do DUE não avaliando a conformidade da medida com o seu parâmetro jusfundamental, nomeadamente não observando a situação à luz do respeito pela vida privada e familiar. Com efeito, o art. 7.º da Carta não foi considerado nexó de conexão suficiente para determinar a ligação ao DUE nos casos de inexistência de liberdade de circulação. Situação tanto mais grave, quanto os direitos de cidadania são duplamente abrangidos pelos tratados e pela Carta.

Esta jurisprudência, pós-*Zambrano*, exigindo a prova de um entrave³² ao exercício da liberdade de circulação e residência, pode ser lida como uma involução³³ da tendência expansionista seguida pelo Tribunal, impedindo a afirmação da tese de que o papel dos direitos fundamentais, contidos na Carta, limita a acção dos Estados-membros nas situações que possam ter a ver com o âmbito de aplicação do DUE. Uma vez mais, o Tribunal evidenciava as duas almas da Carta: entre limites e expansão era o caminho que lhe incumbia traçar.

Ainda assim, não lemos as palavras do Tribunal como um verdadeiro recuo da tese que apontamos. Com efeito, o Tribunal, em jurisprudência sucessiva, sublinhou que os Estados-membros não poderiam aplicar medidas que tivessem por efeito

³¹ Ac. de 5/5/2011, *McCarthy*, cit., par. 55.

³² Alertando para a maior dificuldade em provar o impedimento do gozo efetivo enunciado em *Zambrano* do que o entrave enunciado em *McCarthy*, vd. par. 31, nota 21, das Conclusões do Advogado-Geral MENGOZZI, de 29/9/2011, *Murat Dereci*, proc. C-256/11, Col. 2011, p. I-11315.

³³ Em sentido oposto, Ac. de 3/6/1974, *Casagrande*, proc. 9/74, Col. 1974, p. I-773 e Ac. de 6/9/2011, *Ivana Scattolon*, Col. C-108/2010, Col. 2011, p. I-7491.

privar os cidadãos do “gozo efetivo do essencial dos direitos” de cidadania ou dificultar gravemente o seu exercício³⁴. Com estas palavras quer parecer que o Tribunal pretende salvaguardar a “essência” ou núcleo essencial destes direitos relativamente a medidas nacionais que os violem ou dificultem, criando uma delimitação negativa transversal que deve acrescer aos critérios de “aplicação” ou “derrogação” dos tratados, por parte dos Estados.

Neste quadro, vale a pena fazer um pequeno apontamento sobre as Conclusões de POIARES MADURO³⁵, no processo *Centro Europa*, que consubstanciam uma importante tomada de posição sobre a competência do Tribunal para fiscalizar a conformidade dos actos nacionais com os direitos fundamentais da UE. O Advogado-Geral, no par. 16, recordando as conclusões de JACOBS no processo *Konstantinidis*³⁶, afirmaria que já se pode afirmar que «qualquer nacional de um Estado-membro que exerça uma atividade económica noutra Estado pode, ao abrigo do direito comunitário, invocar a proteção dos seus Direitos Fundamentais». Partindo da diferença entre o poder de fiscalização de qualquer medida nacional à luz dos direitos fundamentais e competência para verificar se os Estados-membros garantem o nível de tutela necessária àqueles direitos, o Advogado-Geral afirmaria que apenas o segundo tipo de situação seria verificável na União, pois só ela decorre da necessidade do cumprimento das suas obrigações como membros da União.

4.7. O caso O.S.

No mesmo sentido, assinalando uma maior prudência na delimitação da aplicação pessoal do DUE, o caso *O., S.c. Maahanmuuttovirasto*³⁷ cuja matéria novamente versava sobre a interpretação do art. 20.º TFUE e sobre autorizações de residência a título de reagrupamento familiar de nacionais de Estados terceiros, de novo questiona o alcance da então vanguardista decisão *Zambrano*, estreitando a expansividade de vária jurisprudência anterior. Com efeito, o Tribunal, no par. 38 afirma que «(...)O. e M. não são os pais biológicos das crianças de tenra idade, que

³⁴ Ac. McCarthy, cit., par. 56.

³⁵ Conclusões do Advogado-Geral MIGUEL POIARES MADURO apresentadas em 12/9/2007, *Centro Europa*, proc. C-380/05, Col. 2008, p. I-00349.

³⁶ Provando que o caso não trata apenas da não discriminação em razão da nacionalidade, mas de um direito fundamental à identidade pessoal, vd. Conclusões do Advogado-Geral JACOBS, de 9/12/1992, *Christos Konstantinidis*, proc. C-168/91, Col.1993, p. I-1191, par. 46: «Em minha opinião, um nacional comunitário que vai para outro EM como trabalhador assalariado ou não assalariado (...), não tem só o direito de exercer a sua actividade ou profissão e de gozar das mesmas condições de vida e de trabalho que os nacionais do Estado de acolhimento; além disso, tem o direito de presumir que, aonde quer que vá ganhar a vida na Comunidade Europeia, será tratado de acordo com um código comum de valores fundamentais, em especial os que constam da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Por outras palavras, tem o direito de afirmar 'civis europeus sum' e de invocar esta condição para se opor a qualquer violação dos seus DF.» No mesmo sentido, vd. par. 83.

³⁷ Ac. de 6/12/2011, *O.S. c. Maahanmuuttovirasto*, proc. C-356/11 e C-357/11, Col. 2011, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>.

são cidadãos da União e das quais essas pessoas pretendem fazer derivar o seu direito a uma autorização de residência. Estes últimos não têm a guarda dessas crianças. Além disso, na medida em que as mães dessas crianças gozam elas próprias de uma autorização de residência permanente na Finlândia, os seus filhos, cidadãos da União, não seriam obrigados a deixar o território da União, contrariamente às crianças em causa no processo que deu origem ao ac. Ruiz Zambrano, já referido. Se as mães desses cidadãos da União decidissem deixar o território da União para preservar a unidade familiar, não se trataria de uma consequência inevitável da recusa do direito de residência oposta aos seus cônjuges».

O Tribunal recordaria que a situação de cidadãos que não fizeram uso da livre circulação não deve ser equiparada a uma situação puramente interna, pois o estatuto de que são titulares é por eles invocável, mesmo contra o Estado de que são nacionais. Todavia, sublinhando a particularidade do critério utilizado em *Zambrano*, relativo à privação do “essencial do gozo efetivo dos direitos conferidos pelo estatuto da União,” de novo afirma que tal critério apenas poderia ser utilizado nos casos em que as medidas nacionais de recusa de residência frustrassem, “em absoluto”, o efeito útil das disposições da cidadania. Nessa medida, no par. 56, o Tribunal salienta que «*é a relação de dependência entre o cidadão da União de tenra idade e o nacional de um país terceiro a quem um direito de residência é recusado que pode pôr em causa o efeito útil da cidadania da União, dado que é essa dependência que coloca o cidadão da União na obrigação, de facto, de abandonar não só o território do Estado-membro de que é nacional mas também o de toda a União, como consequência dessa decisão de recusa*», razão pela qual se não opunha à decisão da Finlândia recusar a autorização.

Convém precisar que o Tribunal, também no último ac. referido, a propósito da apreciação da Diretiva 2003/86/CE, recorda que ela estabelece as condições do reagrupamento familiar por parte de nacionais de Estados terceiros legalmente residentes no território da União, devendo ser interpretada pelos Estados de modo a favorecer o reagrupamento e impondo-lhes, em alguns momentos, obrigações positivas correspondentes aos direitos subjetivos nela enunciados. Assim, por um lado, na medida em que autoriza o reagrupamento familiar a certos membros da família do requerente não concede margem de apreciação aos Estados-membros. Por outro lado, sublinha que nas matérias de apreciação individualizada (apreciação de recursos estáveis, regulares e suficientes), a sua interpretação não deve prejudicar o seu objetivo e efeito útil, salientando que a Directiva respeita os direitos fundamentais e cumpre os princípios tal como consagrados na Carta. Desse modo, no seguimento do art. 52.º, n.º 3, o seu art. 7.º, lido em conjugação com o art. 24.º, n.º 1, da Carta, impõe um sentido e alcance daqueles direitos correspondentes ao art. 8.º da CEDH, que reconhece o respeito pela vida privada e familiar e a consideração do interesse superior da criança, como critério que deve presidir à sua aplicação. Ora, o Tribunal, no par. 78 do ac., aproveitou para exortar que os Estados

estão vinculados a uma interpretação do seu direito interno de modo conforme aos compromissos do DUE, e salientou que a interpretação do direito derivado não deve «*entrar em conflito com os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da União*», antes se devendo fazer à luz dos preceitos da Carta. Desta forma, bem vistas as coisas, também este acórdão concretizou um momento de expansão dos direitos de cidadania, generalizando o controlo indireto do padrão de jusfundamentalidade da União.

Só esta interpretação se compagina com a dimensão humana da integração europeia. Nas palavras da Advogada-Geral SHARPSTON³⁸, «*(...)Os cidadãos não são «recursos» utilizados para produzir bens e serviços, mas pessoas vinculadas a uma comunidade política e protegidas pelos direitos fundamentais*», por isso, continuando com as palavras da Advogada-Geral, «*quando os cidadãos circulam, fazem-no como seres humanos e não como «robots». Apaixonam-se, casam e criam famílias*». Nesse sentido, a Europa da livre circulação tem de ser a Europa da Cidadania.

Aqui chegados é tempo de apresentar uma prévia conclusão sobre a evolução da jurisprudência: numa primeira fase, que se situou até ao acórdão *Martinez Sala*, o Tribunal exigia o requisito da deslocação e da transnacionalidade para proteger as liberdades fundamentais. A verificação do pressuposto pessoal de aplicação do DUE passava pela circunstância dos indivíduos serem trabalhadores e o pressuposto material implicava que a situação se inserisse no direito de livre circulação atribuída pelo Tratado. Numa segunda fase, que se esboçou depois daquele acórdão, o Tribunal recorria ao princípio da igualdade e da não discriminação em função da nacionalidade. De igual modo, passou também a exigir o direito de residência, alargando o âmbito pessoal do Tratado. Ou seja, nessa fase iniciou o processo de desvinculação do exercício de uma actividade económica, para garantir a protecção facultada pelo DUE. Numa terceira fase, que se situou depois do acórdão *Zhu e Chen*, o Tribunal desligou-se da necessidade de deslocação efectiva. Numa quarta fase, que se situou depois do *Zambrano*, o Tribunal permitiu a invocação dos direitos fundamentais pela via da cidadania europeia. A partir daqui, fixa como critério determinante o “gozo efectivo dos direitos associados ao estatuto de cidadão”. Estamos em crer que esta curta trajectória permite-nos concluir que o mercado, e a sua sinergia economicista, deixou de constituir o epicentro da integração europeia.

5. Conclusão

É nossa convicção que a protecção jurídica dos direitos fundamentais dos particulares; o respeito pelo princípio geral da igualdade; a eliminação da diferença entre cidadãos estáticos e dinâmicos; o gozo efectivo do essencial dos direitos de cidadania; e a salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais enquanto limite de todos os limites dos direitos restringíveis expandiu o parâmetro de jusfundamentalidade da União. Neste contexto o «estatuto fundamental dos

³⁸ Conclusões de 30/9/2010, *Zambrano*, proc. C-34/09, Col. 2009, p. I-1177.

nacionais dos Estados-membros», ancorado na ideia de uma cidadania de inclusão, relativamente à qual o nexo da nacionalidade cede agora a vez ao nexo da residência, permitirá – não obstante o horizonte de crise e de falta de solidariedade que trespassa a Europa - a construção de um verdadeiro “espaço político comum.” Só este percurso se compagina com a dimensão humana da integração.