

Maria Natália Faria dos Santos Gonçalves

O ÂMBITO DE VINCULAÇÃO DA CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Tese de Doutoramento em Direito da União Europeia
orientada pelo Professor José Carlos Vieira de Andrade
e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Outubro de 2013



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Maria Natália Faria dos Santos Gonçalves

O ÂMBITO DE VINCULAÇÃO DA
CARTA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS DA UNIÃO
EUROPEIA

Tese de Doutoramento em Direito da União Europeia orientada por Professor José Carlos Vieira de Andrade e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Outubro de 2013



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Ao Rui, ao Afonso e ao Rafael

Resumo

O propósito da dissertação é o de caracterizar e delimitar o âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da União Europeia tendo por base o artigo 51.º da Carta de Direitos Fundamentais e a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União. Pretendemos isolar em que tipo de situações as normas de direitos fundamentais da UE podem ser invocadas pelos particulares para sua defesa contra actos jurídicos praticados por entidades jurídico-públicas e por entidades privadas.

A dissertação encontra-se dividida em três partes; a primeira de cariz introdutório permite o enquadramento da problemática; segue-se o desenvolvimento da investigação com a qualificação do tema como questão de natureza jurídico-metodológica que se analisa em duas vertentes de vinculação: a eficácia vertical e a eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais. A terceira parte cumpre um propósito conclusivo; por um lado, constitui uma síntese da análise precedente e por outro lado, contém uma série de reflexões relativamente à necessidade de recentrar a temática do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais no que se refere aos actos jurídicos desenvolvidos no plano dos Estados-membros.

Abstract

The purpose of this thesis is to characterize and give bounds to the scope of application for the rules of fundamental rights in the European Union. The foundations of the work are the Charter of Fundamental Rights and the case law of the European Court of Justice. Our aim is to identify in which particular situations the rules of fundamental rights may be invoked by the private parties in defense of their position against juridical acts committed by third parties, public or private entities.

The thesis is divided in three parts; the first is the introduction that intends to give a context to the problem. The second part is the development of the research that starts by qualifying the discussion in two different juridical perspectives: the vertical and the horizontal effect of the fundamental rights. The third part has a conclusion purpose, giving, in one hand, a synthesis of the second part analysis, and by the other hand giving a series of issues concerning the need of focusing the fundamental rights range of application in the context of the juridical acts in each member state.

Agradecimentos

Agora que termino esta etapa e faço um exercício de retrospectiva trago à memória com emoção todas as angústias, todas as incertezas e todas as dificuldades, as que superei e as que nem por isso. Mas também a esperança, a fé, o esforço e a perseverança.

Feito o balanço concluo que a experiência de elaboração deste texto foi muito gratificante do ponto do crescimento académico e profissional, não fosse a investigação uma fonte de prazer e de realização. Contudo, em nada se compara ao quanto avancei do ponto de vista pessoal e humano. Aproveito, por isso, este espaço para agradecer vivamente a toda a minha família, em especial aos meus pais que me acolheram carinhosamente na fase da redacção e me dedicaram toda a sua disponibilidade e aos meus sogros pelo modo generoso com que respondem a todas as solicitações. Agradeço ao meu marido pelo seu fantástico apoio, pela paciência e por todas as responsabilidades familiares que nas minhas ausências assumiu primorosamente. Grata também aos frutos do meu ventre por tudo o quanto me ensinam quotidianamente e que guardo com a humildade de quem nada sabe.

Fujo deliberadamente à ortodoxia dos agradecimentos qualificando primeiramente a família porque é nela que as minhas raízes mergulham e é nela que incondicionalmente encontro amparo. Mas também os meus amigos são bens altamente preciosos pelas asas que em mim vêm. Neste momento não posso deixar de valorizar os que mais de perto me têm acompanhado nos últimos tempo e que importantes foram; eles sabem quem são.

Uma enorme palavra de estima e agradecimento ao Professor José Carlos Vieira de Andrade, pelo seu inestimável apoio, confiança e por responder sempre positivamente às minhas emergências. Sem ele, nada teria sido possível.

Finalmente, o meu reconhecimento e gratidão a todos os que na Faculdade de Economia da Universidade do Porto sempre me incentivaram e animaram nesta caminhada; desde os meus queridos estudantes, aos colegas da Secção Autónoma de Direito e não só, e em especial, à Biblioteca da FEP pelos recursos que me foram facultados e pela eficiência dos serviços.

Porto, Outubro de 2013

Maria Natália Faria dos Santos Gonçalves

§ Introdução geral

A UE não é um Estado a quem a protecção dos direitos fundamentais tradicionalmente se associa com foros de dignidade constitucional, nem uma organização internacional criada para esse efeito. Porém, é sabido que, com maior ou menor intensidade, o tema dos direitos fundamentais no contexto da integração europeia marcou a agenda comunitária e que, após um diuturno caminho durante o qual a protecção assentou em motivações e fundamentos nem sempre inequívocos, o Tratado de Lisboa¹ vem oferecer pela primeira vez um catálogo de direitos fundamentais dotado de eficácia vinculativa.

Com que sentido a UE assume funções de protecção de direitos fundamentais? Que termos reveste essa protecção e quais os seus efeitos? Que posição é assumida perante sistemas de protecção concorrentes? A resposta a estas e outras questões é fundamental para, na perspectiva dos particulares, entender-se o que acrescenta em benefício a concepção de mais um patamar de protecção dos direitos fundamentais na Europa comunitária².

Contudo, a tudo isto se antecipa uma questão central que prendeu a nossa atenção – em que situações pode ser convocado o sistema de protecção de direitos fundamentais da UE? Ou então, podem todos os actos jurídicos na UE ser escrutinados

¹ Assinado em 13 de Dezembro de 2007 pelos chefes de Estado ou de Governo dos 27 Estados-Membros, entrou em vigor a 1 de Dezembro de 2009 e vem alterar o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, agora designado por Tratado sobre o Funcionamento da União.

² Usaremos o termo “*comunitária(o)*” *lato sensu* para com ele adjectivar aspectos e situações relacionadas com a actual realidade jurídica ou factual da União Europeia. Fazêmo-lo por entendermos que apesar da conotação restrita que anteriormente lhe era atribuída em virtude da representação da UE sob a forma de pilares, a ideia de *comunidade* subjacente ao termo não desvirtua a actual natureza da União Europeia e dispensa-nos, sem consequências assinaláveis, de recorrer a outras opções semânticas, como *unionista*, *com-europeu* ou *eurocomunitário*. Por conseguinte e salvo situações pontuais usaremos indistintamente a expressão Direito da UE e Direito comunitário. Optando pelo termo, *eurocomunitário*, M. L. DUARTE, *União Europeia e direitos fundamentais. No espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006, p. 30. Diga-se ainda que a proposta do TL (artigo 2.º) no sentido da substituição do adjectivo “comunitário” pelo substantivo “da União” não nos parece obstáculo à formulação linguística escolhida.

segundo aquele parâmetro? Quem são os destinatários das normas de direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária?

O propósito da dissertação é o de caracterizar e delimitar o âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE. Ou seja, saber em que situações as normas de direitos fundamentais da UE podem ser invocadas pelos particulares para sua defesa contra actos jurídicos que os atinjam. Ou se quisermos, noutra óptica, que actos podem ser escrutinados de acordo com o parâmetro de controlo da UE.

Trata-se de um tema complexo e de difícil sistematização, pois encontra-se no cruzamento das grandes questões jurídicas. Para o facto tem contribuído não apenas a natureza casuística da jurisprudência do TJ, mas também as insuficiências e dificuldades da solução normativa consagrada no artigo 51.º da CDF. O tratamento teórico que a questão tem merecido nem sempre traz resultados positivos em matéria de clareza analítica, pois muitas vezes provem de quadrantes doutrinários com visões nem sempre coincidentes acerca do fenómeno comunitário.

Não deverá é restar dúvida quanto ao enorme interesse prático da questão quer ela seja abordada pelo lado do titular da protecção conferida pela norma, para quem importa conhecer o que efectivamente acrescenta ao seu estatuto subjectivo os direitos garantidos pela União; quer pelo lado do aplicador do Direito da UE quando confrontado com casos concretos que suscitam a aplicação judicial do parâmetro comunitário de protecção de direitos fundamentais.

Parece relativamente evidente que recortar o âmbito concreto de aplicação das normas comunitárias de direitos fundamentais constitui um ponto nevrálgico na tarefa do aplicador do direito. À semelhança do que acontece com a generalidade das normas jurídicas da União, se o caso não merecer um enquadramento positivo a solução judicial não se poderá fundamentar naqueles critérios normativos.

Propomo-nos então explorar esta questão específica tendo no horizonte o objectivo de contribuir positivamente para dar resposta às dúvidas que surgem sempre que os Tribunais nacionais – no cumprimento do seu papel de aplicadores do direito da UE num contexto de pluralismo jurídico – são confrontados com a possibilidade de decisão do caso concreto segundo critérios derivados das normas de direitos fundamentais da UE. Também numa perspectiva mais geral o tema não é despiciendo, nomeadamente porque permite ao jurista avaliar da possibilidade de invocação concreta dos direitos fundamentais protegidos pela UE em defesa dos particulares.

Assumida esta aspiração pragmática e antes de enveredarmos por aquele caminho entendemos útil estabelecer um *background* apto a enquadrar convenientemente a questão que constitui o objecto nuclear da dissertação; assim, dedicaremos algum do nosso esforço à tentativa de compreender o significado actual da UE (Parte I). Mesmo reconhecendo que o seu carácter evolutivo e multifacetado torna árdua e de certo modo antecipadamente malograda a hercúlea tarefa de conhecer cabalmente um fenómeno em movimento cuja especificidade é teoricamente difícil processar, parece-nos vital apreender esta circunstância, ainda que de forma aproximada, e tê-la presente nas nossas reflexões, para que desse modo melhor possamos apreciar a protecção dos direitos fundamentais no contexto da UE no que respeita à definição do âmbito de aplicação das suas normas. Afinal, as normas de direitos fundamentais ao se inserirem no contexto normativo mais amplo que é a ordem jurídica comunitária partilham das mesmas características peculiares, o que não é irrelevante do ponto de vista sistemático pelas ilações hermenêuticas que daí se pode retirar.

Assim sendo, tendo no horizonte o tema identificado, principiaremos por expor de modo breve, mas cabal e metodologicamente sustentado, as coordenadas essenciais sobre o presente sentido da UE. Procuramos reconhecer a individualidade e ilustrar o grau de complexidade do fenómeno comunitário, observando a UE em três ângulos – a UE como processo político-jurídico, a UE como organização e a UE como ordem jurídica (Capítulo 1). Prosseguindo com o desígnio de contextualizar adequadamente o tema da dissertação, avançaremos para a definição dos termos do compromisso da UE com os direitos fundamentais, caracterizando histórica e substancialmente o actual regime jurídico de protecção (Capítulo 2). Como o objectivo desta etapa é apenas cumprir um propósito instrumental de enquadramento sistemático das matérias, de modo a que a questão nuclear possa ser tratada tendo em devida conta o correspondente contexto, adoptaremos um registo essencialmente descritivo de base empírica e sem aprofundamento dos aspectos académicos mais problemáticos. Por conseguinte, não curamos de definir posição no debate teórico acerca da natureza e qualificação mais adequada para a UE a que se tem dedicado sobretudo a academia germânica.

A evolução encurvada da protecção dos direitos fundamentais é reflexo do carácter complexo da UE e deve ser compreendida a essa luz. A realidade recente reflecte preocupações relacionadas já não com défice de direitos fundamentais na UE, mas com o seu eventual excesso na medida em que um sistema de protecção

centralizado possa vir a impor-se como padrão de controlo geral. Os receios ficaram bem patententes em todo o processo que culminou com o Tratado de Lisboa com o registo de uma susceptibilidade e desconfiança por vezes exagerada de alguns Estados-membros numa certa esquizofrenia traduzida na tendência para interpretar a realidade da protecção dos direitos fundamentais na UE como uma ameaça ao poder dos Estados.

É neste contexto que é desenhado o artigo 51.º CDF a que dedicaremos a atenção na parte II da dissertação. No contexto do artigo 51.º, n.º 1 da CDF a máxima dúvida reside em perceber qual o alcance da expressão “*apenas quando [os Estados-Membros] apliquem o direito da União*”. Estamos em face de uma formulação abstracta e indeterminada que deixa em aberto a questão da definição dos critérios a utilizar para aquilatar com clareza da possibilidade de em concreto mobilizar-se o sistema comunitário de direitos fundamentais. Após traçarmos as principais coordenadas da questão a explorar, dividiremos a investigação em duas partes: primeiro analisaremos o âmbito de aplicação vertical (Cap. 1) e de seguida o âmbito de aplicação horizontal das normas de direitos fundamentais da UE (Cap. 2).

O discurso e a metodologia judicial adoptada relativamente à definição do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE assentam no princípio da aplicação restrita do parâmetro de protecção da UE; mas, a partir desta base a argumentação jurídica desenvolvida pelo TJ pode conduzir a um resultado que estreita ou dilata aquele âmbito. Se é certo que a Carta cumpre o seu propósito restritivo quanto à declaração da natureza limitada do seu âmbito de aplicação, em rigor, ao acolher o *status quo ante*, tem como efeito substancial a confirmação das teses jurisprudenciais. Portanto, o TJ continua a dispor, dentro do quadro interpretativo e argumentativo que desenvolve, de uma margem de acção com uma latitude relativamente incerta. É dessa latitude que trataremos na parte III da investigação.

A última parte da dissertação encerra em si um propósito conclusivo, razão pela qual nos dispensamos de um capítulo especialmente destinado a esse fim. Depois de caracterizado e criticado o actual *status quo* relativamente à problemática (Cap. 1), o objectivo é avaliar o potencial que o âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE comporta atendendo, em especial, ao papel dos Tribunais que cooperam neste domínio, i.e., os Tribunais nacionais e o TJ no quadro de um sistema de controlo descentralizado, condicionado por um ambiente complexo de pluralismo jurídico (Cap. 2).

A pluralidade de sensibilidades que caracteriza o poder judicial nos Estados-membros, o carácter movediço do tema do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE, bem como a complexidade do exercício de concatenação reclamada entre a situação controvertida e o Direito da UE pode conduzir os Tribunais nacionais a adoptar uma postura de extremos. Ou de excessiva rigidez, evitando convocar o parâmetro de protecção da UE mesmo em situações claramente relacionadas com a ordem jurídica da UE, ou de excessiva flexibilidade, ou seja, aplicando sempre quer o parâmetro nacional quer o da UE, integrando-os simultaneamente na fundamentação do caso concreto. Afinal, estamos em presença de um problema de extensão do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE que permanece inevitavelmente dependente de soluções casuísticas que tem estado na base duma jurisprudência umas vezes vaga e hesitante e outras de criticado vanguardismo expansionista.

Plano da dissertação

Parte I – **A União Europeia e os direitos fundamentais**

Capítulo 1 – A União Europeia: realidade (in)compreendida?

Capítulo 2 – O compromisso da União Europeia com os direitos fundamentais

Parte II – **O âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da União Europeia**

Introdução – Coordenadas gerais de uma questão jurídico-metodológica

Capítulo 1 – O âmbito de aplicação vertical: a actuação dos Estados-membros

Capítulo 2 – O âmbito de aplicação horizontal: a actuação dos particulares

Parte III – **Dos limites à potencial força convergente dos direitos fundamentais da União Europeia**

Capítulo 1 – Apreciação crítica do actual *status quo*

Capítulo 2 – A abrangência do âmbito de aplicação do Direito da União Europeia em matéria de protecção de direitos fundamentais

Lista de acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia

Lista de despachos do Tribunal de Justiça da União Europeia

Índice

Principais siglas e abreviaturas

A – Autor(a)
AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AAVV – Autores vários
Ac. – Acórdão
AG – Advogado(a)-Geral
AJCL – The American Journal of Comparative Law
al. – alínea
AUE – Acto Único Europeu
BCE – Boletim das Comunidades Europeias
BCICLR – Boston College International and Comparative Law Review
BFDC – Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra
BJC – Boletín de Jurisprudencia Constitucional
Bol. CE – Boletim das Comunidades Europeia
BVerfG – Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemão)
CDE – Cahiers de Droit Européen
CDF – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia
CDP – Cuadernos de Derecho Publico
CE(s) – Comunidade(s) Europeia(s)
CEE – Comunidade Económica Europeia
CEEA – Comunidade Europeia da Energia Atómica
CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
CIG – Conferência inter-governamental
CJEL – The Columbia Journal of European Law
CLR – Comparative Law Review
CMLR – Common Market Law Review
Col. – Colectânea de jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância
CRP – Constituição da República Portuguesa
DDC – Documentação e Direito Comparado
DP – Diritto Pubblico
DPCE – Diritto Pubblico Comparato ed Europeo
DPE – Diritto Pubblico ed Europeo
ECL – European Contract Law
ECLR – European Constitutional Law Review
EDP – Europa e Diritto Privato
EHRLR – European Human Rights Law Review
EJIL – European Journal of International Law
EJLS – European Journal of Legal Studies
EJML – European Journal of Migration and Law
ELJ – European Law Journal
ELRep – European Law Reporter
ELR – European Law Review
ErasmusLR – Erasmus Law Review
ERCL – European Review of Contract Law
ERPriv.L. – European Review of Private Law

ERPL – European Review of Public Law
 ET – Europarättslig Tidskrift
 EUA – Estados Unidos da América
 Fordham Int'l L .J. – Fordham International Law Journal
 GC – Giurisprudenza Costituzionali
 GLJ – German Law Journal
 GG – Grundgesetz
 GJUEC – Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
 HJMWP – Harvard Jean Monnet Working Paper
 HRLR – Human Rights Law Review
 ICON – International of Constitutional Law
 IJCL – International Journal of Constitutional Law
 JMWP – Jean Monnet Working Paper
 JO – Jornal Oficial
 JOCE – Jornal Oficial das Comunidades Europeias
 ICLQ – International and Comparative Law Quarterly
 LIEI – Legal Issues of European Integration
 LS – Legal Studies
 LTC – Lei do Tribunal Constitucional
 MFLWP – Maastricht Faculty of Law Working Paper
 MJECL – Maastricht Journal of European and Comparative Law
 MLR – Modern Law Review
 OJLS – Oxford Journal of Legal Studies
 PE – Parlamento Europeu
 PESC – Política Externa e de Segurança Comum
 QC – Quaderni costituzionali
 RAE – Revue des Affaires Europeenes
 RCDP – Rivista Critica del Diritto Privato
 RDCE – Revista de Derecho Comunitário Europeo
 RDE – Revista di Diritto Europeo
 RDI – Revue de Droit International
 RDLF – Revue de Droit International et Libertés Fondamentales
 RDUE – Revue de Droit de l'union Européenne
 REAL – Review of European Administrative Law
 Rec. – Recueil de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes
 REDC – Revista Española de Derecho Constitucional
 REDP – Revue Européenne de Droit Public
 REP – Revista de Estudios Políticos
 Rev.DE – Revue du Droit des Étrangers
 RFDC – Revue Française de Droit Constitutionnel
 RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
 RFSP – Revue Française de Science Politique
 RI – Ratio Iuris
 RIDC – Revue Internationale de Droit Comparé
 RIDP – Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario
 RIE – Revista de Instituições Europeas
 Riv.DI – Rivista di Diritto Internazionale
 RJUM – Revista Jurídica da Universidade Moderna
 RMCUE – Revue du Marché Commun et de l'union Européenne
 RTDE – Revue Trimestrielle de Droit Européen

RTDP – Rivista Trimestriale di Diritto Pubblico
RUDH – Revue Universelle des Droits de l’homme
ss. – Seguintes
TA – Tratado de Amesterdão
TC – Tribunal Constitucional
TCE – Tratado constitutivo da Comunidade Europeia
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJ – Tribunal de Justiça
TL – Tratado de Lisboa
TLJ – Turk Law Journal
TPI – Tribunal de Primeira Instância
TUE – Tratado da União Europeia
UE – União Europeia
UPJIB – University of Pennsylvania Journal of International Business
ULR – Utrecht Law Review
WebJCLI – Web Journal of Current Legal Issues
YEL - Yearbook of European Law

PARTE I

A União Europeia e os direitos fundamentais

§ Capítulo I – A União Europeia: realidade (in)compreendida?

1. A UE como processo político-jurídico – transição e auto-referencialidade

Para compreendermos eficazmente a UE segundo uma abordagem dinâmica e evolutiva há que forçosamente começar por identificar as circunstâncias volitivas iniciais. Aprioristicamente, a UE é fruto do voluntarismo estatal. Foi a certeza dos Estados fundadores na necessidade de criação de uma estrutura de pendor institucional, supostamente mais eficiente, que permitisse aos seus cidadãos viver em segurança e num contexto propício ao desenvolvimento económico e social que constituiu a força motriz da UE. Uma força que os compeliu no sentido da alteração das suas estruturas constitucionais, empenhados que estavam na criação das condições necessárias à implantação e ao desenvolvimento do projecto comum.

Os Tratados assinados em 1957, representando a *certidão de nascimento* da UE, constituem o ponto de partida de um processo orientado para os resultados³. Ainda que parcos em densidade, em especial no que concerne ao Tratado CEE, a integração económica apresentava-se como a meta a alcançar, o que se cumpriria quando, de acordo com as linhas de acção traçadas, fossem atingidos os objectivos expressamente formulados para o efeito. Para o propósito, os Estados fundadores dotaram os Tratados de uma natureza lacunosa⁴ e finalista e ao fazê-lo acabaram por conceber uma *estrutura aberta e intrinsecamente elástica*. Uma forma jurídica e institucional flexível, simples, mas com potencialidades de crescimento incertas e insondáveis como veio a constatar-se⁵. Longe estaria a maioria de imaginar que a ferramenta emprestada pelo Direito

³ A ideia de progressividade foi contemplada no artigo 1.º do Tratado fundador da UE ao assinalar «uma nova etapa do processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos».

⁴ O caso do Tratado CEE é paradigmático.

⁵ O que de certo modo permite compreender o sentido das reacções iniciais aos supostos impulsos integracionistas. O risco de subalternização dos ordenamentos estaduais e do papel do próprio Estado numa lógica de assimilação, sem um suporte de legitimidade perceptível, constituiu a razão pela qual nas primeiras décadas parte significativa dos académicos desmerecia o fenómeno e se opunha a qualquer pulsão jurídica integracionista que ultrapassasse o quadro do discurso funcionalista. Durante muito tempo

internacional para execução do plano de colocar na Europa a economia ao serviço da paz, ao conceder à inovadora iniciativa a sustentação jurídica inicial, serviria de incubadora a uma entidade sem precedente que em poucas décadas cresceu espantosamente do ponto de vista económico, político, social, jurídico e geográfico, tornando-se, nas palavras de P. SCHMITTER, «*the most complex polity ever created by human artifice*»⁶.

A partir da base estrutural assinalada, são de dupla ordem os impulsos que promovendo os avanços da integração favoreceram o crescimento da UE enquanto realidade política e jurídica autónoma: impulsos exógenos (de procedência estatal) e impulsos endógenos (de procedência jurisprudencial). Começamos por identificar o papel primordial dos Estados-membros que claramente não se esgota no impulso criador. Isso o demonstra o facto do processo de construção do *edifício comunitário* ao longo das últimas décadas ter vindo a merecer repetidas vezes a bênção dos *founding fathers* (e dos que a eles entretanto se juntaram) que – numa base que se tem mantido voluntarista – não só confirmaram os desígnios iniciais como também imprimiram novas dimensões à acção comunitária. Na verdade, a vontade política estatal manifestada em sede de revisão na reafirmação dos objectivos iniciais nos moldes até à data concretizados e na ampliação dos propósitos integrativos primitivos condiciona decisivamente todo o processo de integração e, conseqüentemente, a determinação identitária da UE⁷.

Contudo, o inusitado do percurso e o que constitui uma das principais causas da complexidade do fenómeno comunitário e das dificuldades associadas ao mesmo não são tanto as manifestações voluntaristas mencionadas, mas o impulso de construção identitária demonstrado pela e a partir da própria estrutura criada⁸. Pensamos concretamente na acção do TJ a quem se deve atribuir um exercício de *autopoiesis*, de

o debate académico reflectiu esta preocupação ao reduzir a discussão em torno do fenómeno comunitário à dicotomia supranacionalismo/intergovernamentalismo. Recorde-se a tese funcionalista, neo-funcionalista e a tese do inter-governamentalismo liberal que marcaram as primeiras décadas do projecto comunitário.

⁶ P. SCHMITTER, «Neo-functionalism», in A. WIENER et al. (eds.), *European Integration Theory*, OUP, 2nd ed., 2009, p. 69.

⁷ A fundação da UE em 1992 na cidade de Maastricht representa um marco neste crescimento ao imprimir uma dimensão política até então imperceptível.

⁸ Embora, e como mais tarde sublinharemos, sem desprezo do elemento *estatalidade* como ponto de referência identitário.

criação auto-referencial dos próprios componentes, estruturas e limites da UE, assente na existência de um *código de comunicação específico* justificador de autonomização sistemática⁹.

Para entendimento do acto de estipulação acerca de si mesmo a que se assistiu especialmente nas primeiras décadas de existência da UE é inevitável considerar-se, em particular, o contributo do seu órgão jurisdicional máximo traduzido na identificação dos elementos distintivos aptos a preencher o perfil da UE de modo consistente e com suposta integridade metodológica. Efectivamente, o projecto comunitário deve em larga medida a sua evolução ao movimento, nem sempre aplaudido, dirigido pelo TJ e designado por *principlalismo*. Referimo-nos ao exercício criativo de descoberta e de revelação sucessiva dos princípios estruturantes do sistema jurídico comunitário. Baseado num discurso argumentativo que se apoia na inferência segundo a qual os fins apontados pelos Tratados exercem sobre os meios uma acção condutora, o TJ seu corpo a princípios não expressos, logicamente dedutíveis das normas de direito primário onde se encontram contidos.

⁹ *Mutatis mutandis* e com grande liberdade transpomos para este plano as ideias autopoieticas defendidas pelos biólogos H. MATURANA et al., *Autopoiesis and cognition: the realization of the living*, Reidel, 1980, na sua teoria explicativa da vida e do conhecimento, que mais tarde foi explorada por N. LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Surkampff, 1984 (trad. castelhana: *Sistemas sociais. Lineamentos para uma teoria general*, Anthropos, (1998), no contexto das ciências sociais, em geral, e por G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches system*, Surkampff, Frankfurt a. M., 1989 (trad. portuguesa: *O Direito como sistema autopoietico*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993) nas ciências jurídicas, em particular. Abordando a UE como evolução sistemática auto-referencial, Z. BANCOWSKI et al., «The European Union as an essentially contested project», in Z. BANCOWSKI et al. (Eds.), *The European Union and its order*, Blackwell Pub., 2000, p. 17-30, e J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes have an Emperor?" and other Essays on European Integration*, UK, Cambridge UP, 1999, p. 15, 96 e *passim*. Ver também J. PRIBAN, «The Self-Referential European Polity, its Legal Context and Systemic Differentiation. Theoretical Reflections on the Emergence of the EU's Political and Legal Autopoiesis», *ELJ*, 2009, 15, 4, pp. 442-461, para quem a UE funcionalmente pode ser descrita como um sistema social diferenciado. No que toca às vantagens do recurso ao paradigma autopoietico para a compreensão integrada do fenómeno da UE, ver em especial a p. 450. Entre nós, J. FREITAS ROCHA, *Constituição, ordenamento e conflitos normativos*, Coimbra Editora, 2008, p. 395-7 e *passim*.

Perante um sistema de estrutura aberta, assente em pressupostos programáticos e substancialmente pouco apurados, a manifestação casuística por parte do TJ do princípio do primado do direito comunitário, do princípio da aplicabilidade directa ou do efeito directo permitiu a determinação substantiva de coordenadas jurídico-materiais e organizatório-funcionais seguras. Tornou-se possível identificar e arrumar uma série de pressupostos operativos latentes – não obstante, essenciais ao funcionamento do sistema delineado – o que ao dar corpo e firmeza à embrionária ordem jurídica anunciada nos Tratados, teve um impacto decisivo, pois tornou praticável a prossecução do movimento de crescimento da UE nos moldes que veio a descobrir-se¹⁰.

Embora o crescimento identitário de pendor auto-referencial se observe com maior exuberância nas primeiras décadas de existência com a derivação de um manancial de princípios estruturantes, tal não significa que o movimento de expansão a partir de estímulos vindos do próprio interior da UE tenha visto aí o seu termo. São aqueles mesmos princípios que reflexivamente acabam por se tornar o indispensável rastilho ao aprofundamento e consolidação do processo de integração até aos dias de hoje. Ao cooperarem para a consistência da incipiente e mal definida ordem jurídica os princípios influenciam de forma expressiva o sentido do engrandecimento da UE numa genuína espiral integracionista frequentemente censurada.

Embora já o tenhamos aflorado, importa voltar a realçar advertidamente que as iniciativas (especialmente as endógenas) registadas ao longo do percurso da UE só frutificaram no sentido evolutivo ilustrado graças à fisionomia normativa dos Tratados fundadores. A preferência inicial por formulações normativas abertas, com elevada

¹⁰ Estas condições, aliadas ao facto de caber por excelência ao TJ a concretização normativa, colocavam-no na posição adequada para fortificar a recém-nascida entidade, protegendo-a defensivamente de qualquer agente patogénico de procedência estatal. Na verdade, o incipiente sistema apresentava fragilidades não despiciendas, a principal das quais se prendia com o fato do seu sucesso depender particularmente da colaboração das entidades estatais (legisladores, órgãos administrativos, tribunais nacionais e particulares) o que primitivamente não podia ser dado como certo. A probabilidade de reacções nacionais adversas que frustrariam um projecto no qual tantos depositavam esperança, em certa medida, impeliram o TJ para o desempenho de funções de agente de um *sistema imunitário* a quem cabe a produção de anticorpos contra os perigos à concretização dos objectivos comunitários. Em sentido próximo, explicando as razões da natureza auto-organizada do Direito da UE, K. H. LADEUR, «The theory of autopoiesis as na approach to a better understanding of postmodern Law», *EUI WP*, 1999, p. 38-39.

indeterminação semântica ou baixa densidade normativa, centradas numa lógica finalista e cuja concretização se confere aos actores comunitários revela-se uma força propulsora decisiva, pois ao libertar o projecto comunitário dos grilhões associados à rigidez normativa criou o ambiente inicial favorável à expansão, o que por sua vez permitiu à UE uma evolução flexível em função do possível no quadro da abertura definida. A opção normativa determinou que – sustentada por uma estrutura suficientemente elástica e teleologicamente orientada – a materialização do projecto comunitário ficasse, no fundamental, dependente da *reserva do política e juridicamente alcançável* à luz de uma hermenêutica baseada nos fins, o que por seu turno abriu a porta a um leque variado de hipóteses de crescimento autónomo que uma cristalização normativa não permitiria de forma tão célere.

Contudo, sem prejuízo das anteriores reflexões, não é possível afirma-se ter a UE chegado ao fim do caminho. Na verdade não se nos afigura crível que o processo de crescimento identitário da UE se encontre hoje definitivamente estabilizado ou que alguma vez venha a estar, pois é difícil vislumbrar com rigor as fronteiras de uma estrutura dotada da elasticidade da UE. Politicamente, quais as soluções conjecturáveis para a UE, ou, normativamente, até que limite a flexibilidade das suas *fibras* estruturais suporta a pressão exercida devido à crescente expansão densificadora principialista, metodologicamente apoiada em postulados teleológicos, são questões para as quais não nos parece ser possível encontrar respostas definitivas.

Sem que haja um comprometimento expreso quanto à questão da “*nature of the beast*”¹¹, a persistir a faceta de processo em curso de pendor integracionista, a UE continuará como sempre tem estado: fluida, em constante transição, um projecto não acabado, o que se nos dificulta a percepção da sua essência, não deixa de ser uma marca de identidade a considerar¹².

Nesta medida, é legítimo afirmar-se que a UE não é o escudo de Aquiles que Hefesto forjou e cuja forma acabada Homero descreve detalhadamente na *Iliada*¹³.

¹¹ Expressão que tomamos de T. RISSE-KAPPEN, «Exploring the Nature of the Beast: International Relations Theory and Comparative Policy Analysis Meet the European Union», *JCMS*, 34, 1, 1996, pp. 53-80.

¹² C. BRETHERTON et al., *The European Union as a global actor*, 2nd ed., Routledge, 2005, p. 37 e N. NUGENT, *The government and politics of the European Union*, 4th ed., Macmillan, 1999, p. 493.

¹³ HOMERO, *Iliada*, Canto XVIII. Já R. SCHUMAN o havia profetizado quando na sua proposta de criação de uma Europa unida, apresentada a 9 de Maio de 1950, afirmava: «*L'Europe ne se fera pas*

Baseados numa percepção evolucionária, vemos antes a UE como produto de um crescimento contingente e quase espontâneo, de matriz e referência estatal, assente numa estrutura elástica, política e normativamente autónoma, e cujas características se vão despertando superveniente e paulatinamente de acordo com a reserva do possível, no quadro de um processo sistemático de densificação e diferenciação predominantemente auto-referencial. Uma entidade mutável, dotada de uma natureza dinâmica específica que, engrandecendo continuamente, se revela substancialmente a partir da conjugação de forças variadas nem sempre inteligíveis que contribuem para que a UE seja aquilo que hoje nos é dado a observar¹⁴.

2. A UE como núcleo de poder político-decisório – centro de autoridade transnacional

No cumprimento do seu propósito de pendor integracionista, os Estados fundadores apetrecharam a UE das instituições, das competências e dos instrumentos necessários para a adopção de medidas cujo impacto directo ou indirecto na vida dos Estados-membros e dos particulares depressa se tornou patente. Nessa medida, funcional e organicamente, a UE apresenta-se como uma *forma de governo supra e transnacional*, no sentido de centro não estatal com autoridade para a condução de áreas específicas da vida em sociedade, por meio de actos político e juridicamente relevantes, de execução e controlo institucionalmente garantidos e cujos efeitos se projectam com maior ou menor intensidade sobre uma multiplicidade de espaços nacionais. Para

d'un coup, ni dans une construction d'ensemble: elle se fera des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait.»

¹⁴ Esta natureza activa e inquieta da UE tem condicionado o debate académico e dificultado a teorização a que se têm dedicado sensibilidades de vários quadrantes do conhecimento. São conhecidas as insuficiências das várias propostas de explicação do fenómeno comunitário, a que não pode ser alheio o facto de, dogmaticamente, interagimos quase 'em tempo real' com um fenómeno em acção. Quanto às recentes abordagens evolucionistas, M. WESTLAKE, «The European Union's "Blind Watchmakers": The Process of Constitutional Change», in M. WESTLAKE (ed.), *The European Union beyond Amsterdam: New Concepts of European Integration*, London, Routledge, 1998, pp. 16-33; e construtivistas, T. RISSE, «Social Constructivism and European Integration», in A. WIENER et al. (eds.), *European Integration...*, cit., pp. 144-162 de J. SHAW, «Post National Constitutionalism in the European Union», in T. CHRISTIANSEN, et al. (eds.), *The Social Construction of Europe*, SAGE Pub., 2001, pp. 66-83.

conhecermos a realidade comunitária a este nível há que verificar que tipo de autoridade dispõe a UE e por que forma a exerce, para daí tentarmos captar a sua singularidade enquanto centro de poder ou a tipicidade do seu modelo de governança¹⁵. Começemos pela análise do seu quadro de competências.

2.1. Competências demarcadas

Enquanto centro de autoridade a UE vem desempenhar, por acto expresso de atribuição, algumas das funções tradicionalmente exercidas pelos Estados-membros, mas que agora reclamam novos modelos de acção. Estes, por sua vez, ao confiarem estas tarefas a um centro de autoridade externo, ficam correspectivamente limitados no exercício dos seus poderes soberanos¹⁶. Nesse sentido aponta pacificamente o princípio das competências atribuídas, segundo o qual, finalisticamente orientada, a UE apenas detém os poderes previstos nas disposições dos Tratados, o que – ao consubstanciar uma regra de limitação de poder – determina que a actuação comunitária não pode localizar-se validamente para lá desse constrangimento.

Mas, concretamente, sobre que domínios materiais e em que condições os Estados conferiram autoridade à UE para intervir? Para lá chegarmos e porque fazê-lo é relevante para a operacionalidade do princípio das competências atribuídas, convém recordar tratar-se de um tópico problemático clássico no contexto da União, pois até recentemente não era possível encontrar nos Tratados uma norma expressa que taxativamente revelasse as competências comunitárias. Na ausência de um elenco de

¹⁵ Longe dos preciosismos da Ciência Política, para quem “governança” tem cabimento no contexto do Estado e tendencialmente equivale a “sistema político”, “governação” ou “forma de governo”, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 7.ª ed., 2003, pp. 562-564), usamos a expressão *lato sensu*. Já sensível à referida conotação restritiva e de modo a salvaguardar a adequação e o distanciamento imposto entre as formas centralizadas e hierarquizadas tipicamente estaduais e as formas alternativas detectadas no plano da União, A. ARAGÃO, «A governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?», in *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Studia Iuridica 84, Coimbra Editora, 2005, pp. 105-107, prefere o neologismo “governância”. Ver ainda, C. MÖLLERS, «European Governance. Meaning and Value of a Concept», *CMLR*, 43, 2, 2006, pp. 313-336.

¹⁶ Sobre as divergências doutrinárias quanto à qualificação da limitação dos poderes soberanos estaduais em consequência da atribuição de poderes, ver M. L. DUARTE, *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-membros*, Lex, 1997, p. 227.

competências comunitárias vertido normativamente, os Tratados mostravam-se exíguos para fornecer uma resposta circunstanciada à questão da definição das competências comunitárias e, por consequência, à questão da repartição horizontal das atribuições entre o nível nacional e supranacional.

Não obstante o cenário impreciso que afirmamos, nem por isso a actuação comunitária ficou prejudicada. Mas, também aqui há que forçosamente trazer à liça o que em sede geral já exploramos – o papel concretizador do TJ, cuja pró-actividade casuística, metodologicamente escorada numa lógica predominantemente finalista, se encarregou de dar corpo a um esquema competencial genérico apoiado no princípio da legalidade da competência. Tendo como alavanca o princípio das competências atribuídas, operacionalmente, os problemas do foro competencial assinalados foram superados pela jurisprudência comunitária através do escrutínio e manuseamento pontual de disposições dos Tratados que pudessem constituir fundamento expreso ou implícito de competências¹⁷.

Como facilmente se pode avaliar, o facto do quadro de competências atribuídas se encontrar estabelecido em moldes intranquilamente vagos, à mercê de uma corporização contingencial e paulatina, se compreensível no contexto de um espaço jurídico que se quis descerrado, não deixou de gerar incertezas e perplexidades reflectidas nas controversas questões que vieram a ser formuladas¹⁸.

Só com o Tratado de Lisboa as competências da União passaram a ser objecto de tipificação normativa. Assim, é hoje possível afirmar-se com propriedade que nos

¹⁷ Foi neste quadro que o TJ estabeleceu um esquema de competências divididas em reservadas e concorrentes e definiu os contornos dos princípios jurídico-organizatórios de relevância competencial. Quanto à tipificação das normas de competência, M. L. DUARTE, *A teoria dos poderes implícitos...*, cit., pp. 231-245 e pp. 458-491, no que respeita ao artigo 308.º (ex-artigo 235.º TCE) como norma atributiva de competência e fundamento expreso de poderes implícitos.

¹⁸ Entre elas está, designadamente, saber quem tem o poder para decidir o elenco das atribuições comunitárias e definir a respectiva medida, numa expressa alusão à actuação voluntariosa do TJ quanto à matéria, sobretudo no acolhimento da doutrina das competências implícitas e na permissividade demonstrada relativamente à invocação do art. 308.º TCE (ex-artigo 235.º TCE) como base jurídica de inúmeros actos, que para muitos potencia uma extensão infundada das atribuições comunitárias e consequente desgaste/diluição das atribuições estaduais de sentido indefinido e imprevisível ou saber a quem cabe o controlo do cumprimento dos princípios organizatório-funcionais em sede de repartição e exercício de competências, ou mais propriamente, quem resolve conflitos sobre competências (*Kompetenz-kompetenz*).

termos do número 1 e 2, do artigo 2.º do TFUEE, a UE tem responsabilidades exclusivas nos domínios elencados no artigo 3.º do TFUEE e responsabilidades partilhadas nas áreas determinadas no artigo 4.º do TFUE. Acresce a competência da União para definir as políticas económicas e de emprego a coordenar pelos Estados-membros nos termos do artigo 5.º do TFUE (n.º 3, do artigo 2.º do TFUE); a competência para definir e executar uma política externa e de segurança comum (n.º 4, do artigo 2.º do TFUE) e a competência para apoiar, coordenar ou completar a acção dos Estados-membros nas áreas referidas no artigo 6.º do TFUE (n.º 5, do artigo 2.º do TFUE). Fora deste quadro localiza-se o domínio de competências dos Estados-membros demarcado a partir do critério residual de diferenciação de competências¹⁹⁻²⁰.

Na óptica da formulação dos princípios, esta breve descrição do regime de competências coloca a UE como entidade nuclear dotada de poder de decisão sobre áreas materiais demarcadas. A zona anteriormente ocupada soberanamente pelos Estados é agora partilhada com outro núcleo de poder que circunscritamente reclama autoridade para adoptar decisões de relevância transnacional. Embora parcial e

¹⁹ O TL vem estabilizar normativamente os resultados apurados via jurisprudência, com a vantagem de tornar mais perceptível o quadro de competências comunitárias. Contudo, as inseguranças que subsistem não reduzem a possibilidade do TJ manter um papel agenciador ou expansionista. Pensamos concretamente na interpretação dos termos da aplicação do artigo 308.º TCE (permite criar novos poderes não previstos expressa ou implicitamente nos Tratados) e na admissibilidade da doutrina das competências implícitas (inferir ou dedução de poderes a partir de normas atributivas de competências expressas), ou no fenómeno da expansão de competências por efeito de formas de penetração do poder comunitário em domínios *a priori* excluídos do seu raio de intervenção; os termos da aplicação do regime das liberdades fundamentais, no sentido de condicionar decisões nacionais em domínios não conferidos à autoridade europeia, como é o caso do direito penal ou do direito da nacionalidade, são exemplo ilustrativo. Ver em matéria de competências comunitárias as categorias de *mudança* apontadas por J. H. H. WEILER, *The Constitution of...*, cit., pp. 44-63, como evidência do carácter dinâmico da Comunidade e da sua capacidade em adaptar-se a novos desafios (*extensão, absorção, incorporação e expansão*). G. MAJONE, *Dilemmas of European Integration*, OUP, 2009, a este propósito refere-se ao ‘*dilema da supranacionalidade*’ – se por um lado a integração dos mercados exige instituições supranacionais fortes, por outro, instituições supranacionais fortes tendem a ultrapassar por vezes abusivamente dos seus poderes para poderem plenamente exercer o seu papel integrador. O caminho que tem sido trilhado no sentido da opção por novos processos e técnicas de governança parece ser uma resposta a este dilema.

²⁰ Quanto às alterações trazidas pelo TL, M. L. DUARTE, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2010, pp. 41-49.

variável, assiste-se a um deslocamento do centro de autoridade do Estado para um novo centro de poder, de derivação estatal, mas cuja autonomia decisória e projecção é evidente. Uma autoridade central, dotada de órgãos próprios, que no âmbito das suas competências pode determinar ou condicionar normativamente, com foros de superioridade relativamente aos ordenamentos nacionais, a acção dos agentes públicos e privados de todos os Estados-membros.

2.2. Da *supranacionalidade* decisória à *governança multi-nível ou em rede*

Traçado o quadro material de competências da UE, centremo-nos agora em saber como se efectiva o seu exercício do ponto de vista decisório e instrumental. Para o efeito é recorrente o apelo à ideia de *supranacionalidade* para explicar a circunstância da UE constituir uma entidade criada por Estados, mas com autoridade para adoptar decisões vinculativas para todas as partes²¹.

Neste sentido, do ponto de vista político-decisório, o registo crescente de notas de '*supranacionalidade decisória*'²², cujo grau se foi intensificando à medida que as

²¹ O termo '*supranacionalidade*' encontra-se expressamente contemplado no Tratado de Paris de 18 de Abril de 1951 ao referir-se à CECA como a primeira organização supranacional da história que, apesar de estatalmente referenciada, funciona de acordo com um método de decisão que não exige a anuência de todos os seus membros. O conceito tem um sentido historicamente situado, subjazendo ao mesmo conotações políticas e ideológicas típicas das correntes neo-funcionalistas dominantes. Não obstante e apesar da supranacionalidade mitigada contida nos Tratados de Roma que instituíram a CEEA e a CEE, a partir de então, na falta de melhor, o conceito de supranacionalidade no sentido contido no Tratado de Paris passou a ser utilizado para descrever em geral a UE como entidade política não reconduzível a modelos de organização conhecidos. A sua adequação para explicar o fenómeno da integração europeia tem sido amplamente contestada especialmente desde a década de 90 do século XX.

²² Tomamos de empréstimo a distinção estabelecida entre '*normative supranationalism*' (quadro hierárquico das relações estabelecidas entre o ordenamento jurídico comunitário e o ordenamento jurídico dos Estados) e '*decisional supranationalism*' (quadro político, institucional e processual inerente à criação e execução das decisões comunitárias) por J. H. H. WEILER, «The Community System: The Dual Character of Supranationalism», *Yearbook of European Law*, Clarendon Press, Oxford, 1981, v. 1, pp. 267 ss. Ver também do mesmo autor, *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes have an Emperor?" and...*, cit., p. 16 e *passim* pp. 10-101. O A. sustenta que a integração europeia deve o seu sucesso à relação condicional e multidimensional estabelecida entre a estrutura jurídica (*supranacionalidade normativa*) e o processo político-decisório desencadeado (*supranacionalidade decisória*). Esboçando uma distinção aproximada, G. MAJONE, *Dilemmas of...*, cit., p. 43.

sucessivas revisões dos Tratados vão abandonando a unanimidade como regra deliberativa e que se traduz no poder das instituições da UE adoptar e impor vinculativamente actos normativos sem para isso depender da manifestação de uma vontade deliberativa concordante por parte dos Estados-membros, contrastando com o intergovernamentalismo típico das organizações internacionais clássicas, constitui, no plano institucional e processual, mais uma das especificidades a acrescentar às que marcam a individualidade da UE²³.

Contudo, esta formulação de *supranacionalidade*, frequentemente associada ao designado método comunitário clássico de decisão, quando aplicável, não é suficiente para se perceber inteiramente que tipo de governança segue a UE, pois, sem cautelas analíticas acrescidas, precipitadamente se pode cair no logro de associar à UE um modelo de governação tradicional de sentido *top-down* (hierarquizado).

Se observarmos no seu todo a estrutura político-institucional da UE e o seu *modus operandi* facilmente nos apercebemos que a “*supranacionalidade decisória*” a que nos referimos não encontra nem nunca encontrou no contexto comunitário a expressão máxima que se poderia supor. Ao invés, os processos decisórios apresentam-se temperados por mesclas de estatalidade²⁴, de social e de tecnicismo nas suas variadas instâncias, tornando difícil de sustentar qualquer pretensão de explicar a complexidade do poder da União em moldes estritamente supranacionais.

Quando aludimos à presença de marcas de estatalidade no exercício do poder da União que contribuem para a relativização da tese da supranacionalidade, não nos reportamos apenas ao processo de direcção política preconizado pelo Conselho Europeu e onde reina como regra a consensualidade entre os Chefes de Estado e de Governo dos Estados-membros ou aos processos deliberativos especiais contemplados para os pilares da PESC e da CJAI onde a tónica intergovernamental²⁵ é dominante. Convém também

²³ Temos presente que, por um lado, a designada ‘*supranacionalidade decisória*’ não será concebível com expressividade fora do tradicional pilar comunitário e, por outro lado, que mesmo no pilar comunitário a sua amplitude varia em função das matérias objecto de deliberação. Em conformidade, a presença do factor intergovernamental pode ser mais ou menos intenso.

²⁴ Ver a análise de J. H. H. WEILER, *The Constitution of ...*, cit., p. 359 e *passim* que aludindo à presença marcante do elemento estatal na orientação política e na produção normativa comunitária, especialmente notório após o TUE se refere a «factores que contribuíram para a erosão da “supranacionalidade decisória”». Ver ainda, G. MAJONE, *Dilemmas of ...*, cit., pp. 51-53.

²⁵ G. MAJONE, *Dilemmas of ...*, cit., pp. 163-165, secundando H. WALLACE, revela preferência pela expressão ‘*intense transgovernamentalism*’.

ter-se presente que no contexto do processo de produção normativa comum (método comunitário clássico) – ainda que num contexto deliberativo marcado por uma simbiose de forças distintas conjugadas na formação de uma vontade que seja reflexo duma pluralidade participativa – o poder decisório cabe *stricto sensu* ao Conselho, instituição onde os interesses estatais se encontram radicados.

Mais ainda e se avançarmos, a jusante do processo de produção normativa, mais especificadamente ao nível da implementação e cumprimento das decisões proferidas no seio da União, a presença da componente estatal é uma evidência. Mais do que isso, a presença estatal é imprescindível para a efectividade ou realização do poder da UE. Tal deve-se ao que designamos por *insuficiência ou dependência concretizadora* da UE, o que constitui uma coordenada a não ignorar na exploração a que nos dedicamos. Uma insuficiência concretizadora na medida em que a efectividade do poder decisório está estreitamente dependente da colaboração de instâncias estaduais, enquadrada genericamente pelo *princípio da cooperação leal*²⁶. Basta pensarmos em como a exequibilidade da norma comunitária está directamente dependente da funcionalidade de mecanismos estatais de natureza legislativa; ou no sistema comunitário de administração que determina que o exercício dos poderes executivos da UE implique a mobilização das estruturas administrativas nacionais²⁷⁻²⁸; ou, finalmente,

²⁶ Artigo 4.º, n.º 3 do TUE (ex-artigo 10.º TCE).

²⁷ Ver o artigo 291.º do TFUE. Para um panorama geral sobre a execução do direito da UE baseado nos conceitos de administração indirecta e co-administração, J. ZILLER, «Exécution centralisée et exécution partagée: le fédéralisme d'exécution en Droit de l'Union Européenne», in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, 2009, pp. 111-138.

²⁸ Pensamos *prima facie* no sistema de administração indirecta que identifica o modelo originário de execução das decisões comunitárias. Mesmo que consideremos o contexto mais recente no qual a UE assume funções executivas na linha de uma *administração de gestão* verificamos que o faz predominantemente em moldes compartilhados com as administrações dos Estados com quem estabelece uma relação funcional, colaborativa e multi-nível assente na evidência de um interesse público comum. Sobre o modelo misto que caracteriza a administração comunitária actual, os termos da denominada «*comunidade de funções públicas*» e seus efeitos no sentido do domínio crescente do Direito comunitário sobre o Direito administrativo nacional, S. CASSESE, *La globalización jurídica...*, cit., pp. 115-127. Ver ainda do mesmo A. a análise comparativa entre o espaço administrativo europeu e os sistemas administrativos nacionais, in «Four features of the European Administrative space», paper for the Connex thematic conference 'Towards a European Administrative Space', Birbek College, University of London, 16-18 November 2006, <http://www.mzes.uni->

na responsabilidade dos tribunais nacionais na aplicação das normas comunitárias aos casos cuja dimensão o justifique numa base virtualmente dialógica emoldurada pelo mecanismo do reenvio prejudicial.

O que acabamos de discorrer denuncia um núcleo de poder que assume como próprias competências de procedência estatal, mas que não exclui os Estados-membros do exercício dessas competências, antes os envolve. Não há uma centralização do poder num núcleo democraticamente legitimado ou numa estrutura de *ratio* especificamente supranacional numa lógica unilateral e hierarquizada. Pelo contrário e como anteriormente destacamos, num esquema mais ou menos participativo, partilhado, colaborativo, articulado e descentralizado, o elemento estatal constitui uma variável preponderante na tipificação do poder da União²⁹.

Concomitantemente, em sintonia e de certo modo até reforçando a ideia de descentralismo ilustrada no anterior parágrafo, evidencia-se na UE uma supranacionalidade esbatida também pelo elemento social e por notas de tecnocracia. Disso testemunha a previsão de formas de intervenção nos processos de decisão de actores diversos dos estaduais ou dos supranacionais, com a preocupação em assegurar que os pontos de vista da sociedade civil em geral, bem como os aspectos técnicos e burocráticos de certas questões, sejam considerados no exercício do poder³⁰.

mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/crosscutting/Papers_London_Nov2006/Cassese.pdf (03-10-2013).

²⁹ Apresentando os Estados-membros como segmentos do sistema político europeu cuja função de contrapeso ao poder das instituições da UE ou de oposição política contribui para a dinâmica de uma governança europeia transnacional, J. PRIBAN, «The Self-referential European Polity...», cit. pp. 453-455.

Embora num prisma diverso, também S. CASSESE, *La globalización jurídica...*, cit., pp. 44, inclui os Estados na equação. A UE é definida como um «poder público composto» por vários elementos entre os quais os Estados que, sem prejuízo do seu carácter individual em matéria de interesses e instituições, consentem cooperar (no plano político, executivo, legislativo e judicial) em moldes reticulares no quadro de um fórum organizacional mais amplo. Nesta medida, é-lhes reconhecida pelo A. uma função de legitimação indirecta da acção comunitária.

³⁰ Ver J. AREILZA, «Sovereignty or Management? The Dual Character of the EC's Supranationalism – Revisited», *HJMWP*, n. 2, 1995, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/95/9502ind.html> (03-10-2013). J. H. H. WEILER, *The Constitution of ...*, cit., pp. 98, 271-278, reconhece tratar-se de uma característica central que marca a governança comunitária na década de 90 do século passado e a este propósito refere-se à emergência de um fenómeno de *infranationalism*, no âmbito do qual a UE se apresenta antes de mais como uma

Observemos, designadamente, a apologia da importância da intervenção da sociedade civil no exercício do poder da União expressa no artigo 11.º do TUE³¹ ou o papel consultivo do Comité Económico e Social ou do Comité das Regiões no plano decisório (artigos 300.º a 307.º TFUE), o papel reconhecido às parcerias com sociedade civil no quadro do denominado *método aberto de coordenação*³² e da *comitologia*³³ ou ainda no reconhecimento da influência dos *lobbies* (grupos de interesses)³⁴.

A identificação no modo governativo da UE de sinais de estatalidade, de notas tipicamente sociais e de tecnocracia revela uma tendência para o exercício do poder

estrutura no contexto da qual actores distintos interagem. Para o A. a UE apresenta uma governança assente na tricotomia inter-supra-infrasupranacionalidade, pois se para algumas esferas a abordagem é internacional, para outras é supra e/ou infranacional.

³¹ Veja-se em particular no n.º 4 do artigo 11.º do TUE a faculdade de um grupo de cidadãos poder desencadear junto da Comissão iniciativas legislativas.

³² Ver as Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Lisboa, 2000, pp. 23-24 e ainda K. ARMSTRONG, «“Inclusive Governance? Civil Society and the OMC», in S. SMISMANS (ed.), *Civil Society and legitimate Governance*, E. Elgar, pp. 43-66, 2006. Recorde-se tratar-se de um instrumento inovador de cooperação entre os Estados-membros em domínios de competência partilhada, de carácter não hierarquizado e não vinculativo, originariamente usado no âmbito da política de emprego, mas progressivamente estendido a outros domínios políticos tais como protecção social, educação, saúde, formação, entre outros. Para uma aproximação conceitual e uma abordagem geral a este instrumento de decisão, *What we have learnt: advances, pitfalls and remaining questions in OMC research*, EIoP, special issue, 1, 13, 2009, http://eiop.or.at/eiop/texte/EIoP_2009_SpecIssue_1.pdf (03-10-2013), P. CRAIG/ G. de BÚRCA, *EU Law. Text, cases and Materials*, 4th. ed., Oxford, OUP, 2008, pp. 150-154; S. de la ROSA, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2007; M. J. RODRIGUES, «The Open Method Of Coordination As A New Governance Tool», in M. TELÒ (ed.), *L'evoluzione della governance europea*”, special issue of Europa/Europe, 2-3, 2001, pp. 96-107, <http://eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/rodrigues.pdf> (03-10-2013).

³³ Referência ao facto de, embora sob coordenação da Comissão, certas posições de poder serem assumidas por indivíduos de formação estritamente técnica, sem evidência de preocupações políticas, sociais ou democráticas.

³⁴ Ver a Comunicação da COMISSÃO EUROPEIA, *Iniciativa Europeia em matéria de Transparência. Quadro regulador das relações com os representantes de interesses (registo e código de conduta)*, COM (2008) 323 final. Embora na essência com o enfoque da ciência política, útil ver J. BEYERS et al. (ed.), *Interest Group Politics in Europe: Lessons from EU Studies and Comparative Politics*, [Routledge, 2009](http://www.routledge.com/Interest-Group-Politics-in-Europe) e J. GREENWOOD, *Interest Representation in the European Union*, Palgrave Macmillan, 2nd ed., 2007. Sob o prisma pragmático (functional), ver ainda, D. GUÉGUEN, *European lobbying*, John Harper Publishing, 3rd ed., 2008.

numa lógica disseminada e estratificada difícil de enquadrar na estrita perspectiva da *supranacionalidade*. Uma forma de governar que em planos distintos e com intensidades variáveis privilegia o envolvimento, o compromisso e o equilíbrio de interesses pertencentes a esferas diversas – mercado, Estado, sociedade civil e técnica – e que depende inevitavelmente da cooperação entre todos os planos envolvidos³⁵. Também aqui a UE rompe com o desenho (estatal e supranacional) clássico e centralizado e se posiciona como um centro de decisão que visa alcançar soluções que assegurem a harmonia possível atendendo à variedade de interesses em presença. A acção combinada entre actores internacionais, estaduais, sociais e técnicos através da qual o poder atribuído à União é exercido de forma integrada segundo mecanismos promotores de equilíbrios e compromissos no contexto dos quais são mobilizadas forças de variados níveis e dimensões denuncia mais uma nota de referência incontornável na tentativa de compreensão da singularidade do fenómeno comunitário.

Finalmente, se ao que ficou exposto acrescentarmos a flexibilidade e a ausência de rigidez formal que caracteriza uma parte significativa do *modus operandi* e da instrumentária jurídica requisitada pela UE no exercício do poder, ficará menos incompleto o quadro que nos permite conceber com alguma inteireza o que identifica o tipo de governança que segue a UE. Mais precisamente, se nos detivermos em especial no fenómeno da *comitologia*³⁶ ou no recurso combinado ou privilegiado a instrumentos

³⁵ U. K. PREUSS, «The Constitution of a European Democracy and the role of the Nation State», *RI*, 12, 4, 1999, pp. 419-420, 425, a propósito do esforço em atender interesses e valores diversos, refere-se ao carácter “*acomodatício*” do processo normativo de decisão no plano comunitário.

³⁶ C. JOERGES et al., «From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalization of Comitologie», *ELJ*, 3, 1997, pp. 273-299, vêem na comitologia um caso de “*deliberative supranationalism*”; ver igualmente *Idem*, «“Deliberative Supranationalism” Revisited», *EUI Working Paper LAW* n.º 2006/20, <http://cadmus.eui.eu/dspace/handle/1814/3> (03-10-2013); para os AA a comitologia vem positivamente ao encontro das exigências impostas pelos desafios transnacionais contemporâneos que só podem ser adequadamente respondidos se novas formas de actuação e metodologias forem descobertas e implementadas. Criticando o processo de decisão nos moldes autónomos preconizados pela comitologia, J. H. H. WEILER, *The Constitution of ...*, cit., pp. 277-285 e «‘Comitologie’ as Revolution. Infranationalism, Constitutionalism and Democracy», in C. JOERGES et al. (eds.), *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Hart, 1999, pp. 339-350. Ver ainda, entre muitos: E. VOS, «50 Years of European Integration, 45 Years of Comitology», *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, n. 3, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1345729> (03-10-2013) ou in A. OTT et al. (ed.), «Fifty Years of European Integration: Foundations and Perspectives», The Hague, Asser Press, 2009; J. BLOM-HANSEN/ G. J. BRANDSMA, «The EU Comitology System: Intergovernmental Bargaining and

de *soft law*³⁷, é de reconhecer uma atracção crescente para a adopção de formas de actuação e de modelos de decisão inovadores onde prevalece o informalismo e a flexibilidade³⁸.

Foi a observação das especificidades da estrutura de poder em acção e a consequente verificação da dificuldade em reconduzir a UE a um modelo de governação estabelecido que motivou o desenvolvimento de novas abordagens teóricas ao sistema de governação da União, oriundas em especial dos quadros doutrinários da Ciência Política. O ideário desenvolvido pela Teoria das Relações Internacionais, sintetizado na formulação da *supranacionalidade*, apresenta-se na realidade teoricamente limitada para explicar a singularidade revelada pela UE no decurso do seu processo de crescimento.

Temos presente, em concreto, o enfoque da *governança multi-nível*³⁹, segundo a qual a UE constitui um tipo de sistema de poder no âmbito do qual opera uma

Deliberative Supranationalism?» *JCMS*, 2009, 47, 4, pp. 719-740; C. BLUMANN, «Comitologie et administration indirecte», in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, 2009, pp. 139-158 e C. BERGSTRÖM, *Comitology. Delegation of Power in the European Union and the Committee System*, Oxford, OUP, 2005.

³⁷ Na tomada de decisões sobre matérias específicas é comum observar-se o recurso combinado a instrumentos jurídicos formais e informais, designados por *soft law* (não constituem regras uniformes e vinculativas de sentido tradicional, não são manifestação de poder normativo=recomendações, pareceres, orientações, acordos inter-institucionais...). O apontado “método aberto de coordenação” constitui um instrumento de decisão que privilegia o recurso a medidas de *soft law*, o que lhe imprime um registo inteiramente não prescritivo. Ver L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart, 2004.

³⁸ Sabemos que o exercício do poder com base em ferramentas, métodos e procedimentos desprovidos de formalidade ou com esta reduzida ao mínimo, coloca embaraços a não ignorar, mas deve reconhecer-se como uma prática efectiva no contexto da União. Mesmo podendo não ser um fenómeno original, atendendo ao facto de ser possível uma identificação de tendência idêntica no terreno estatal, a análise deixa no mínimo patente a preocupação comunitária em dar resposta aos novos desafios da governação transnacional através de formas de exercício do poder distintas das tradicionais. Neste alinhamento alguns autores interpretam a abordagem governativa da UE como experiência em larga escala – E. O. ERIKSEN, «The EU: A Cosmopolitan Vanguard?», *Global Jurist*, V. 9, Iss.1 (Advances), Art. 6, 2009 – <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss1/art6> (03-10-2013) – «an avant-gard body» ou uma forma de governança construída a partir da ideia de aprendizagem exploratória – K.-H. LADEUR, «Towards a Legal Theory of Supranationality. The Viability of the Network Concept», *ELJ*, 3, 1, 1997, pp. 33-54. Ver também, C. F. SABEL et al, «Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU», *ELJ*, v. 14, nº 3, 2008, pp. 271-327; J. SCOTT et al, «Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union», *ELJ*, v. 8, nº 1, 2002, pp. 1-18.

multiplicidade de actores que, localizados a diferentes níveis de governação (supranacional, internacional, nacional, sub-nacional e infra-nacional), se envolvem no processo de decisão e execução estabelecendo relações não hierárquicas, de cooperação, interdependência e influência recíproca, apoiadas pelo princípio da subsidiariedade e decisivas para o progresso do processo de integração europeu. Ou então, a abordagem da *governança em rede*⁴⁰, segundo a qual a UE constitui “*an avant-garde body*”, de cariz experimental, assente no paradigma da auto-organização, da cooperação e da flexibilidade de redes de decisão público-privadas transnacionais⁴¹.

³⁹ A teoria da governação multi-nível foi desenvolvida nos anos 90 do século XX pelas mãos de M. JACHTENFUCHS, G. MARKS, L. HOOGHE e K. BLANK ao procurarem compreender teoricamente o processo de integração europeia a partir da análise da dinâmica de execução das políticas comunitárias instituídas pelo Tratado de Maastricht. Ver L. HOOGHE et al., *Multi-level Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield Pub., 2001; G. MARKS et al., «European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-level Governance», *JCMS*, 34, 3, 1996, pp. 341-378; L. HOOGHE (ed.), *Cohesion Policy and European Integration: Building Multi-level Governance*, OUP, 1996 e M. JACHTENFUCHS, «Theoretical Perspectives on European Governance», *ELR*, 1, 2, 1995, pp.115-133 e, mais recentemente, L. HOOGHE/ G. MARKS, «European Union?», *West European Politics*, 31, 1-2, 2008, pp. 108-129. A ideia central extravasou o plano da análise do processo de decisão e execução e passou a servir de apoio a inúmeras considerações acerca da realidade comunitária. Actualmente serve de berço a reflexões sobre o papel do Estado e de outros actores no quadro da globalização; sobre os termos da articulação entre sistemas jurídicos, sobre o denominado constitucionalismo multi-nível ou em rede e sobre o sistema judicial de protecção dos direitos fundamentais na Europa. Ver I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, *CJEL*, 15, n. 3, 2009, p. 349-407; idem, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam. European Constitution-making Revisited?», *CMLR*, 1999, 36, pp. 703-750; idem «Multilevel constitutionalism in the European Union», *ELR*, 27, 4, 2002, pp. 511-529; idem «Multilevel Constitutionalism and the Delimitation of Competences – Lessons from the United States for the EU?», in D. HALBERSTAM et al. (eds.), *The Constitutional Challenge in Europe and America. People, Power, and Politics*, Cambridge University Press, 2006.

⁴⁰ Defendida por quem entende que perante a ausência de novos conceitos adequados para descrever a ordem supranacional emergente, intrinsecamente plural e fragmentada, o conceito de rede é o que melhor permite compreender as relações estabelecidas nesse contexto. K.-H. LADEUR, «Towards a New Theory of Supranationality. The Viability of the Network-Concept», *ELJ*, 1997, pp. 33-54; *Idem*, «European Law as Transnational Law. Europe Has to be Conceived as an Heterarchical Network and Not as a Superstate!», *GLJ*, v. 10, nº 10, 2009, pp. 1358-1365; T. BÖRZEL, «What so Special about Networks? An Exploration on the Concept and its Useful in Studing European Governance», *EIoP*, 1, 16, 1997.

⁴¹ K.-H. LADEUR, « Towards a Legal Theory of Supranationality ... », cit., pp. 33-35.

Independentemente da bondade e da adequação destas perspectivas de inspiração neo-funcionalista⁴², ou mesmo de outras, à realidade da União – terreno por onde deliberadamente não queremos entrar – a verdade é que as considerações que produzimos, não obstante as incertezas e indefinições pendentes, têm cabimento na abordagem descritiva em foco, o que nos confere um suporte mínimo para o que procuramos. Autorizam-nos a concluir que, embora no contexto das competências atribuídas a UE represente um núcleo de autoridade, é visível a sua contingência e o seu carácter difuso, pois a efectividade do seu poder está, numa óptica policêntrica e não simplesmente supranacional, decididamente dependente da atitude participativa e colaborativa específica de planos (estaduais e não) variados, no quadro de sistemas e procedimentos de cooperação, de influência inter-activa e recíproca. A medida do seu envolvimento no exercício do poder da União contribui para o desenho de uma teia de poder complexa marcada pelo aleatório. E é neste sentido que se pode afirmar que do ponto de vista da governação a UE representa em larga medida uma forma de poder multi-nível ou em rede, tendencialmente descentralizada e flexível⁴³.

2.3. A legitimidade da acção da UE

Porque nos localizamos num domínio onde a questão se coloca com premência e acutilância, uma nota derradeira e breve sobre a legitimidade democrática da UE. O

⁴² Na sua proposta original o neo-funcionalismo é atribuído a E. B. HAAS, cujas ideias vieram a servir de alento a muitas das abordagens exploratórias do processo de integração europeia. E. HAAS, *The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces, 1950-1957*, Stanford University Press, 1958; *Idem, Beyond the Nation-State. Functionalism and International Organization*, Stanford University Press, 1964. Já os intergovernamentalistas procuram um modelo de governança mais próximo do estatal, pois a UE é vista como uma forma condicionada pelos interesses e prioridades nacionais. A. MORAVCSIK, «Preferences and Power in the European Community. A Liberal Intergovernmentalist Approach», *JCMS*, 1993. Das recentes abordagens teóricas à integração europeia ressalta de comum o facto de mais ou menos visivelmente alicerçarem o seu fundamento teórico na teoria dos sistemas sociais de N. LUHMAN. Esta opção afigura-se interessante e relevante quer no plano descritivo quer analítico para explicar a dinâmica da UE como forma de governo. Nesta linha, recorrendo à teoria dos sistemas sociais autopoieticos, ver J. PRIBAN, «The Self-referential European Polity...», cit., que partindo de uma linha evolucionária e construtivista, apresenta o sistema político da UE como um sistema auto-referencial e funcionalmente diferenciado do seu sistema jurídico.

⁴³ As novas abordagens governativas perpassam todas as áreas da acção da União embora o seu grau de intensidade possa ser variável.

panorama de “*supranacionalidade decisória*” relativizada que sumariamente apresentamos é frequentemente invocado como argumento justificador da tese segundo a qual a actuação da UE se encontra ferida na sua legitimidade democrática, o que para muitos constituirá o seu “calcanhar de Aquiles”⁴⁴.

Contrariamente ao que sucede no plano estatal, na UE não há uma instituição eleita *ad hoc* pelos cidadãos europeus e que concentre o poder decisório. Como vimos, por regra, o poder de decisão encontra-se essencialmente contido no triângulo Comissão/Parlamento/Conselho numa dinâmica institucional promotora de equilíbrios específicos. Por outro lado, no contexto dos processos decisórios, a receptividade assumida a influências mais ou menos intensas oriundas de forças a quem tradicionalmente não se associa poderes participativos análogos aos observados, assim como os registos de flexibilidade e informalismo mencionados, muito dificilmente serão enquadráveis nos moldes previstos pelo paradigma democrático associado à estatalidade. Observa-se antes um sistema de governança que privilegia mais os resultados, a racionalidade e a eficiência do desempenho que a legitimidade democrática dos seus processos e decisões tal como percebidas no plano estatal.

De modo a evitar delongas, optamos por nos limitar a afirmar que se anuímos nos factos que alicerçam as posições doutrinárias que interrogam o carácter democrático do poder da União, já discordamos da sua interpretação no sentido das ilações que deles se extrai. Só concordaríamos com a análise em foco se os sinais apontassem para a construção da UE como um grande Estado, o que não é possível demonstrar.

A UE constitui uma experiência sem paralelo que reclama teorização urgente, nomeadamente, no que concerne à preocupação democrática em sede de exercício do poder – questão crucial com que a UE tem de se debater. E, nesse sentido, num prisma analítico e construtivo, não podemos deixar de reconhecer a prestabilidade das construções dogmáticas associados ao Estado-nação. Mas, o labor doutrinal não pode reduzir-se a uma transposição singela de conceitos, pois a democracia tal como a conhecemos não serve à UE⁴⁵. Sobretudo no plano discursivo, o desafio está em

⁴⁴ Entre muitos, ver B. PETERS et al., «Multi-level Governance and Democracy: A Faustian Bargain?», in I. BACHE et al. (eds.), *Multi-Level Governance*, OUP, 2004, p. 75-90.

⁴⁵ No mesmo sentido, sublinhando a importância da democracia no exercício da autoridade comunitária, mas reclamando um conceito adequado, E. O. ERIKSEN et al. (eds.), «Rescuing democracy in Europe», in *Law and Democracy in the Post-National Union*, Arena, 2006, pp. 412-431; U. K. PREUSS, «The Constitution of a European Democracy and the role of the Nation State», *RI*, 12, 4, 1999,

alcançar a necessária conciliação entre a legitimidade pelos resultados que o sistema de governança da UE faz sobressair e a legitimidade democrática nos moldes que enquadram a acção e a dinâmica estatal.

O Tratado de Lisboa reflecte claramente esta percepção pois se por um lado consagra o princípio da abertura como regra central a observar pela União «*a fim de promover a boa governação e assegurar a participação da sociedade civil (...)*»⁴⁶ na concretização dos resultados necessários⁴⁷, por outro lado, desloca o paradigma democrático – anunciado com suporte valorativo⁴⁸ – para o centro do processo de tomada de decisão, juntamente com os respectivos corolários ou densificações em matéria de representatividade e de responsabilidade⁴⁹⁻⁵⁰.

pp. 417-428. Reconhecendo a necessidade em se desenhar uma forma de representação política democrática sensível ao enfoque económico da realidade comunitária, H. LINDAHL et al., «Law without a State? On representing the common market», in Z. BANCOWSKI et al. (eds.), *The European Union and its order*, Blackwell Pub., 2000, p.16. A literatura sobre o tema superabunda. Ver, porém, as seguintes propostas baseadas em diferentes postulados teóricos e ideológicos: A. JOSÉ MENÉNDEZ, «The European Democratic Challenge: The Forging of a Supranational *Volonté Générale*», *ELJ*, 15, 3, 2009, pp. 277-308; R. SCHÜTZE, «On “Federal” Ground: The European Union as an (Inter)national Phenomenon», *CMLR*, 46, 2009, pp. 1089-1102; K.-H. LADEUR, «Globalisation and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks. Can Democracy Survive to End of the Nation State?», *EU I Working Paper LAW* n.º 2003/4, <http://cadmus.eui.eu/dspace/handle/1814/3> (03-10-2013); C. JOERGES et al., «From (Intergovernmental Bargaining..., cit.; *idem*, Deliberative Supranationalism – Two Defences, *ELJ*, 8, 1, 2002, pp. 133-151; e de J. HABERMAS, *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, Ed. 70, 2012. Finalmente, G. MAJONE, *Dilemmas of...*, cit., pp. 23-41, para quem o alegado ‘*défice democrático*’ europeu se encontra paradoxalmente democraticamente justificado e S. CASSESE, *La globalización...*, cit., pp. 103-112 e *passim* para quem o debate reflecte uma desvalorização de outras formas de legitimidade presentes

⁴⁶ Artigo 15.º TFUE. Ver também, §2 do artigo 1.º TUE.

⁴⁷ Artigo 3.º TUE.

⁴⁸ Artigo 2.º TUE.

⁴⁹ Artigos 10.º-12.º TUE. A associação que estabelecemos entre uma governança assente na abertura/eficiência e a democracia na sua vertente participativa encontra-se especialmente patente no artigo 10.º TUE.

⁵⁰ Ver a análise que A. ARAGÃO, «A governância na Constituição Europeia...», *cit.*, pp. 105-107, faz do quadro da governança estabelecido pelo renegado Tratado que aprova uma Constituição para a Europa, perfeitamente actual e perfeitamente pertinente à luz do Tratado de Lisboa. A A. não deixa de incluir no leque de princípios estruturantes da “governância” europeia – a par dos princípios da transparência, da coerência, da abertura e da eficácia – o princípio da democracia participativa.

3. A UE como ordem jurídica – génese, conteúdo e posicionamento no equilíbrio de forças do «cosmos normativo» ou do «espaço jurídico global»

Propomos agora, com a ligeireza pragmática que o contexto exige, observar a UE na sua dimensão jurídico-normativa fazendo apelo às representações «cosmos normativo»⁵¹ ou «espaço jurídico global»⁵². Se aceitarmos a presença de uma ordem jurídica sempre que a um determinado *padrão organizativo* ou *núcleo de poder* se associa um esquema institucional específico de produção, interpretação e aplicação normativa, impõe-se então reconhecer preliminarmente que os Tratados inauguram uma nova ordem jurídica. Foi este o entendimento afirmado com desenvoltura pelo TJ nos casos *Van Gend & Loos*⁵³ e *Costa ENEL*⁵⁴.

Com efeito, não é hoje possível negar que se encontra em movimento, a par das ordens jurídicas nacionais e internacional, uma ordem jurídica de traça regional (supranacional), composta por um volume crescente de disposições normativas (e pseudo-normativas) das quais uma fatia significativa, ao se alojar no ordenamento jurídico nacional, se aplica aos Estados-membros e aos particulares e cujo impacto sobre o contexto político, económico e jurídico nacional é categórico.

É certo que imbuídos por um espírito de matriz hegeliana, próprio de quem associa a temática da ordem jurídica à ideia de Estado, poderíamos com estímulo questionar o que o TJ deu por demonstrado na década de 60 do século passado, interrogando-nos acerca da correcção da tese que qualifica o complexo normativo comunitário de ordem jurídica em sentido autêntico. Contudo, interessa-nos antes pôr em evidência o que a nosso ver são os principais traços caracterizadores do ordenamento normativo comunitário, sem nos determos excessivamente na problematização⁵⁵⁻⁵⁶.

⁵¹ Expressão atribuída a H. DREIER *apud* e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1142.

⁵² Ver S. CASSESE, *La globalización jurídica*, 2006 e *idem*, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, 2009.

⁵³ Acórdão de 5-2-1963, *Van Gend & Loos*, proc. 26/62, Rec. 1963.

⁵⁴ Acórdão de 15-7-1964, *Costa ENEL*, proc. 6/64, Rec. 1964.

⁵⁵ Não obstante, não nos furtamos a afirmar que os pressupostos de compreensão e o contexto de aplicação da ordem jurídica comunitária não são os mesmos que os estaduais. Portanto, é

Partindo do observável, separemos a análise em três segmentos – a génese, a revelação do conteúdo e o domínio relacional e aplicativo da ordem jurídica comunitária, para apontarmos o que se destaca de distintivo em cada um dos planos⁵⁷.

3.1. Plano genésico

a) Uma ordem jurídica constitutiva de um novo padrão organizacional – simbiose e referencialidade recíproca

Representando a primeira pedra e pilar fundamental da ordem jurídica comunitária, os Tratados vêm dar forma jurídico-política a uma nova categoria organizacional dotada de poder normativo e ao precedê-la, desempenham em relação a ela uma função constitutiva e conformadora primária. Mas, a acção constitutiva e conformadora a que nos reportamos não é pontual nem unidireccional, mas antes contínua e recíproca. Estamos diante de uma dinâmica de acção prolongada, pois o que hoje a UE revela como identidade é resultado de um processo de crescimento gradativo não encerrado que ocorre à medida que se assiste ao adensamento do complexo normativo inicial, designadamente por efeito das sucessivas revisões e do contributo

metodologicamente errado tentar compreendê-los à luz dos quadros intelectuais construídos para a ordem jurídica de referência tipicamente estatal. São úteis como ponto de arrimo do esforço analítico que dogmaticamente se reclama, mas não como argumento rígido ao serviço de pré-juízos de rejeição de uma realidade normativa que não pode ser ignorada – a evidência crescente do alargamento dos domínios da vida dos estados e dos particulares disciplinados por directrizes de fonte não estatal.

⁵⁶ Sobre o conceito de ordem jurídica comunitária e seus caracteres distintivos, J.-C. GAUTRON, «Un ordre juridique autonome et hiérarchisé», in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de Droit à l'Union de Droit. Continuités et avatars européens*, L.G.D.J, 2000, pp. 25-64 e J. H. H. WEILER, *The Constitution of...*, cit., pp. 286 ss. Ver ainda R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, Kluwer, 2003.

⁵⁷ Para efeito de exposição separamos o plano da criação do plano da aplicação do direito; contudo, estamos cientes de se tratar de uma pseudo-divisão, pois como avisa M. L. DUARTE, *Introdução ao estudo do Direito*, AAFDL, 2003, p. 162, «[d]e uma maneira geral, o sistema jurídico funciona de um modo que faz do acto de criação um acto de aplicação e, numa dinâmica permanente, do acto de aplicação um acto de criação». A afirmação transposta para o presente contexto pode concretizar-se da seguinte forma: quando o Conselho cria direito ao aprovar um regulamento está ao mesmo tempo a aplicar os Tratados. Ou noutro sentido, quando o TJ aplica o Direito, amiúde lhes é reconhecida uma atitude criativa de direito.

jurisprudencial. Por conseguinte, trata-se também de uma dinâmica constitutiva bidireccional tendo em conta que uma vez instituída, a UE enquanto categoria organizacional se confunde fenomenologicamente com a própria ordem jurídica progredindo em movimento auto-referencial paralelo. Ou seja, ontologicamente, a UE é o que a sua ordem jurídica em cada momento revela da sua identidade, mas são as forças institucionais da EU (com destaque para o TJ) que a partir dos textos normativos vigentes contribuem para definir e consolidar hermenêuticamente os contornos da ordem jurídica fundada.

b) Uma ordem jurídica responsiva

Desde a sua fase mais embrionária o complexo de normas associado à UE enquadra-se numa lógica responsiva, isto é, encontra-se dirigido à realização de um projecto que se coloca como via para a solução de problemas comuns aos europeus, aos quais os Estados entendem não poder responder com eficácia – a promoção da paz por via do desenvolvimento económico integrado⁵⁸.

O formato dos problemas tem mudado. Hoje sobrepõe-se mais as preocupações ligadas às problemáticas da globalização e de onde sobressaem questões de índole económica e financeira, mas a faceta responsiva mantém-se. As razões concretas iniciais podem ter perdido hoje o sentido então atribuído, mas normativamente a UE continua a demonstrar um carácter reactivo o que justifica a manutenção de uma plataforma normativa de largo alcance.

3.2. Plano da expressão da ordem jurídica – o sistema de fontes

a) Uma ordem jurídica de tradição jurídica eclética

Do ponto de vista jurídico-formal a ordem jurídica comunitária constitui a expressão de um sistema próprio de fontes de Direito que combina a tradição jurídica romano-germânica com a tradição anglo-saxónica⁵⁹. Se *prima facie* a ordem jurídica se

⁵⁸ Sobre a questão dos ideais e dos valores subagentes à integração europeia, J. H. H. WEILER, *The Constitution of...*, cit., pp. 240-250.

⁵⁹ Partidários neste particular de uma visão institucionalista do Direito, entendemos não reduzir as fontes às de proveniência estatal ou às que revistam a forma escrita. Tal como a maioria tem feito,

aproxima da tradição romano-germânica em virtude do reconhecimento da relevância dos actos formais de base normativa, por outro lado, não pode ser subestimada a importância consentida à jurisprudência comunitária enquanto fonte de direito. O protagonismo da jurisprudência manifesta-se não apenas no que tange à sua eficácia obrigatória *ex ante* – *ex vi* regra do precedente – mas sobretudo no que se refere ao seu papel activo na *descoberta* dos princípios gerais de direito informadores da ordem jurídica da UE.

b) Uma ordem jurídica acomodatória

Já do ponto de vista jurídico-material e sem prejuízo da abertura a soluções normativas inovadoras, estamos em face de uma ordem jurídica que adapta criativamente no seu discurso conceitos e princípios oriundos dos ordenamentos jurídicos estatal e internacional num surpreendente e original exercício de fusão. As normas de protecção dos direitos fundamentais da EU constituem um exemplo paradigmático desta abertura normativa na medida em que, segundo o raciocínio do TJ, as mesmas se inspiram, enquanto princípios gerais de direito, nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e nos instrumentos internacionais de protecção; ou seja, as normas de direitos fundamentais da EU são o resultado de um acomodar de variáveis distintas.

Esta abertura normativa substancial verifica-se marcadamente no que toca à ilustração dos seus valores e princípios basilares (art. 2.º TUE), constituindo as normas de protecção dos direitos fundamentais da UE um exemplo paradigmático (n.º 3, art. 8.º TUE).

3.3. O plano da aplicação e eficácia normativa

a) Uma ordem jurídica penetrante e reclamadora de primazia na aplicação

O conjunto normativo que temos vindo a analisar é o resultado da mobilização de instrumentos de direito internacional e de um centro de produção localizado para lá

optamos antes por um conceito amplo de fontes de direito ao qual subjaz a ideia de pluralidade. Ver M. L. DUARTE, *Introdução ao estudo...*, cit., p. 163-164.

das fronteiras estatais, mas que, por via da herança genética internacional transporta, apresenta uma vocação aplicativa transnacional. Uma vocação que se concretiza através da penetração circunscrita no espaço jurídico nacional em moldes distintos dos previstos tradicionalmente para o Direito internacional. Isto é, verificada a condição do seu reconhecimento ou recepção por parte das normas constitucionais dos respectivos Estados-membros, as normas jurídicas da UE entroncam nas ordens jurídicas nacionais com as consequências que daí advêm em matéria de aplicação judicial⁶⁰.

A presença no mesmo espaço jurídico de normas provenientes de uma pluralidade de fontes (internas e externas) constitui um dos aspectos frequentemente apresentados para afirmar a complexidade dos sistemas jurídicos actuais. Por isso, não nos parece des acertada a perspectiva dos que procuram decompor/desfibrar essa complexidade através do recurso à ideia de um amplo ordenamento jurídico «*compósito*» que engloba, por um lado, um complexo normativo comum com uma aptidão de aplicação transnacional (comunitária) a todos os casos que se situem no seu âmbito e, por outro lado, diversas ordens jurídicas específicas com um raio de acção aplicativo restrito ao território nacional e a casos não regulados pelo Direito da UE.

Perante situações da vida de dimensão comunitária, caberá aos aplicadores nacionais, aplicar com primazia a solução comunitária. E o recorte dessas situações de dimensão comunitária constitui um exercício preliminar essencial ao acto aplicativo do direito da UE, muitas vezes não devidamente cuidado e para o qual os aplicadores não estão devidamente sensibilizados⁶¹.

b) Uma ordem jurídica constitucional

A natureza constitucional da EU constitui *vexata quaestio* entre a doutrina. Para uns a UE não tem aquele perfil atendendo ao facto de não cumprir alguns dos cânones teóricos do constitucionalismo, nomeadamente, por ausência de um povo europeu e de um poder constituinte. Já para outros, em nada repugna aceitar aquela natureza que não

⁶⁰ No caso português a cláusula de recepção automática directa para o Direito da UE consagrada no n.º 3, do art. 8.º e no n.º 6 do art. 7.º CRP.

⁶¹ É aqui que se localiza o cerne da dissertação que se introduz. Como se perceberá mais claramente infra, a questão da determinação do âmbito de aplicação do direito localiza-se a montante do problema do primado.

constitui necessariamente património exclusivo dos Estados⁶². Como nota M. POIARES MADURO e outros na mesma linha estamos perante um novo constitucionalismo europeu distinto do constitucionalismo estadual inaugurado pelo liberalismo do século XVIII-XIX⁶³.

Independentemente da validade ou da pertinência dos argumentos aduzidos pelas teses que têm por objecto este assunto estamos com M. POIARES MADURO quando afirma que relevante para a compreensão do fenómeno comunitário é o facto da linguagem e as práticas dominantes no discurso jurídico da União ser constitucional. Os princípios da aplicabilidade directa, do efeito directo, do primado e a ideia de Comunidade de Direito constituem elementos caracterizadores do processo de constitucionalização encetado pelo TJ e acolhido pela doutrina. O mesmo se diga dos direitos fundamentais da UE, dimensão fundamental do constitucionalismo; primeiro, acolhidos discursivamente pelos actores judiciais e depois incorporados em instrumentos de direito primário⁶⁴.

A existência de um documento normativo fundador que define as condições de formação, aplicação e validade das normas produzidas constitui o suporte básico do discurso constitucional na EU. Todavia, o epíteto ‘constituição’ não merece lugar nos Tratados fundamentais. Embora o Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa tenha ousado conceder-lhe tal título, fê-lo sem sucesso tendo em conta a sua

⁶² Ver F. LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito constitucional europeu*, Almedina, 1997.

⁶³ M. POIARES MADURO, *A Constituição plural. Constitucionalismo e União Europeia*, Principia, 2006. Veja-se a sua tese quanto à natureza contrapontual do constitucionalismo europeu que MATEJ AVBELJ, «Questioning EU Constitutionalism», *GLJ*, 9, 1, 2008, p. 18 denominou de *constitucionalismo discursivo harmonioso*. Para outras perspectivas sobre o constitucionalismo europeu, J. H. H. WEILER, *The Constitution of...*, cit., 1999; K. TUORI, «The many Constitutions of Europe», in K. TUORI et al., *The many Constitutions of Europe*, Ashgate, 2010, pp. 3 ss. (a Constituição europeia como conceito relacional). Ver também J. HABERMAS, *Um ensaio sobre ...*, cit. e K.-H. LADEUR, «We, the European People... – Relâche?», *ELJ*, 14, 2, 2008, pp. 147 ss. Para uma panorâmica geral quanto ao debate do constitucionalismo na UE ver, A. V. BOGDANDY, «A bird’s eye on the science of European Law», *ELJ*, 2000, pp. 208 ss; M. AVBELJ, «Questioning EU Constitutionalism», cit. Sobre o debate constitucional no pós TL, I. PERNICE, «Does Europe need a Constitution? Achievements and challenges after Lisbon», in A. ARNULL, et al. (Ed.), *A Constitutional order of States? Essays in honour of Alan Dashwood*, Hart Pub., 2010, pp. 75 ss.

⁶⁴ É num ambiente discursivo propício do constitucionalismo europeu ou num contexto favorável à incorporação da linguagem do constitucionalismo na UE que entroncam as iniciativas que desembocaram no reconhecimento normativo da força vinculativa da CDF.

rejeição nalguns contextos eleitorais. Com efeito, não obstante os traços indiciadores de um constitucionalismo de facto vigente no plano da UE, o ideário não vingou no plano político-formal pela rejeição da recepção do termo ‘constituição’ nos textos normativos de base⁶⁵.

O malogro do Tratado constitucional de certo modo enfraqueceu o ímpeto constitucional ou no mínimo colocou em causa a linguagem do constitucionalismo. Mas a ordem jurídica da UE continua a transparecer uma inegável dinâmica constitucional, embora sem a tradicional sustentação formal. Aos argumentos em prol da natureza constitucional da ordem jurídica da União acresce o argumento da CDF⁶⁶. Com efeito, embora separada dos Tratados, a CDF é a única reminiscência constitucional de relevo que os Estados não deixaram cair no pós-Tratado Constitucional. Neste sentido, o TL não deixa de dar respaldo às compreensões teórico-normativas do constitucionalismo europeu que se pretendia impor como quadro dogmático adequado a dar resposta às exigências ontológicas da UE⁶⁷.

4. O actual valor representativo da União Europeia e os direitos fundamentais

Como verificamos, não é fácil compreender a UE como um todo, mas a melhor forma não pode deixar de passar por enfatizar o seu carácter complexo e multifacetado. Reconhecemos que a evidência de um crescimento de sentido e termo não inteiramente previsível, certamente dificulta um enquadramento político e jurídico teoricamente adequado. Mas, na verdade os elementos que fazem da UE aquilo que ela é estão identificados intrínseca ou extrinsecamente. O que não é possível é sistematizá-los dogmáticamente por ausência de identificação com modelos teóricos conhecidos. Por se apoiar numa estrutura elástica a UE não é uma realidade estática e isso torna difícil a concretização de pretensões analíticas e de tentativas de tranquilização dos que sentem

⁶⁵ É interessante notar que o fracasso do Tratado constitucional parece dever-se mais a razões circunstanciais que de fé na narrativa constitucional.

⁶⁶ Para I. PERNICE, «Does Europe need...», cit. p. 75 ss, o TL ao conferir carácter obrigatório à CDF esta claramente a reforçar um constitucionalismo já implantado e efectivo na EU.

⁶⁷ Por outro lado, o discurso constitucional continua a exercer uma certa ‘sedução’ sobre os actores da UE, incluindo a doutrina dominante. Por isso, concordamos com K. TUORI, «The many Constitutions of Europe», cit., pp. 4-5, quando diz que o vocabulário constitucional não pode ser ignorado pelo académico pois ele é elemento assumido no discurso de outros actores do Direito europeu.

dificuldade em entender a sua volatilidade, permeabilidade e aparente ausência de limites. É inevitável reconhecer a volubilidade, a mutabilidade e o experimentalismo como característica identitária da UE, o que de resto não é o que mais deva perturbar, pois, histórica e conceptualmente, o próprio Estado comunga desta natureza. A diferença está no facto deste último constituir uma forma política amadurecida, teoricamente trabalhada há largos séculos, enquanto a UE começa a dar os primeiros passos nesse sentido.

É no quadro jurídico e político que caracterizamos anteriormente que emerge e se insere a questão dos direitos fundamentais na União. Por conseguinte, é essencial que na abordagem de qualquer das dimensões da questão se tenha presente a singularidade da EU tal como descrita, pois adoptar como padrão de referência analítico o modelo do Estado pode facilmente conduzir a compreensões desajustadas e distorcidas. Na verdade, as motivações e o ambiente histórico e jurídico que enquadra o acolhimento dos direitos fundamentais no Estado não são comparáveis na UE. Portanto, os pressupostos de investigação dos direitos fundamentais na UE não podem ser os mesmos. Está em causa uma estrutura de poder complexa no contexto da qual os direitos fundamentais assumem uma projecção que transcende a figura do Estado.

Observaremos no capítulo seguinte como os direitos fundamentais emergiram, como se desenvolveram e como se movimentam no complexo ambiente da UE. Ao fazê-lo veremos como aquela complexidade se espelha sobre os direitos fundamentais⁶⁸. A título de exemplo pensemos no problema da instrumentalização da protecção dos direitos fundamentais, na ideia de progressividade criativa, na acção pretoriana, no desenquadramento do paradigma constitucional estatal, na concorrência com outros padrões de protecção ou na participação da componente estatal na formulação e aplicação dos direitos fundamentais da União. No devido tempo, melhor se compreenderá o sentido destas considerações iniciais.

⁶⁸ É interessante reflectir que os momentos mais marcantes da UE contaram com o protagonismo dos direitos fundamentais. São uma presença constante e transversal na história da UE ou na consolidação do primado, por exemplo.

§ Capítulo 2 – O compromisso da União Europeia com os direitos fundamentais

1. A ‘*biografia*’ dos direitos fundamentais na União Europeia

Para o mundo accidental, o apogeu dos direitos fundamentais dá-se com as revoluções europeias e americana do século XVIII e a sua consagração formal nos textos constitucionais da época. Apresentavam-se então como marca distintiva do Estado de Direito liberal e de inscrição obrigatória num texto escrito de dignidade normativa superior. Mas a história da Europa mostrou que o conceito e o conteúdo dos direitos fundamentais não se mantiveram estanques, antes se transformaram à medida que o estatuto subjectivo dos indivíduos integrava outras grandezas culturais e civilizacionais. Constante manteve-se a associação dos direitos fundamentais ao registo constitucional, o que denuncia a posição e a importância que sempre lhes foi atribuída no contexto estatal⁶⁹.

A história também ensina que os direitos fundamentais não são apenas meros sinais de um tipo documentado de Estado, pois a sua transmutação não se dá apenas em profundidade no contexto das constituições nacionais. A linguagem dos direitos fundamentais transpõe a fronteira estatal e também se afirma a nível internacional com a criação de instrumentos de protecção de âmbito geral, como é o caso da CEDH, aprovada em 1950 sob os auspícios do Conselho de Europa⁷⁰. Acautelava-se então a aplicação de sanções aos Estados contratantes que violassem os direitos consagrados naquele instrumento convencional. Desta forma, ao patamar de protecção nacional acrescia o internacional com o reconhecimento de poder jurisdicional sancionatório a uma instância de natureza não estatal. Com esse avanço os cidadãos vítimas de agressões aos seus direitos por parte dos poderes estaduais viram a sua posição individual reforçada.

⁶⁹ Para a evolução histórica dos direitos fundamentais, ver J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 4.ª ed., 2009, pp. 51-70.

⁷⁰ Ver A. D’ ATENA, «Costituzionalismo moderno e tutela dei diritti fondamentali», in A. D’ ATENA et al (a cura di), *Tutela dei diritti e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Giuffrè Ed., 2004, pp. 19.

Apesar de todos os progressos, os actos de cedência do poder do Estado a que assistimos nas últimas décadas, bem como o movimento mais geral de deslocação do poder normativo da esfera pública estatal para contextos de poder público institucional de matriz não estatal – e mesmo para contextos de poder privado – pôs a descoberto novas debilidades do indivíduo.

O projecto europeu constitui um exemplo paradigmático do referido fenómeno e das suas implicações para o plano subjectivo, ao apresentar ao mundo uma nova forma de poder não estatal aparentemente desacompanhada da correspectiva submissão aos direitos fundamentais. A consequente fragilização do indivíduo foi o factor desencadeante de um processo criativo em matéria de protecção de direitos fundamentais que na sua essência remonta aos primórdios do projecto europeu e que apesar dos desenvolvimentos permanece ainda em aberto relativamente a variadas questões⁷¹. Façamos um périplo em torno da evolução do referido processo.

1.1. Um sistema de protecção assente num catálogo *não escrito* de direitos fundamentais

a) *Génesis – o vazio normativo*

Nos primórdios, os Tratados não continham nem um elenco de direitos fundamentais, nem tão-pouco uma norma consagradora de um princípio geral de protecção⁷². Se um acto comunitário ofendesse um direito fundamental, o Direito UE não oferecia qualquer parâmetro de validade ou mecanismo formal de protecção,

⁷¹ Para uma síntese, J. N. CUNHA RODRIGUES, «The incorporation of Fundamental Rights in the Community legal order», in M. POIARES MADURO et al. (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Pub., 2010, pp. 89-97.

⁷² Muitas razões têm sido avançadas pela doutrina para explicar a mudez dos Tratados, com destaque sobretudo para considerações de carácter histórico-político ligadas ao processo de integração iniciado na década de 50. Ver M. Pi LLORENS, *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitário*, Ariel Derecho, 1999, p.19; J. H. H. WEILER, «Methods of protection: towards a second and third generation of protection», in A. CASSESE, et al. (Eds.), *European Union – The Human Rights Challenge*, vol. II, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, pp. 571 ss. Para uma sistematização dos motivos que terão estado na base dessa omissão, VITAL MOREIRA, «A “constitucionalização” dos direitos fundamentais na União Europeia», *Estudos em Homenagem ao Conselheiro J. M. Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, 2003, pp. 697-699.

fazendo crer numa aparente desvinculação dos poderes comunitários aos direitos fundamentais.

Todavia, com o posicionamento dos particulares como sujeitos de Direito da União e com a expansão dos limites de intervenção do direito comunitário a questão protecção dos direitos fundamentais depressa se tornou central. Não se poderia compreender que os órgãos comunitários, assumindo os poderes que lhes cabe e com o impacto decisivo que se conhece na vida dos cidadãos da EU, não estivessem submetidos a um sistema de direitos fundamentais⁷³. Afinal, onde há actos de poder que atingem a esfera de acção individual, há espaço para dúvidas sobre o seu valor intrínseco à luz dos direitos fundamentais. Por isso, depressa despontou a pergunta – que parâmetro de validade aplicar para aquilatar da compatibilidade dos actos comunitários com os direitos fundamentais? Na ausência de previsão normativa, só a hipótese de aplicação do parâmetro de protecção de direitos fundamentais decorrente das constituições nacionais acautelaria a protecção dos particulares perante a crescente intervenção comunitária na sua esfera individual. E foi essa a linha seguida pelos particulares que começaram a opor-se junto do TJ perante o que supunham constituir intervenções abusivas da autoridade comunitária. Contudo, consentir na submissão dos actos comunitários ao parâmetro nacional colocava em causa as feições de autonomia e primazia da ordem jurídica que se esboçava. Perante isto e na falta de comprometimento político quanto à questão coube ao TJ encontrar fornecer a solução.

b) O papel do TJ – reacção e activismo na criação de um catálogo não escrito de direitos fundamentais

Apesar do suposto acanhamento inicial, no decurso de duas décadas o Tribunal do Luxemburgo lançou gradualmente as traves mestras do sistema de protecção dos

⁷³ Os Tribunais Constitucionais de alguns Estados-membros declararam precisamente essa preocupação a propósito da questão do âmbito do primado do Direito comunitário sobre o Direito constitucional. Sobre o repto lançado e o contributo dos Tribunais Constitucionais nacionais para a configuração do sistema pretoriano de protecção dos direitos fundamentais, ver desenvolvimentos na nossa dissertação de mestrado, M. N. SANTOS GONÇALVES, ‘*Civis europeus sum*’? A vinculação dos Estados-membros às exigências que decorrem da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária (sob a orientação do Professor Doutor Rui Manuel Gens Moura Ramos), Universidade de Coimbra, 2005, pp. 27 ss. (não publicada).

direitos fundamentais em vigor na União à medida que era chamado pelos particulares lesados nos seus direitos.

Numa primeira fase, o TJ não se debruçou sobre a questão da vinculação dos actos comunitários aos direitos fundamentais; bastou-se com a declaração categórica de que os direitos nacionais não constituem parâmetro de validade do Direito comunitário. Ilustram esta jurisprudência reactiva os acórdãos *Stork*⁷⁴, *Nold*, *Geitling*⁷⁵ e *Sgarlata*⁷⁶. Nesta etapa inicial, o Tribunal não desenvolveu qualquer tentativa para assegurar a sua protecção pela via comunitária⁷⁷.

Um novo caminho se abriu na sentença *Stauder*⁷⁸ com a inauguração de uma nova tendência na protecção dos direitos na União⁷⁹. Não obstante asseverar inexistir qualquer violação, o TJ refere-se pela primeira vez aos «*direitos fundamentais individuais compreendidos nos princípios gerais de direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo Tribunal.*» (§ 7. O destaque pertence-nos). Todavia, este avanço ainda se afigurava insuficiente por se traduzir numa mera enunciação no plano comunitário do princípio do respeito dos direitos fundamentais, permanecendo em

⁷⁴ Acórdão de 04-02-1959, *Friedrich Stork & Co. v. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*, proc. 1/58, Col. 1959, p. 293.

⁷⁵ Acórdão de 15-07-1960, *Consórcios de venda do carvão Ruhr «Präsident» e «Geitling», «Mausegatt», entreprise I. Nold K. G. v. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*, proc. apensos 36/59, 37/59 e 40/59, Col. 1960, p. 525.

⁷⁶ Acórdão de 01-04-1965, *Marcello Col. et o. v. Comissão*, proc. 40/64, Col. 1965, p. 279.

⁷⁷ Muitos não hesitam em caracterizar as decisões referidas em texto como «pecados de juventude». Ver M. HILF, «The protection of fundamental rights in the Community», in JACOBS (ed.) *European Law and the individual*, North-Holland, 1976, pp. 145-160. Apreciando a posição do Tribunal, M. L. DUARTE, «A União Europeia e os direitos fundamentais. Método de protecção», in *Estudos de Direito da União e das Comunidades*, Coimbra Ed., 2000, p. 19, refere-se à fase do «agnosticismo valorativo», uma vez que «por mais relevantes que fossem os direitos fundamentais na sua fenomenologia constitucional ou internacional, o juiz comunitário não os reconhecia como parâmetro de validade dos actos comunitários.»

⁷⁸ Acórdão de 12-11-1969, *Erich Stauder v. Cidade de Ulm – Sozialamt*, proc. 29/69, Col. 1969, p. 625. O cidadão alemão Stauder solicitou ao TJ uma decisão a título prejudicial na qual se pronunciasse sobre a compatibilidade com os princípios gerais de direito comunitário vigentes (e.g. dignidade humana e não discriminação) de uma decisão CEE que condicionava a oferta de manteiga a preço reduzido aos beneficiários de determinados regimes de assistência social à divulgação aos vendedores do nome do beneficiário.

⁷⁹ M. Pi LLORENS, *Los derechos...*, cit., p. 23, prefere referir-se a uma reorientação paulatina da jurisprudência comunitária.

aberto o problema das fontes dos direitos fundamentais protegidos e respectivos métodos de protecção.

O passo marcante que se seguiu conduz-nos ao caso *Internationale Handelsgesellschaft*⁸⁰. Para além de reiterar a jurisprudência principiada pelas sentenças anteriores, o TJ apela ao recurso às tradições constitucionais comuns aos Estados-membros para definir o conteúdo dos princípios gerais de direito que garante. Ao afirmar que o princípio da salvaguarda dos direitos fundamentais se baseia nas *tradições constitucionais comuns* aos Estados-membros, o caso *Internationale Handelsgesellschaft* torna-se exemplar, permitindo ao Tribunal esclarecer o que havia ficado em aberto no caso *Stauder*, ou seja, a determinação do conteúdo material dos direitos fundamentais contidos nos princípios de direito comunitário.

Mais tarde, em *Nold*⁸¹, o Tribunal acrescenta como fonte de inspiração dos princípios gerais de direito comunitário, a par das tradições constitucionais comuns aos

⁸⁰ Acórdão de 17-12-1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, proc. 11/70, Col. 1970, p. 625. Está em questão um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Verwaltungsgericht Frankfurt* relativamente à conformidade com os direitos fundamentais (*maxime*, proporcionalidade) da exigência, feita pelos regulamentos agrícolas da Comunidade, de certificados de importação e de exportação que comportam para os beneficiários o compromisso de efectuar as operações previstas mediante a garantia de uma caução. Num caso factualmente semelhante e contemporâneo do citado, o TJ, não obstante ter extraído conclusão idêntica, cingiu-se a declarar que «[o] respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça.» (*vide* acórdão de 17-12-1970, *Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel v. Köster, Berodt & Co.*, proc. 25/70, Col. 1970, p. 659).

⁸¹ Acórdão de 14-05-1974, *J. Nold Kohlen-und Baustoffgroßhandlung contra Comissão*, proc. 4/73, Col. 1974, p. 283. Trata-se de um recurso de anulação pedido por uma sociedade alemã da decisão da Comissão relativa à autorização de novas regras de venda da Ruhrkole (outra sociedade) que alegadamente impõem restrições ao excluí-la do abastecimento directo, lesando assim a rentabilidade de empresa e do livre desenvolvimento dos seus negócios. Consequentemente, considera-se lesada nos seus direitos, designadamente no direito de propriedade e no livre exercício das suas actividades profissionais, protegidos pela Constituição alemã, entre outros instrumentos de direito internacional. O Tribunal entendeu que «[e]mbora o ordenamento constitucional de todos os Estados-membros proteja o direito de propriedade e garantias análogas sejam concedidas ao livre exercício do comércio, do trabalho e de outras actividades profissionais, os direitos assim garantidos, longe de constituírem prerrogativas absolutas, devem ser considerados à luz da função social dos bens e das actividades protegidas.» (§14). Por conseguinte, não obstante reconhecer a vinculação dos actos comunitários aos direitos fundamentais, considerou o fundamento improcedente. Ver a anotação ao acórdão de R. M. MOURA RAMOS, *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, Coimbra Ed., 1994, pp.121.

Estados-membros, os instrumentos internacionais de protecção dos direitos do Homem, em que os Estados-membros colaboram ou a que aderiram. O reconhecimento dos direitos fundamentais definidos em actos convencionais a que os Estados-membros estejam ligados como fonte de inspiração dos princípios gerais de direito constituiu o mote para a invocação na jurisprudência que se seguiu de diversos instrumentos internacionais de protecção dos direitos do Homem, com um especial destaque para a CEDH⁸².

Chegados a esta fase de desenvolvimento, uma questão restava cuidar ao TJ; a questão do âmbito material do modelo de protecção dos direitos fundamentais cujas vigas mestras haviam sido colocadas. Tal apenas veio a verificar-se a 13 de Dezembro de 1979 no caso *Hauer*⁸³ quando o TJ analisou a questão da interdição comunitária de novas plantações de vinha à luz do direito de propriedade e do livre exercício de actividades profissionais, esclarecendo que «(...) a questão relativa à eventual violação dos direitos fundamentais por um acto institucional das Comunidades apenas pode ser apreciada no quadro próprio do Direito comunitário.» (§14).

Portanto, ficou assente que os direitos fundamentais protegidos pelo TJ seriam aplicáveis aos actos das instituições comunitárias. A eventual violação de direitos fundamentais por parte de um acto institucional das Comunidades constitui uma questão ligada ao Direito comunitário e como tal deve merecer uma apreciação de acordo com os critérios comunitários. Aquilatar da validade de um acto institucional por infracção de direitos fundamentais é pois competência do direito comunitário. O TJ vai mais longe e reconhece que assim como os direitos fundamentais vinculam as instituições e órgãos comunitários, também vinculam os Estados-membros quando estes actuem no seu território como executores do Direito comunitário⁸⁴. Socorre-se, para o efeito, do

⁸² Invocada pela primeira vez no acórdão de 28-10-1975, *Rutili v. Ministro do Interior*, proc. 36/75, Col. 1975, p.415.

⁸³ Acórdão de 13-12-1979, *Liselotte Hauer v. Land Rheinland – Pfalz*, proc. 44/79, Col.1979, p. 3727, n.ºs 19 a 22.

⁸⁴ Ver acórdão de 13-07-1989, *H. Wachauf v. R. F. Alemanha*, proc. 5/88, Col. 1989, p. 2609 e acórdão de 18-07-1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia e Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou Ert v. Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas e Nicolaos Avdellas e o. (ERT)*, proc. C-260-89, Col.1991, p. I-2925.

conceito de ‘*âmbito de aplicação do direito comunitário*’ cuja interpretação casuística tem suscitado alguma incerteza e perplexidade, como mais tarde se desenvolverá.

A trajectória ilustrada permitiu ao TJ assegurar proactivamente a protecção de um vasto leque de direitos fundamentais sem que qualquer previsão normativa expressa pudesse ser invocada. O proficiente labor judicial estribava-se essencialmente numa abordagem casuística e principialista, ou seja, baseada na premissa da vigência na UE de um parâmetro informal, não escrito, de normas de direitos fundamentais. Foi com a “*invenção do vocabulário dos direitos fundamentais*”⁸⁵ no contexto comunitário e o seu acolhimento pelos Tribunais nacionais que, paulatinamente, o TJ estruturou um sistema de protecção peculiar.

c) A evolução dos Tratados em matéria de direitos fundamentais – o movimento Maastricht/Amesterdão

Não obstante o reconhecimento pelo TJ da existência de direitos fundamentais a nível comunitário e o seu empenho na sua protecção, bem como todas as iniciativas institucionais promovidas, só bem mais tarde o legislador comunitário logrou conferir aos direitos fundamentais espaço no Tratado CEE, quebrando assim com o silêncio do Tratado de Roma (1957). Inicialmente fê-lo sem lhes conferir foros de normatividade, bastando-se com uma referência nos parágrafos 3 e 5 do preâmbulo do AUE (1986), mas o panorama modificou-se alguns anos depois com as revisões que se seguiram do Tratado CEE, destacando-se o TUE, assinado em Maastricht, em 1992 e, posteriormente, o TA, em 1997.

Com o TUE os Estados-membros estabeleceram expressamente o princípio geral da vinculação da União aos direitos fundamentais, identificando igualmente as respectivas fontes⁸⁶. No seu artigo F, n.º 2 dispunha: «*A União respeitará os direitos*

⁸⁵ K. TUORI, «The many Constitutions of Europe», in K. TUORI et al., *The many Constitutions of Europe*, Ashgate, 2010, p. 5.

⁸⁶ Para uma melhor compreensão do processo que envolveu a elaboração do artigo F, n.º 2 do TUE, bem como para uma avaliação das alterações introduzidas pelo TUE relativamente aos direitos fundamentais quer no pilar comunitário, quer nos pilares de cooperação, ver A. SALINAS FRÍAS, *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Editorial Comares, 2000, pp. 175-230; E. GARCIA ENTERRIA, «Les droits fondamentaux et la révision du Traité sur l’Union Européenne», *CDE*, 5-6, 1996, pp. 607-612.

*fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário»*⁸⁷. Paralelamente, o TUE faz brotar a figura da *cidadania europeia*, com a introdução de diversos direitos fundamentais ligados àquele estatuto (artigos 8.º a 8.º-E do TCE, actuais artigos 20.º a 22.º do TFUE), o que constituiu um avanço qualitativo na protecção comunitária dos direitos fundamentais.

A evolução normativa do respeito dos direitos fundamentais na União prossegue com a revisão dos Tratados levada a cabo em de 1997⁸⁸. Em Amesterdão, assiste-se à consagração expressa dos princípios jurídicos constitucionais em que assenta a União, designadamente os «princípios da liberdade, da democracia, *do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais*, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-membros.» (artigo 6.º, n.º 1 do TUE)⁸⁹. Finalmente, a disposição do artigo 6.º sai reforçada com a introdução da possibilidade de serem tomadas medidas contra os Estados-membros que violem de forma grave e persistente os princípios fundamentais em que assenta a União, nos termos preceituado no artigo 7.º do TUE (aditado pelo Tratado de Amesterdão), conjugado com o artigo 309.º do TCE⁹⁰⁻⁹¹.

⁸⁷ Trata-se contudo de uma disposição não justificável, panorama que apenas mais tarde em Amesterdão vem a ser alterado por efeito do artigo do artigo 46.º d) TUE.

⁸⁸ Sobre as alterações introduzidas pelo Tratado de Amesterdão, ver B. NASCIMBENE, «Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di Giustizia nel Trattato di Amsterdam», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, Giuffrè Ed., 1998, pp. 684-694; B. de WITTE, «The past and future role of the ECJ in human rights», in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, University Press, 1999, pp. 883.

⁸⁹ Por sua vez o artigo 6.º, n.º 2 mantém o teor do artigo F, n.º 2 do TUE introduzido em Maastricht.

⁹⁰ Criticando a solução do artigo 7.º por prever a intervenção do TJ apenas no controlo das disposições processuais, ver M. L. DUARTE, «A União Europeia...», in *Estudos...*, cit., p. 32. Sobre o tema, ver M. HOFSTÖTTER, «Suspension of rights by International Organizations: The European Union, the European Communities and other international Organizations», in V. KRONENBERGER (ed.), *The European Union and the International legal order: discord or harmony?*, Asser Press, 2001, pp. 23-52.

⁹¹ Amesterdão é ainda um marco no que diz respeito à afirmação do princípio geral da igualdade (artigo 13.º do TCE) e à dimensão social dos direitos. Destaque-se finalmente a introdução de um novo

Apesar dos avanços no que toca à expressão dos direitos fundamentais nos Tratados, tal não equivale a certeza e clareza em matéria de protecção tendo em conta que se mantém a ausência de um catálogo escrito de direitos fundamentais no plano comunitário e que os critérios indicados nos Tratados para a identificação/descoberta dos direitos protegidos tem um carácter vago e são de determinação incerta. Portanto, nesta etapa, em matéria de direitos fundamentais, o TJ representa o papel principal independentemente da manifestação legislativa sinalizada.

1.2. A redução a escrito das normas de direitos fundamentais e a previsão do respectivo regime jurídico

a) A proclamação da CDF

Do ponto de vista formal, os direitos fundamentais conhecem o seu primeiro momento alto em Dezembro de 2000, por ocasião do Conselho Europeu de Nice, com a proclamação solene da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁹²⁻⁹³.

Como o respectivo preâmbulo indica, a Carta conferiria «maior visibilidade» aos direitos protegidos a nível comunitário, reforçando a sua protecção «à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica»⁹⁴. A ordem

Titulo VI (artigos 73.º-I e seguintes, actuais artigos 61.º e ss.) e a abordagem de matérias respeitantes a vistos, asilo e imigração, cuja relevância dos direitos é expressiva.

⁹² Publicada no Jornal Oficial da CE JO C 364/1, de 18-12-2000.

⁹³ Para desenvolvimentos sobre o processo de elaboração da Carta e metodologia adoptada, G. KERCHOVE, «L'initiative de la Charte et le processus de son élaboration», in J. Y. CARLIER et al. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruylant, 2002 pp. 29.

⁹⁴ §4 do Preâmbulo. Sobre as razões que justificaram a elaboração da CDF e respectivo conteúdo, ver, entre nós, A. GOUCHA SOARES, *A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. A protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra Editora, 2002; R. M. Moura RAMOS, «A Carta de direitos fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, cit., 2001, pp. 963; R. MEDEIROS, *A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a CEDH e o Estado Português*, AAFDL, 2001 e C. S. VENTURA, «Contexto e justificação da Carta, in AAVV, et al., *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, cit., pp. 39.

A bibliografia estrangeira sobre o tema da CDF nesta fase é abundante. Ver, entre muitos, J. Y. CARLIER et al. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne...*, cit.; R. TONIATTI

jurídica comunitária ficaria dotada de um sistema escrito de protecção de direitos fundamentais que permitiria superar as dificuldades ligadas ao método pretoriano de protecção dos direitos fundamentais vigente na União, pois se, por um lado, promovia a segurança jurídica resultante da existência de um catálogo escrito de direitos fundamentais; por outro, clarificava o âmbito das realidades cobertas pelo conceito de direito fundamental – propósitos que o artigo 6.º, n.º 2 do TUE não assegurava.

Apesar da bondade da sua proclamação a Carta apresentava-se ferida na sua vitalidade, uma vez não lhe ser atribuído um valor jurídico obrigatório. Ao invés, a mera proclamação conferiu-lhe o estatuto de simples aclamação política, destituída de força vinculativa. Contudo, embora sem a natureza de cânone vinculativo, deve observar-se a receptividade que a Carta gozou junto dos promotores da Justiça comunitária, o que motivou R. ALONSO GARCÍA a referir-se ao «*persuasivo valor jurídico*»⁹⁵ ou J. KÜHLING, ao «*efeito catalisador*» da Carta⁹⁶. Com efeito, rapidamente apareceram menções à Carta nas Conclusões dos Advogados-Gerais e nos acórdãos do TPI⁹⁷.

(a cura di), et al., *Diritto, diritti, giurisdezione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milani, Cedam, 2002; Q. C. L. GOLDSMITH, «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», *CMLR* 38, 2001, 1201-1216; T. EICKE, «The European Charter of Fundamental Rights - Unique opportunity or unwelcome distraction», *EHRLR*, issue 3, 2000, pp. 280-296; C. ENGEL, «The European Charter of Fundamental Rights. A changed political opportunity structure and its normative consequences», *ELR*, 7, n. 2, 2001, pp. 151-170; L. F. BRAVO, et al., *Carta dei diritti fondamentali, dell'Unione europea (commentata con la giurisprudenza della corte di giustizia CE e della Corte Europea dei diritti dell'uomo e con i dicomenti rilevanti)*, Giuffrè Ed., 2001; A. WEBER, «The European Charter of fundamental rights», *ET*, n. 1, 2000, 3, pp. 447-453; K. LENAERTS et al., «“A “Bill of rights” for the European Union», *CMLR* 38, 2001, pp. 273-300; A. G. TOTH, «The Charter of Fundamental Rights of the European Union», *Direito e Justiça*, XVI, 1, 2002, pp. 171-189; G. de BÚRCA, «Human rights: the Charter and beyond», *JMWP*, 10/01, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html> (03-10-2013).

⁹⁵ ALONSO GARCÍA, «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *CDP*, 13, 2001, pp. 13-43.

⁹⁶ J. KÜHLING, «Fundamental rights», in A. Von BOGDANDY et al., *Principles of European constitutional law*, 2nd ed., Hart, 2011, pp. 486.

⁹⁷ Ver o levantamento dessas referências levado a cabo por, John MORIJN, «Judicial reference to the EU Fundamental Rights Charter. First experiences and possible prospects», Centro de Direitos Humanos, *Ius Gentium Conimbrigae*, 2002, http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/john_morjin.pdf (6-6-2010). Ainda sobre a prestabilidade da Carta como elemento de interpretação do direito comunitário na jurisprudência do TPI, ver J.-P. JACQUÉ, «La protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans

Creemos com IGLÉSIAS SÁNCHEZ que esta reacção preparou o terreno para o futuro facilitando a aceitação da atribuição de valor vinculativo à Carta o que acaba por ocorrer sem dramatismos numa linha de relativa continuidade⁹⁸.

b) O Tratado de Nice – interlúdio

A proclamação da CDF surge temporal e circunstancialmente associada à revisão dos Tratados operada em Nice que, em si mesmo, pouco acrescenta relativamente ao *status quo* dos direitos fundamentais, pois as alterações introduzidas em Nice são de índole essencialmente institucional tendo em vista o alargamento da União a novos países. Porém, não deve desprezar-se de todo o seu significado no que respeita à temática da protecção dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, pelas alterações introduzidas no artigo 7.º do TUE⁹⁹. E depois, principalmente, pelo destaque que a «*Declaração respeitante ao futuro da União*», anexa à acta final do Tratado de Nice, confere a questão do estatuto da CDF proclamada em Dezembro de 2000 – eleita uma das questões essenciais a debater pela União no futuro próximo.

c) O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: a CDF como estandarte constitucional da EU

Na sequência da revisão dos Tratados consumada em Nice, a Conferência dos Representantes dos Governos dos Estados-membros propôs o início de um debate aprofundado sobre o futuro da União¹⁰⁰ que deveria confluir na convocação em 2004 de uma nova CIG. Da agenda constava, entre outras, designadamente, a questão do estatuto da CDFUE proclamada em Nice, bem como a questão da simplificação dos Tratados.

Tal como previsto, o processo assim iniciado conduziu à adopção pelo Conselho Europeu de uma série de propostas e iniciativas tendentes a dar resposta às questões

l'Union européenne. Dialogue entre le juge et le 'constituant'», *L'actualité Juridique - Droit Administratif*, 6, 2002, pp. 476-480.

⁹⁸ S. IGLESIAS SÁNCHEZ, «The court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon treaty on the ECJ's approach to fundamental rights», *CMLR*, 49, 2012, pp. 1565-1612.

⁹⁹ Com as alterações introduzidas pelo Tratado de Nice, basta o *risco de violação grave de um dos princípios em que assenta a União* para o desencadeamento do mecanismo previsto artigo 7.º do TUE.

¹⁰⁰ «Declaração respeitante ao futuro da Europa», anexa à acta final do Tratado de Nice».

colocadas e que constituíram a base para a apresentação do projecto de um Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa¹⁰¹. A elaboração do respectivo projecto ficou a cargo de uma Convenção *ad hoc* que, em nome dos cidadãos e dos Estados da Europa, foi mandatada para o efeito¹⁰².

Dos trabalhos da Convenção Europeia saiu a proposta de inteirar a Carta no corpo de um texto único designado por Constituição europeia¹⁰³. Foi o que veio a confirmar-se no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, assinado pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-membros, em Roma, no dia 29 de Outubro de 2004¹⁰⁴. A CDF surgia assim integrada na segunda parte do Tratado Constitucional (artigos II-61.º a II-114.º), com uma redacção que corresponde no essencial à sua versão original¹⁰⁵. Contudo, os resultados negativos dos referendos ao Tratado realizados em França e na Holanda determinaram um desfecho inopinado para o Tratado constitucional que acabou por ser abandonado após um inquietante período de

¹⁰¹ Declaração de Laeken sobre o futuro da UE anexa às conclusões da presidência do Conselho Europeu de Laeken de Dezembro de 2001, http://www.europarl.europa.eu/summits/pdf/lae2_pt.pdf (03-10-2013).

¹⁰² A Convenção Europeia foi mandatada segundo um modelo semelhante ao que presidiu à elaboração da CDFUE para proceder à revisão dos Tratados. A designação de *Convenção* terá levado muitos a estabelecer uma associação ao processo constitucional americano, receando que este simbolismo possa indiciar a intenção de desenhar um *constitucionalismo europeu* em moldes federais. Sobre o processo adoptado para a revisão dos Tratados em curso, na perspectiva do constitucionalismo europeu, B. de WITTE, «Il processo semi-permanente di rivisione dei trattati», *QC*, XXII, 3, 2002, pp. 499-519. Acompanhando e comentando o debate sobre o tema da Constituição europeia, ver, entre muitos, G. AMATO, «La Convenzione Europea. Primi approdi e dilemmi aperti», *QC*, XXII, 3, 2002, pp. 449-461; S. CASSESE, «La costituzione europea: elogio della precarietà», *QC*, XXII, 3, 2002, pp. 469-478. Ver também, J. KOKOT et al., «The European Convention and its draft Treaty establishing a constitution for Europe: appropriate answers to the Leaken questions?» *CMLR*, 40, 2003, pp. 1315-1345 e A. WILLIAMS, «EU human rights and the Convention on the future of Europe: A failure of design?», *ELR*, 28, 2003, pp. 794-813.

¹⁰³ Vide o artigo 5.º n.º 1 do Projecto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.

¹⁰⁴ Publicado no Jornal Oficial da UE JO C310, 16-12-2004.

¹⁰⁵ Registam-se, contudo, algumas adaptações ao texto, em especial no que respeita aos artigos 51.º e 52.º da CDFUE (artigos II-111.º e II-113.º do Tratado constitucional).

ponderação¹⁰⁶. Consequentemente, o estatuto jurídico da Carta voltava a estar em aberto.

d) O TL – abandono do epíteto constitucional sem sacrifício da solução quanto ao estatuto jurídico da Carta

Depois do afastamento oficial do Tratado constitucional reclamava-se um caminho que permitisse à Europa sair em segurança do impasse em que mergulhara. De acordo com o mandato para uma nova CIG aprovado pelos vinte e sete Chefes de Estado e do Governo, em Bruxelas, a 23 de Junho de 2007, tal implicaria que o novo Tratado, sem rejeitar as inovações resultantes da CIG de 2004, se distanciasse do anteriormente assinado. Havia assim que esbater os elementos relacionados com a narrativa do constitucionalismo, para que dúvida não houvesse quanto ao facto do novo Tratado romper com o figurino *constitucional* de 2004¹⁰⁷. Pesadas as circunstâncias e abandonada a opção por um Tratado único, o processo culminou com a assinatura a 13 de Dezembro de 2007 do TL que modificava o Tratado sobre a UE e o Tratado que estabelece a Comunidade Europeia.

Quanto à Carta, os Estados-membros decidiram abrir mão da sua localização sistemática, enquanto parte integrante do acervo de normas dos Tratados fundamentais. a CDF foi remetida para um documento à parte, pois, alojada na Parte II do Tratado Constitucional, constituía um dos elementos indelevelmente ligados ao constitucionalismo cuja inclusão no texto dos Tratados fundamentais se podia demonstrar melindrosa e arriscada¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Ver as reflexões de M. POIARES MADURO, «Passion and reason in European integration», in *Forum Constitutionis Europae*, 03/10, 2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1709950 (03-10-2013).

¹⁰⁷ J. ZILLER, *O Tratado de Lisboa*, Texto Ed., 2010, apresenta uma análise do TL numa tentativa de compreender as soluções lá previstas no seguimento do insucesso do Tratado constitucional. Põe a tónica nas injustificadas desconfianças e obsessões manifestadas por certos Estados-membros no decurso do processo que conduziu à entrada em vigor do TL, principal motivo para a complexidade e deficiências do resultado final alcançado.

¹⁰⁸ Para o efeito, retomaram o texto da Carta proclamada a 7 de Dezembro de 2000 e adaptaram-no para, no dia anterior do da assinatura do Tratado de Lisboa (12 de Dezembro de 2007), em Estrasburgo, voltar a Carta a ser proclamada pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão, com a indicação que o novo texto substituíra o anterior (JO C 303 de 14.12.2007). O texto da Carta encontra-se reproduzido na

Note-se, contudo, que a decisão de posicionar a Carta num documento separado dos Tratados não importou consequências expressivas em matéria de protecção de direitos fundamentais¹⁰⁹⁻¹¹⁰. A visibilidade que se pretendia para os direitos fundamentais continua assegurada e, por outro lado, o carácter independente da Carta pode até ser positivo uma vez que lhe permite poder funcionar como base de referência geral em matéria de protecção de direitos fundamentais¹¹¹.

Mas o grande impacto que o TL exerce relativamente à Carta é no que refere ao reconhecimento do seu valor jurídico, pois a sua eficácia é a mesma que decorria da solução do Tratado constitucional, apesar de agora encontrar-se formalmente alojada na borda dos Tratados por via de uma referência cruzada. De acordo com o art. 6.º, n.º 1, §1 *in fine* TUE, tal como alterado pelo TL, a Carta «...tem o mesmo valor jurídico que os Tratados» que servem de fundamento à EU¹¹².

Não pode, por isso, afirmar-se ter a correcção da trajectória do processo de integração europeia provocado o regresso a um sistema vago e ambíguo, essencialmente ao sabor da dinâmica judicial, pois em matéria de direitos garantiu-se um resultado

acta final do Tratado de Lisboa e integra a publicação das versões consolidadas do TUE e TFUE de 30 de Março de 2010 (JOUE 2010/C 83/01; 2010/C 83/02).

¹⁰⁹ Nesse sentido, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, «Challenges for the protection of fundamental rights in the EU at the time of the entry into force of the Lisbon Treaty», *Fordham Int'l L. J.*, 33, 6-5, 2011, pp. 1776-1779. Contudo, não deixa de referir que com o reconhecimento do estatuto de direito primário, a CDF ganhou um maior impacto ao nível dos Estados-membros.

¹¹⁰ Neste sentido, ver acórdão TJ, 03-05-2012, *Legris Industries c. Comissão*, C-289/11P, §36 e as Conclusões da AG de 30-05-2013, no caso (pendente a 02-10-2013), *Gascogne Sack Deutschland (anciennement Sachsa Verpackung c. Comissão*, C-40/12P, §51.

¹¹¹ Nesse sentido, J. ZILLER, *O Tratado de Lisboa*, cit., p. 105; I. PERNICE, «The Treaty of Lisbon and fundamental rights», in S. GRILLER; J. ZILLER (eds.) *The Lisbon Treaty. EU constitutionalism without a Constitutional Treaty?* Springer, 2008, p. 241; E. GIANFRANCESCO, «Some considerations on the juridical value of the Charter of fundamental rights before and after the Lisbon Treaty», in *Forum di Quaderni Costituzionali*, p. 9, http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0140_gianfrancesco.pdf (03-10-2013). Entendendo que o novo texto contém uma «mensagem anti-simbólica» na medida em que reconhecer em vez de incorporar reduz o simbolismo do texto enquanto *bill of rights* europeu, C. REH, «The Lisbon Treaty: de-Constitutionalizing the European Union?», *JCMS*, 2009, 47, 3, p. 644, 647.

¹¹² Ressalva-se, todavia, que a solução do artigo 6.º 1 TUE pode do ponto de vista técnico vir a suscitar dificuldades no caso de uma eventual revisão da Carta no que toca às respectivas condições formais, procedimentais e substanciais. Sobre o assunto, E. GIANFRANCESCO, «Some considerations on the juridical...», cit., pp. 9-10.

idêntico ao que decorria do Tratado constitucional: a qualificação das normas da CDFUE como direito primário da EU, com as consequências que daí advêm.

Nesta medida, não deixando de estar em causa um exercício codificador, o TL constitui um ponto de viragem, na medida em que, pela primeira vez na UE os Estados-membros se comprometem formalmente com um catálogo concreto de direitos fundamentais de carácter vinculativo e assumem os contornos do respectivo sistema de protecção¹¹³.

2. O modelo de protecção de direitos fundamentais em vigor na UE

2.1. Os direitos fundamentais que fazem parte do direito da União – o artigo 6.º TUE

O artigo 6.º do TUE, na versão que lhe foi dada pelo TL, constitui o ponto de arrimo para aqueles que pretendam compreender as linhas mestras do modelo de protecção de direitos fundamentais¹¹⁴. O preceito dispõe do seguinte modo:

1. *A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.
De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados.
Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.*
2. *A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.*
3. *Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.*

¹¹³ Um compromisso condicionado, como se compreenderá *infra* quando abordados os limites colocados à aplicação da CDF.

¹¹⁴ Se cotejarmos o anterior versão do artigo 6.º n.º 2 TUE com o actual artigo 6.º n.º 3 TUE observamos uma significativa mudança em prol da clareza quanto ao modo de integração e ao posicionamento dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária.

Do preceito decorre que o sistema de protecção dos direitos fundamentais na UE assenta basicamente em dois instrumentos normativos: na CDF (art. 6.º, n.º 1 CDF) – sem prejuízo de outros direitos fundamentais protegidos enquanto princípios gerais (art. 6.º, n.º 3 CDF¹¹⁵) – e na CEDH (art. 6.º, n.º 2 CDF)¹¹⁶⁻¹¹⁷.

a) Os princípios gerais de direito como parâmetro matricial

A primeira nota a destacar do actual artigo 6.º TUE prende-se com a reafirmação da natureza normativa dos direitos fundamentais que fazem parte do Direito da União. Na UE, tal como ventilado pelo TJ nos primeiros arrestos que proferiu e mais tarde em Maastricht confirmado pelos Estados-membros (artigo F, n.º 2 TUE), os direitos fundamentais continuam a ser protegidos «*enquanto princípios gerais*» (artigo 6.º, n.º 3 TUE)¹¹⁸.

Apesar dos cenários de vazio normativo e de ausência de um catálogo escrito dotado de força vinculativa estarem ultrapassados, os princípios gerais de direito continuam a constituir a categoria jurídica que cimenta o sistema de protecção dos direitos fundamentais na UE¹¹⁹. As implicações que daí advêm é que diferem relativamente ao *status quo ante*. Efectivamente, a função integradora dos princípios gerais de direito está hoje drasticamente reduzida a partir do momento em que o recurso àquele instrumento e ao discurso substantivo correspondente deixou de ser necessário para fundamentação jurídica de decisões judiciais no domínio dos direitos fundamentais. Isto porque com a CDF o TJ passou a dispor para as suas decisões de um

¹¹⁵ Com esta cláusula aberta, permite-se um sistema de protecção aberto e flexível.

¹¹⁶ A partir do momento em que se encontre concluído o processo de adesão da UE à CEDH.

¹¹⁷ Alguns autores referem um sistema de protecção assente em ‘três pilares’; I. PERNICE, «The Treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action», *CJEL*, 15, 3, 2009, pp. 401-402; Idem, «The Treaty of Lisbon and fundamental rights», in S. GRILLER et al. (eds.), *The Lisbon Treaty without a Constitutional Treaty?*, Springer, 2008, p. 240. A. M. GUERRA MARTINS, «The Treaty of Lisbon: After all another step towards a European Constitution?», in I. PERNICE et al., (ed.), *Ceci n'est pas une Constitution. Constitutionalisation without a Constitution?*, Nomos Verlag., 2008, p. 70.

¹¹⁸ Sobre a temática dos princípios gerais de Direito da UE em geral, A. Von BOGDANDY et al. (ed.), *Principles of European constitutional law*, cit.; U. BERNITZ et al. (ed.), *General principles of EC Law in a process of development*, Kluwer, 2008; X. GROUSSOT, *General principles of community law*, Europa Law, 2006; T. TRIDIMAS, *The general principles of EU Law*, 2nd ed, OUP, 2006.

¹¹⁹ Diferente é a questão acerca da manutenção simultânea de dois sistemas de protecção paralelos a analisar de seguida.

suporte normativo escrito que dispensa-o de apelar a princípios jurídicos não escritos para garantir a protecção de direitos fundamentais na UE.

A função integradora que os princípios asseguram é agora residual e limitada aos direitos fundamentais *não* previstos na Carta. O artigo 6.º, n.º 3 CDF ao instituir, como entendemos, um regime aberto, flexível ou de baixa rigidez em matéria de direitos fundamentais¹²⁰, autoriza a presença na ordem jurídica comunitária de direitos fundamentais a que a Carta não deu forma escrita e relativamente aos quais o apelo aos princípios gerais enquanto uma técnica de protecção jurisprudencial continua a fazer sentido¹²¹. Nessa medida, as dificuldades apontadas pela doutrina decorrentes do recurso à figura dos princípios gerais de direito e respectivo estatuto permanecem¹²²⁻¹²³.

¹²⁰ VITAL MOREIRA, «A “constitucionalização” dos direitos fundamentais na União Europeia», *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, 2003, p. 697-735. O A. a pp. 727-728 atribui à norma do artigo I-9.º, n.º 3 do Tratado Constitucional (cujo teor o artigo 6.º, n.º 3 TUE reproduz) o valor de «uma cláusula de abertura a direitos fundamentais não constantes da Carta». Do mesmo modo, M. L. DUARTE, «O Tratado de Lisboa e o sistema europeu de protecção de direitos fundamentais», in N. PIÇARRA, *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa: aspectos centrais*, Almedina, 2011, p. 86 e S. IGLÉSIAS SÁNCHEZ, «The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ’s approach to fundamental rights», *CMLR*, 49, 5, 2012, pp. 1565-1611.

¹²¹ E. MUIR, «The Court of Justice in the novel system for the protection of fundamental rights in the EU», *MFLWP*, 2012, 5, p. 8, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=202588, (03-10-2013). I. PERNICE, «The Treaty of Lisbon and fundamental rights...», cit., pp. 240, 249.

¹²² Para uma análise detalhada das principais questões colocadas pelo recurso à técnica mencionada ver a nossa dissertação de mestrado, M. N. SANTOS GONÇALVES, ‘*Civis europeus sum*’? *A vinculação dos Estados-membros...*, cit., pp. 51 ss. Ver ainda, T. TRIDIMAS, *The general principles...*, cit., pp. 20-21.

¹²³ As opiniões acerca do art. 6.º TUE são variadas. X. GROUSSOT, *The scope of application...*, cit, p. 2, nota 6, sublinha a centralidade paramétrica da CDF enquanto instrumento de protecção relegando para segundo plano os princípios gerais de direito. Vê nestes tão-somente um papel de auxiliares de interpretação das disposições da Carta podendo nessa medida contribuir para fundamentar a expansão do seu âmbito material. Nega-lhes, porém, valor de *standard* autónomo de protecção. Já J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, «The protection of fundamental rights in the EU: Community of values with opt-out?» in PERNICE, et al. (ed.), *Ceci n’est pas...*, p. 129, embora admitindo que a opção por um modelo de baixa rigidez, à semelhança do que se verifica com instrumentos análogos, possa ser o mais adequado face ao dinamismo da realidade social actual, nota que não satisfaz integralmente a necessidade de clareza e certeza dos cidadãos europeus relativamente aos seus direitos. Por sua vez, I. PERNICE, «The Treaty of Lisbon. Multilevel...», cit., p. 402 entende que o Tratado de Lisboa mantém a dinâmica necessária ao desenvolvimento dos direitos fundamentais na União assegurando um espaço para o intercâmbio entre os

Relativamente às normas de direitos fundamentais consagrados na Carta os princípios gerais de direito desempenham agora um papel essencialmente hermenêutico. De resto, não podemos desconsiderar que Carta reafirma direitos fundamentais, em larga medida, já reconhecidos pela jurisprudência comunitária segundo a técnica dos princípios gerais de direito dando-lhes uma forma escrita. Por isso, e como ditam as melhores directrizes metodológicas, na tarefa de interpretação há que atender ao substrato do princípio geral ínsito às normas de direitos fundamentais previstas na Carta¹²⁴⁻¹²⁵.

Finalmente, de um ponto de vista mais geral, embora não de somenos importância, os princípios gerais contribuem para a necessária estruturação jurídica e dogmática do sistema vigente pela autoridade normativa que lhes é reconhecida. Afinal, encontramos-nos perante proposições gerais que gozam de uma dignidade hierárquica superior, sempre que entendidos no sentido de proposições pré e supra normativas que «representam postulações eliciadas da própria “ideia de direito”», razão pela qual não podem ser derogados sem perversão da própria ordem jurídica e do “sentimento jurídico” da comunidade»¹²⁶. Nesse sentido, o artigo 6.º n.º 3 TUE, na parte que se refere aos princípios gerais, confere às normas de direitos fundamentais (escritas ou não escritas) uma posição de destaque relativamente ao Direito da União que não traduza a materialização escrita de princípios gerais de direito. Se antes do TL já era esta a perspectiva, ela sai reforçada se considerarmos os termos inequívocos utilizados no artigo 6.º n.º 3.

b) Acerca da manutenção de dois sistemas de protecção paralelos – a CDF e os princípios gerais de direito

A questão da relação e da coexistência de dois mecanismos de protecção paralelos interliga-se com a questão anteriormente convocada – na medida em que o art.

standards europeu e nacional de protecção em especial através do diálogo judicial estabelecido entre os dois níveis constitucionais.

¹²⁴ A própria jurisprudência comunitária recente deu eco da ideia, por exemplo, no acórdão TJ, 12-05-2011, C-391, *Runevič-Vardyn e Wardyn*, § 43.

¹²⁵ Ver expressão da ideia no art. 6.º 1, §3 TUE e no artigo 52.º n.º 3 e 4 CDF.

¹²⁶ J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1997, pp. 163-164.

6.º 1 e 3 TUE avaliza simultaneamente os direitos fundamentais da CDF e os direitos fundamentais de traça jurisprudencial apoiados na dogmática dos princípios gerais de direito – mas, não coincide.

A ideia nuclear da posição favorável à manutenção paralela dos dois mecanismos de protecção é a de que sempre que por força dos limites à aplicação da CDF não fosse possível invocar um dado direito fundamental, em alternativa, tentar-se-ia resgatar esse direito fundamental pela via do princípio geral a ele subjacente para assim salvaguardar o particular¹²⁷. O mesmo procedimento se empregaria nas situações em que substancialmente o mesmo direito fundamental enquanto princípio geral de direito conferisse uma protecção mais abrangente que o mesmo direito na CDF. O sistema de protecção configurado pela CDF aplicar-se-ia às situações (restritas) que se situassem no âmbito de aplicação da CDF extraído. A todas as outras situações que se situassem no âmbito dos direitos fundamentais protegidos pelo TJ a título de princípios gerais de direito segundo a metodologia definida, aplicar-se-ia o sistema primitivo.

Quanto ao problema, subscrevemos o parecer de DOUGAN para quem um entendimento como o descrito criaria o risco de divergências na protecção do mesmo direito fundamental em função do modelo aplicado¹²⁸. Na mesma linha que subscrevemos o AG BOT no caso *Scattolon*¹²⁹, pronunciou-se sobre o assunto nos seguintes termos: «Para além do facto de uma restrição do âmbito de aplicação da Carta em relação ao dos direitos fundamentais reconhecidos enquanto princípios gerais do direito da União não ter, em minha opinião, sido pretendida pelos redactores da Carta, uma interpretação estrita do n.º 1 do seu artigo 51.º não me parece desejável. Com efeito, tal interpretação levaria à criação de dois regimes diferentes de protecção dos direitos fundamentais na União, consoante estes decorram da Carta ou de princípios gerais do direito. Isso fragilizaria o nível de protecção destes direitos, o que poderia parecer contraditório com a letra do artigo 53.º da Carta, que dispõe, designadamente, que «[n]enhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União» (§120). Também a AG

¹²⁷ Trata-se fundamentalmente da proposta apresentada pela AG nas Conclusões apresentadas a 08-09-2011, no caso *Dominguez*, C-282/10, §88 ss.

¹²⁸ M. DOUGAN, «The Treaty of Lisbon 2007. Winning minds, not hearts», *CMLR*, 45, 2008, p. 617, 664-665.

¹²⁹ Conclusões apresentadas a 05-03-2011 no caso *Scattolon*, C-108/10.

TRSTENJAK, no caso *Dominguez*, referindo-se aos direitos fundamentais da Carta e aos direitos fundamentais protegidos enquanto princípios gerais, nota que «(...) a exigência de uma protecção coerente dos direitos fundamentais exige que ambos os direitos fundamentais sejam interpretados de forma o mais possível concertada. (...) [N]ão pode existir qualquer contradição em termos de conteúdo entre as duas categorias de direitos fundamentais. Pelo contrário, é necessária uma interpretação harmonizadora, sempre que o direito fundamental resultante da Carta o permitir» (§129)¹³⁰.

c) As fontes dos direitos fundamentais garantidos enquanto princípios gerais

Uma vez apreciada a questão da natureza e da posição normativa dos direitos fundamentais no Direito da União, permanece o problema da determinação das fontes a partir das quais se revelam os direitos fundamentais protegidos pelo Direito da União a título de princípios gerais de direito. Também neste plano o TL não traz alterações relativamente ao estabelecido. Tal como decorria da jurisprudência comunitária, do ex-artigo 6.º n.º 2 TUE e agora do artigo 6.º 3 TUE no direito da União os direitos fundamentais procedem das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e da CEDH¹³¹.

O papel das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e da CEDH deverá permanecer limitado pois, enquanto fontes de princípios gerais de direito, não

¹³⁰ No que se refere à projecção desta proposta na temática da vinculação directa dos particulares, a AG alerta para o facto de por esta direcção se poder «(...) contornar a restrição do círculo de sujeitos vinculados aos direitos fundamentais definido pelo legislador da União na Carta» §128.

¹³¹ Não nos parece certo ver nesta solução jurídica uma restrição imposta ao TJ no sentido de se cingir nas suas decisões apenas aquele instrumento jurídico, apesar do artigo 6.º, n.º 3 TUE se reportar exclusivamente aos direitos fundamentais tal como os garante a CEDH. Assim, A. ROSAS, «The European Union and International Human Rights Instruments», in V. KRONENBERGER (ed.), *The EU and the International Legal Order...*, cit., p. 56-57. O propósito do legislador parece ter sido tão-só o de enfatizar o especial significado que reveste a CEDH para o Direito UE. Devemos recordar tratar-se de um instrumento europeu de protecção dos direitos do Homem concebido no quadro das aspirações de promoção da paz dominantes no pós-guerra. Acresce o facto da CDF no §5 do seu Preâmbulo mencionar não só a CEDH, mas também os direitos fundamentais decorrentes das «*obrigações internacionais comuns aos Estados-membros (...) Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*». A conclusão equivalente pode chegar-se a partir da leitura do artigo 53.º da CDF e das anotações à Carta realizadas pelo *Praesidium*.

lhe é atribuída relevância autónoma. Constituem meros instrumentos de inspiração para a definição do sistema de protecção dos direitos fundamentais, edificado de harmonia com as exigências impostas pela ordem jurídica comunitária¹³². Não há uma vinculação ou identificação necessária ao elenco nacional ou internacional de direitos fundamentais e muito menos à interpretação que desses direitos é feita por outras instâncias¹³³, razão pela qual nada obsta ao reconhecimento de outros direitos nem à fixação de um conteúdo diverso. A ordem jurídica comunitária goza de autonomia, embora se deixe influenciar pelos instrumentos citados na revelação das suas normas de direitos fundamentais.

Sem prejuízo da invocação da CEDH e das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros para descoberta de novos direitos fundamentais, com a CDF a identificação concreta das fontes passou a ter relevância essencialmente para efeito de interpretação das normas de direitos fundamentais objecto de positivação¹³⁴. Assim, em qualquer das hipóteses, caberá ao intérprete – segundo uma orientação funcional e apelando eventualmente ao estabelecido na jurisprudência precedente – dar resposta às questões relativas à margem de indeterminação que em certa medida comporta a figura das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, bem como à questão da natureza da recepção dos instrumentos internacionais de protecção dos direitos do Homem, sempre que confrontado com necessidades de protecção de direitos fundamentais que correspondam aos da CEDH e/ou que decorram das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros¹³⁵.

d) A Carta e o elenco dos direitos fundamentais

¹³² M. L. DUARTE, «A União Europeia...», *Estudos...*, cit., p.21, a este propósito refere-se ao critério da «*adequação funcional*».

¹³³ Os respectivos conteúdos de protecção podem divergir. Observe-se o caso do direito à inviolabilidade de domicílio, em relação ao qual o TJ (acórdão TJ, 21-09-1989, C-46/87, *Hoechst*) manifestou um entendimento não coincidente com o do TEDH (casos *Chapell/Reino Unido*, sentença de 30-03-1989, 17/1987/140/194, série A, vol. n.º 152 e *Niemietz v. Alemanha*, sentença de 16-12-1992, 72/1991/324/396, n.º 251B).

¹³⁴ Ver artigo 52.º n.º 3 e 4 CDF.

¹³⁵ Para uma análise desenvolvida destas questões no cenário pré Lisboa ver a nossa dissertação de mestrado, M. N. SANTOS GONÇALVES, «*Civis europeus sum*»? *A vinculação dos Estados-membros...*, cit., pp. 59-66.

A Carta de direitos fundamentais, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, enquanto expressão escrita dos direitos fundamentais protegidos no plano comunitário, constitui um instrumento de primeira linha na protecção daqueles¹³⁶. Trata-se de um documento normativo formal que articulado com o disposto no artigo 6.º TUE consagra o elenco de direitos fundamentais acolhidos no Direito da UE¹³⁷, bem como o correspondente regime jurídico¹³⁸. De acordo com n.º 1 do artigo 6.º TUE a Carta dispõe do mesmo valor jurídico Tratados, pelo que as suas apresentam igual carácter vinculativo.

Considerando que, formalmente, a identificação da fundamentalidade de um direito advém da sua previsão em disposições jurídicas de valor hierárquico superior, a partir das quais se extraem consequências jurídicas específicas, designadamente, a atribuição de uma tutela superior, então é hoje possível afirma-se positivamente na UE a validade de uma concepção de direitos fundamentais em sentido normativo ou formal¹³⁹.

A redução a escrito dos direitos fundamentais, ainda que em larga medida dando corpo à direcção jurisprudencial seguida, trouxe vantagens a variados níveis. Antes de mais, sistematiza, clarifica e enriquece um modelo de protecção de natureza casuística e contingente, dando-lhe visibilidade em termos que permitam o seu conhecimento por parte dos respectivos titulares, facto que lhes facilitará o respectivo exercício. Por outro lado, a redução a escrito dos direitos a proteger no quadro do direito comunitário e a definição do seu âmbito de protecção confere ao TJ nas suas decisões um suporte normativo certo e seguro, o que reforça a legitimidade da sua acção com redução do

¹³⁶ Sem que constitua um circuito fechado em matéria de direitos fundamentais, *ex vi* artigo 6.º, n.º 3 TUE, o universo dos direitos fundamentais é mais amplo que o previsto na Carta.

¹³⁷ Distribuídos por seis títulos: Dignidade, Liberdades, Igualdade, Solidariedade e Cidadania.

¹³⁸ Constante das disposições horizontais, compreendidas entre os artigos 51.º e 54.º CDF

¹³⁹ Como nota M. Pi LLORENS, *Los derechos...*, cit., p. 95, de um ponto de vista formal, «seriam direitos fundamentais aqueles que, independentemente do seu conteúdo e estrutura, estejam reconhecidos em normas que os qualifiquem como tais». A afirmação de um sentido formal aos direitos fundamentais não importa necessariamente consequências de nível constitucional. Como nota J. J. GOMES CANOTILHO, «Compreensão jurídico-política da Carta», in AAVV, *A Carta de direitos...*, cit., pp.13-15, embora a fundamentalidade formal ande associada à constitucionalização, no contexto da integração europeia, tal não procede. Face à inexistência de uma ‘*Constituição europeia*’ e de um ‘*Estado europeu*’, a incorporação da CDF em normas de hierarquia superior no contexto das fontes de direito comunitário, não permite estabelecer uma aliança entre ‘*positivação*’ de direitos e ‘*constitucionalização*’.

espaço para críticas. Finalmente, enquanto *expressão de valores comuns*¹⁴⁰, a Carta constitui um avanço no amadurecimento de uma ordem jurídica autónoma que sustenta uma forma de poder sujeito à *rule of law*, o que se verifica independentemente da adopção formal dos quadros conceituais e das representações do constitucionalismo enfeitados por ocasião do Tratado constitucional¹⁴¹⁻¹⁴².

Por último, previne-se que a Carta não aloja todos os direitos fundamentais da UE, nem esgota o manancial de direitos fundamentais escritos que habitam a ordem jurídica comunitária. Em verdade, se atentarmos no articulado dos Tratados verificamos a presença de normas com a natureza de direitos fundamentais¹⁴³. Por outro lado, nada obsta à previsão de direitos fundamentais não previstos na CDF ou nos Tratados em actos de direito derivado ou à derivação de novos direitos a partir de direitos fundamentais formalmente consagrados. A nosso ver é viável que dos direitos fundamentais consagrados e com base na metodologia dos princípios gerais de direito se possa retirar novas dimensões de protecção, como o atesta o TJ no caso *Varec SA*¹⁴⁴ quando do direito ao respeito pela vida privada, consagrado no artigo 8.º da CEDH, que

¹⁴⁰ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, «The protection of fundamental rights in the EU...» in PERNICE, et al. (ed.), *Ceci n'est pas...* cit, p. 123 e I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon...*, cit., 2008, p. 153.

¹⁴¹ Ver S. IGLÉSIAS SÁNCHEZ, «The Court...», cit., p. 1572.

¹⁴² Referindo-se às implicações da atribuição de força vinculativa à Carta sobre a estrutura da UE no sentido da contribuição para a definição de um modelo de tipo federal para a Europa, H. DUMONT et al., «La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne», in O. DE SCHUTTER et al. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, p. 61, K. LENAERTS, et al., «A “Bill of rights”...», cit., pp. 273-300; C. McCRUDDEN, «The Future of EU Charter of Fundamental Rights», *JMWP*, 10/01, 2001, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/013001.html>, (03-10-2013) e G. de BÚRCA, «Human rights: the Charter and...», cit.

¹⁴³ Para um levantamento dos direitos fundamentais da UE dispersos pelo articulado do TUE e do TFUE, M. L. DUARTE, «O Tratado de Lisboa ...», in N. PIÇARRA, *A União Europeia...*, cit., p. 85. A esmagadora maioria dos direitos fundamentais identificados encontra correspondência na CDF, contudo a A. não retira consequências em matéria de sentido do exercício reprodutivo.

¹⁴⁴ Acórdão TJ, 14-02-2008, C-450/06, *Varec*, §48-49.

decorre das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e é reafirmado no artigo 7.º CDF faz derivar o ‘*direito à protecção dos segredos de negócios*’¹⁴⁵.

e) O estatuto (futuro) da CEDH

Por ora, a União não é parte da CEDH e como tal os Tribunais comunitários não se encontram vinculados nem ao catálogo de direitos fundamentais previsto, nem à interpretação que deles leva a cabo os órgãos de fiscalização, nem ao mecanismo de controlo jurisdicional da Convenção¹⁴⁶.

A submissão ao mecanismo de tutela de direitos fundamentais do Conselho da Europa depende da adesão da UE à CEDH. Enquanto isso, não é possível os particulares submeterem ao TEDH a apreciação de actos comunitários contrários aos direitos fundamentais. Verdadeiramente, por ora, na UE a Convenção não é aplicada de *per se*, mas nos limites de uma metodologia jurídica baseada na figura dos princípios gerais de direito. Nessa medida os princípios gerais de direito são expressão das soluções plasmadas na CEDH, constituindo mera fonte de inspiração do Direito da União¹⁴⁷.

Aderindo a União à CEDH, como profetiza o artigo 6.º, n.º 2 TUE, este instrumento passará a assumir a função de parâmetro de controlo externo adicional¹⁴⁸. Isto é, em moldes equivalentes aos dos Estados contratantes, os actos de dimensão

¹⁴⁵ Outro interessante exemplo é o da integração do ‘*direito a ser esquecido*’ no âmbito do direito à protecção de dados e da vida privada, tratado pelo AG N. JÄÄSKINEN nas Conclusões apresentadas em 25-06-2013 no caso *Google Spain e Google*, C-131/12, §126-137 (pendente a 02-10-2013).

¹⁴⁶ O que permite equacionar a questão da eventualidade de ocorrerem orientações jurisprudenciais divergentes. A autonomia dos princípios gerais de direito deduzidos em especial a partir da CEDH, forçamos a levantar a questão das possíveis discrepâncias entre a interpretação efectuada pelo TJ – de acordo com a lógica comunitária – e a interpretação do TEDH. Alguns exemplos são apontados nesse sentido por G. COHEN-JONATHAN, «La problématique de l’adhésion des Communautés Européennes a la Convention Européenne des droits de l’homme», *Melanges à Pierre-Henri Teitgen*, cit., pp. 59 ss.

¹⁴⁷ Mesmo a invocação da jurisprudência do TEDH justifica-se como um mero meio de reforço da fundamentação das decisões se e na medida em que se revele pertinente e adequada à realidade comunitária.

¹⁴⁸ Durante largos anos a questão da adesão da UE à CEDH constituiu uma dificuldade. Ver o Parecer do TJ, n.º 2/94, de 28-03-1996 relativo à questão da adesão da CE ao sistema da CEDH (Col. 1996 I-01759).

comunitária ficarão sujeitos não apenas a um controlo interno estribado no TUE e na CDF, mas também a uma garantia internacional assegurada pelo TEDH no quadro do Conselho da Europa¹⁴⁹. Apesar de jurídica e politicamente tudo se orientar no sentido da adesão, à data, não passa de um propósito a concretizar¹⁵⁰⁻¹⁵¹.

A submissão ao mecanismo de tutela de direitos fundamentais do Conselho da Europa depende da concretização da adesão da UE à CEDH. Enquanto isso, não é possível os particulares submeterem ao TEDH a apreciação de actos comunitários contrários aos direitos fundamentais.

2.2. A operacionalidade do sistema de protecção dos direitos fundamentais da UE – as disposições horizontais da Carta

A aplicação das normas de direitos fundamentais às realidades concretas compreendidas no seu âmbito depende essencialmente do regime jurídico instituído. A definição do regime jurídico dos direitos fundamentais garantidos constitui uma variável comum a todos os sistemas de protecção de direitos fundamentais; há que saber, designadamente, quem são os seus titulares, a quem se dirigem ou quais os seus limites estabelecidos.

Neste plano, o contexto em que se move o sistema de protecção dos direitos fundamentais da UE é especialmente complexo. Por um lado, do ponto de vista substancial, pode concorrer com outros padrões de protecção que – pelo menos em teoria – são susceptíveis de oferecer um nível de protecção distinto. Por outro lado, do

¹⁵⁰ Ver sobre o assunto o Protocolo que integra o TL relativo ao n.º 2 do artigo 6.º TUE respeitante à adesão da União à CEDH. Nele se prevêem os termos que deve revestir o acordo relativo à adesão. Ainda sobre o tema, a Declaração *ad* n.º 2 do artigo 6.º TUE, nos termos da qual «[a] Conferência acorda em que a adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais se deverá realizar segundo modalidades que permitam preservar as especificidades do ordenamento jurídico da União. Neste contexto, a Conferência constata a existência de um diálogo regular entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, diálogo esse que poderá ser reforçado quando a União aderir àquela Convenção.».

¹⁵¹ Ver A. M. GUERRA MARTINS, «The Treaty of Lisbon...», in I. PERNICE et al., (ed.), *Ceci n'est pas...*, cit., pp. 71-73. Para uma síntese dos principais tópicos problemáticos convocados pelo tema da adesão, M. L. DUARTE, «O Tratado de Lisboa e o sistema europeu...», in N. PIÇARRA, *A União Europeia ...*, cit., pp. 87-89.

ponto de vista jurisdicional, a mobilização do sistema de protecção envolve entidades jurisdicionais situadas em patamares diversos. Por isso, no quadro da União é particularmente importante que na aplicação a realidades concretas o intérprete disponha de ferramentas jurídicas orientadoras. Só deste modo, é possível acautelar desequilíbrios decorrentes de quebras na unidade e na coerência jurídica, em virtude da Carta ser elemento integrante de um sistema jurídico complexo que interage em moldes específicos com uma multiplicidade de outros sistemas jurídicos. Do ponto de vista técnico-jurídico é muito útil uma solução que assegure alguma direcção relativamente ao exercício aplicativo¹⁵².

É neste plano que se inserem os artigos 51.º a 53.º CDF, colocados sob o denominador: «Disposições gerais que regem a interpretação e a aplicação da Carta». Os preceitos aí contemplados – que pela sua relevância transversal relativamente às restantes normas surgem frequentemente qualificados de disposições horizontais – definem a disciplina ou o regime jurídico das normas de direitos fundamentais da Carta, determinando os correspondentes critérios de aplicabilidade. Nessa medida, contemplam directrizes, dirigidas ao intérprete em geral, tendo em vista assegurar harmoniosamente a articulação e o funcionamento do sistema de protecção dos direitos fundamentais previsto na Carta no que toca ao seu âmbito de aplicação subjectivo (passivo) (art. 51.º CDF), âmbito de protecção material e interpretação dos direitos e princípios (art. 52.º CDF), nível de protecção (art. 53.º CDF) e proibição do abuso de direito (art. 54.º CDF). Embora de algum melindre hermenêutico – na medida em que exprimem limites especialmente à actuação jurisdicional – estes preceitos são de suma relevância funcional uma vez que da sua interpretação e aplicação depende o alcance e a efectividade do sistema de protecção de direitos fundamentais em vigor na UE.

Por razões que é provável antever, para a presente dissertação interessa-nos mormente o disposto no art. 51.º CDF, na medida em que nos direcciona quanto à determinação do âmbito de vinculação da CDF. Como mais tarde se desenvolverá, a Carta não se aplica a todas as situações e, mesmo quando as suas normas são

¹⁵² Acrescenta-se que a consagração das designadas disposições horizontais com o teor que apresentam permitiram ultrapassar as dificuldades políticas que emergiram no momento da discussão acerca do valor jurídico da CDF, sobretudo as relacionadas com a questão do respeito pelas competências atribuídas. De um certo prisma, o regime jurídico dos direitos fundamentais da UE espelha as apreensões e as hesitações políticas que marcaram o processo de formalização da Carta e que tão visivelmente estão nela expressas.

susceptíveis de invocação, a sua aplicação concreta não é necessariamente e à partida um dado adquirido¹⁵³.

¹⁵³ Designadamente, em virtude do princípio da prevalência do nível mais favorável de protecção, consagrado art. 53.º CDF.

PARTE II

O âmbito de aplicação das normas de
direitos fundamentais da União Europeia

§ Introdução – Coordenadas gerais de uma questão jurídico-metodológica

Mostramos anteriormente que embora a UE apresente características específicas e complexas do ponto de vista constitutivo e organizacional também ela, à semelhança do que se observa com os Estados soberanos, constitui uma forma de poder com impacto efectivo na esfera individual. Por isso, compreende-se a emergência da protecção dos direitos fundamentais que embora obedecendo a uma dinâmica peculiar se alicerça fundamentalmente na ideia geral da submissão do poder ao direito (*rule of law*).

O compromisso assumido pela UE com os direitos fundamentais permitiu não só neutralizar as reservas colocadas por alguns Tribunais constitucionais relativamente à temática dos limites ao primado das normas de Direito da UE, mas contribuiu também para que a ordem jurídica comunitária atingisse a maturidade exigida, pois, como afirma K. TUORI, enquanto ideia normativa geral, os direitos fundamentais fundam a estrutura mais profunda do Direito¹⁵⁴. A narrativa dos direitos fundamentais encontra-se de tal modo enraizada que não é possível aferir da consistência e da estabilidade de uma ordem jurídica sem a presença de um sistema de protecção adequado. Nessa medida, a atribuição de valor jurídico normativo à CDF, ao promover a acumulação de uma nova camada normativa à ordem jurídica da União, enriqueceu-a com um padrão de referência formal comparativamente mais certo e seguro que o precedente. A CDF representa assim um passo decisivo ao congregar num único instrumento jurídico as normas atributivas de direitos fundamentais a proteger pela UE bem como as disposições definidoras do regime respectivo.

Contudo, a adopção de um parâmetro de protecção de direitos fundamentais associado à forma como a ordem jurídica comunitária se articula com as ordens jurídicas nacionais e se projecta no plano jurídico interno trouxe consigo implicações

¹⁵⁴ K. TUORI, *Critical Legal Positivism*, Ashgate, 2002. Ver também, V. CHAMPEIL-DESPLATS, «Les droits fondamentaux et l'identité des ordres juridiques: l'approche publiciste», in E. BUBOUT et al. (dir), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Ed. Pedone, 2010, pp. 158-161, para quem no contexto do Direito comunitário os direitos fundamentais constituem um instrumento de afirmação da supremacia da ordem jurídica.

significativas no que refere ao plano aplicativo. É que se, por um lado, é claro que as normas e princípios jurídicos de protecção de direitos fundamentais indicados no artigo 6.º TUE têm por objecto de primeira linha os actos jurídicos das instituições e organismos da UE, por outro lado, conseqüentemente, alcançam também no seu âmbito de aplicação actos jurídicos estaduais que apresentam uma conexão ao Direito da UE. Ora, se considerarmos que é aos Estados a quem cabe o cumprimento das obrigações inerentes à qualidade de membro e, nesse contexto, uma função concretizadora relativamente aos actos jurídicos da União e que é hoje difícil identificar no ordenamento jurídico interno um domínio jurídico material que não apresente ‘*anticorpos*’ à presença do Direito da UE, então, pode intuir-se antecipadamente que o âmbito da aplicação dos direitos fundamentais da UE será virtualmente mais amplo que o suposto inicialmente.

Hoje o debate centra-se com particular intensidade na identificação daquele âmbito de aplicação, em especial, no que se relaciona com os actos estaduais. Antes de tentarmos delimitar o objecto de controlo das normas de direitos fundamentais da UE alinhavamos algumas linhas acerca do conteúdo e do sentido da questão que se coloca como um problema de definição do *âmbito de aplicação das normas jurídicas*.

1. A natureza e o sentido da questão do âmbito de aplicação do direito

Com a expressão *âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais* pretendemos, no presente contexto, designar o conjunto de casos controvertidos susceptíveis de convocar a aplicação do parâmetro de protecção dos direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica comunitária. Neste domínio, o problema é o de saber a que relações jurídicas se aplicam as normas supranacionais de protecção dos direitos fundamentais; ou então, que condições são necessárias para que o sistema comunitário de protecção dos direitos fundamentais se aplique no ordenamento interno dos Estados-membros. Neste quadro, focamos especificamente as situações que envolvem a actuação de entidades estatais e a actuação dos particulares

O problema que assinalamos apresenta uma abrangência geral que não se esgota na temática das normas de direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária. Trata-se de um tópico comum a todas as disposições de Direito da UE e para cujo entendimento é indispensável ter presente a específica natureza do ordenamento jurídico comunitário.

Neste ponto impõe-se relembrar o acórdão *Van Gend en Loos* que sacramentou a doutrina segundo a qual «a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de Direito Internacional, em benefício da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados membros mas igualmente os seus nacionais»¹⁵⁵. Como se depreende das palavras usadas pelo TJ, a ordem jurídica assim caracterizada tem um âmbito de aplicação restrito aos domínios em que os Estados limitaram os seus direitos soberanos admitindo nessa medida a aplicabilidade de um complexo normativo novo e autónomo em alternativa ao Direito interno.

Os princípios da autonomia do Direito comunitário e das competências atribuídas constituem coordenadas fundamentais que se entrecruzam com o tema do âmbito de aplicação das normas de Direito da União e a ter em linha de conta. Na sua génese, o imperativo da definição do âmbito de aplicação do Direito da União constitui uma decorrência do facto de se estar perante uma instância de poder cuja actuação se desenvolve, independentemente dos ordenamentos estatais, em função dos objectivos definidos nos Tratados, mas apenas no quadro das atribuições e competências que os Estados estipularam. Como tal, a pretensão de aplicação preferencial do Direito da União na ordem jurídica estatal é necessariamente limitada.

¹⁵⁵ Acórdão de 05-02-1963, *Van Gend en Loos*, cit. Atente-se e recorde-se ainda o discurso mais desenvolvido do acórdão do TJ de 15-07-1964, *Costa/Enel*, 6/64 que se reproduz: «Diferentemente dos Tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE instituiu uma ordem jurídica própria integrada no sistema jurídico dos Estados membros desde a entrada em vigor do Tratado e que se impõe às jurisdições destes. Ao instituírem uma comunidade de duração ilimitada, dotadas de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e mais particularmente de poderes reais resultantes da limitação de competências ou da transferência e atribuições dos Estados para a Comunidade, os Estados limitaram os seus poderes soberanos e criaram assim um corpo de direito aplicável aos nacionais e a eles próprios. Esta integração, no direito de cada país membro, de disposições provenientes de fontes comunitárias e mais genericamente, os termos e o espírito do Tratado, têm como corolário a impossibilidade dos Estados fazerem prevalecer, contra uma ordem jurídica aceite por eles numa base de reciprocidade, qualquer medida unilateral ulterior que não poderá ser-lhe por isso oponível; o direito nascido do Tratado resulta de fonte autónoma não podendo, em razão da sua natureza específica original ver-se judicialmente contrariado por texto interno, qualquer que seja, sem perder o carácter comunitário e sem que seja posta em causa a base jurídica da própria Comunidade. A transferência operada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna para a ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado teve como resultado a limitação definitiva dos direitos soberanos dos Estados.»

Partindo destas proposições, o TJ firmou jurisprudência que reduz a aplicação do Direito da União às situações de natureza transfronteiriça, ou seja, às situações cujos elementos pertinentes estejam situados no interior de mais que um Estado-membro e/ou que apresentem um elemento de ligação a situações previstas pela ordem jurídica comunitária. Caso estes requisitos não se observem, a situação é caracterizada como puramente interna. Insusceptível de ser solucionada com a aplicação do Direito da UE, convoca directamente a aplicação do Direito nacional pertinente¹⁵⁶⁻¹⁵⁷. Como nos capítulos seguintes se aprofundará, no que toca em particular às normas de direitos fundamentais da UE, o TJ fez valer *mutatis mutandis* entendimento análogo relativamente ao âmbito de aplicação daquelas normas.

Na óptica da aplicação do Direito a compreensão do âmbito subjectivo de vinculação das normas comunitárias em matéria de protecção dos direitos fundamentais constitui um tema de capital importância por várias razões¹⁵⁸.

Prima facie, é por referência ao tema que se define a esfera de competência do juiz comunitário e, por conseguinte, o nível de vinculação dos Estados-membros e dos particulares à ordem jurídica comunitária. A isto acresce paralelamente o interesse que para o juiz nacional tem, no quadro dum sistema judiciário descentralizado, a identificação dos casos de dimensão comunitária para efeito de aplicação efectiva das normas de direitos fundamentais relevantes. Por conseguinte, recortar o âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais apresenta-se antes de mais como um

¹⁵⁶ Acerca da questão geral do âmbito de aplicação das normas do Direito da União, ver Acórdão de 21-10-1999, *Peter Jägerskiöld v. Torolf Gustafsson*, proc. C-97/98, Col.1999, p.I-07319; Acórdão de 05-12-2000, *Processo-crime v. Jean-Pierre Guimont*, proc. C-448/98, Col.2000, p.I-10663; Acórdão de 05-03-2002, *Hans Reisch e o. (proc. apensos C-515/99 e C-527/99 a C-540/99) v. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg e Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg e Anton Lassacher e o. (proc. apensos C-519/99 a C-524/99 e C-526/99) v. Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg e Grundverkehrslandeskommission des Landes Salzburg*, proc. apensos C-515/99, C-519/99 a C-524/99 e C-526/99 a C-540/99, Col. 2002, p. I-02157.

¹⁵⁷ Ver sobre a questão, J. D. J. TORRENS, «El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa», *RDCE*, 7, 14, 2003, pp. 311-312.

¹⁵⁸ Ainda assim A. ROSAS, «When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level?», *Jurisprudence*, 2012, p. 1273, <https://www3.mruni.eu/ojs/jurisprudence/article/view/101> (04-10-2013), adverte para o facto de não devermos enfatizar em demasia esta questão.

problema de competência de controlo¹⁵⁹. Nesse sentido, caso a situação não possa ser enquadrável no âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE então terá uma relevância puramente interna encontrando-se o TJ privado de competência de controlo.

Por outro lado, está em causa a determinação do Direito aplicável, pois a efectiva aplicação das normas de direitos fundamentais da UE ao caso particular pressupõe que a situação concreta que é apreciada pelos Tribunais mobilize a aplicação do parâmetro de controlo comunitário. Sendo certo que no actual estado do Direito da União não é possível a representação de um parâmetro de direitos fundamentais de aplicação geral e comum, então, há que saber que critérios nos permitem avaliar se um determinado caso se situa no âmbito de aplicação do sistema comunitário de protecção ou quais as características factuais que a situação concreta há-de revestir para que o julgador possa efectivamente convocar a aplicação das normas comunitárias de direitos fundamentais com fundamento na sua dimensão comunitária¹⁶⁰.

Metodologicamente, a determinação do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais surge assim como uma questão hermenêutica prévia, essencial no quadro do processo da concreta aplicação do Direito. Primeiro, há que determinar a relevância da norma comunitária de direitos fundamentais perante um litígio que envolva uma hipótese de violação de direitos fundamentais. Só depois de positivamente identificado o critério de conexão entre o caso concreto e a ordem jurídica comunitária e assim estabelecida a sua dimensão comunitária se pode considerar a eventual aplicação prevalente das normas de direitos fundamentais da União em harmonia com o princípio do nível de protecção mais elevado.

Em suma, a aplicação efectiva ao caso particular da norma comunitária de protecção constitui uma etapa que se situa a jusante do processo de aplicação do Direito à qual se chega depois de enquadrado o caso concreto no âmbito de aplicação do Direito

¹⁵⁹ Como evidencia o AG C. GULMAN nas Conclusões de 20-04-1993 ao caso *Bostock*, C-2/92, o estabelecimento de um nexo de ligação entre as normas nacionais e o direito comunitário e, consequentemente, a inclusão dessas disposições no «quadro do direito comunitário» é de «fundamental importância do ponto de vista dos princípios porque é decisiva para a repartição de competências entre o TJ e os órgãos judiciais nacionais no que respeita à protecção dos direitos fundamentais e é igualmente uma questão difícil» (§32).

¹⁶⁰ Ainda que concorrentemente com a Constituição nacional, no caso de o aplicador ser o juiz nacional.

da União. Deste modo, qualquer problemática referente a níveis (*standards*) diversos de protecção decorrente da concorrência de parâmetros identificados para efeitos judicativos pressupõe necessariamente uma resposta adequada a uma questão precedente – saber se o caso concreto cai no âmbito de aplicação das normas comunitárias de protecção de direitos fundamentais. Só depois, e em caso de resposta afirmativa, se seguirá o exercício a que alude o artigo 53.º da CDF¹⁶¹.

2. O conceito de âmbito de aplicação

2.1. A pluralidade de acepções

O tema do âmbito de aplicação das normas jurídicas em geral pode ser abordado segundo vários prismas – e.g., temporal; material ou pessoal.

No caso específico da CDF a sua aplicabilidade *ratione temporis* tem sido questionada quando em causa estão factos ocorridos antes da entrada em vigor daquela¹⁶². Não existe previsão normativa que regule este aspecto e, em bom rigor, aos factos situados num tempo em que a Carta ainda não tinha entrado em vigor deveria, em princípio, negar-se a aplicabilidade. Contudo, no caso *Kücükdeveci*¹⁶³, apesar de estar em análise factos anteriores a 2009, o TJ não seguiu a orientação geral em situações de aplicação do Direito no tempo e decidiu apreciar o caso à luz da CDF. Segundo a AG V. TRSTENJAK no caso *Dominguez*¹⁶⁴ à decisão não terá sido estranho o facto de, por um lado, «muito antes da sua [Carta] incorporação formal no ordenamento jurídico da União, os órgãos jurisdicionais da União já lhe [terem] atribuído uma importância decisiva na interpretação do direito da União (...)» (§73) e, por outro, tratar-se de normas que pela sua natureza e especificidade são «(...) expressão da ordem de valores

¹⁶¹ Sobre a conexão entre o artigo 53.º e os artigos 51.º e 52.º CDF ver as Conclusões apresentadas a 02-10-2012 pelo AG BOT no caso *Melloni*, C-399/11, em especial os §89 ss.

¹⁶² Sobre o assunto, S. IGLÉSIAS SÁNCHEZ, «The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights», *CMLR*, 49, 2012, pp. 1573-1575.

¹⁶³ Acórdão TJ, 19-01-2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, §22.

¹⁶⁴ Conclusões apresentadas em 08-09-2011, *Dominguez*, C-282/10.

européus» (§73) e que, por conseguinte, não devem ser objecto de interpretações contraditórias (§74)¹⁶⁵.

Já mais recentemente, no caso *Legris Industries/ Comissão*, a propósito de um recurso de anulação em matéria de concorrência e relativamente à questão da aplicação da CDF, o TJ afirmou de forma peremptória que «[e]n tout état de cause, cette entrée en vigueur, comportant l'inclusion de la Charte dans le droit primaire de l'Union, ne saurait être considérée comme un élément de droit nouveau, au sens de la disposition susvisée du règlement de procédure de la Cour. En effet, il y a lieu de rappeler que, même avant l'entrée en vigueur de ce traité, la Cour avait déjà constaté à plusieurs reprises que le droit à un procès équitable tel qu'il découle, notamment, de l'article 6 de la CEDH constitue un droit fondamental que l'Union européenne respecte en tant que principe général en vertu de l'article 6, paragraphe 2, UE (voir notamment, arrêt du 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-305/05, Rec. p. I-5305, points 29 et 37)» (§36)¹⁶⁶.

Já o âmbito de aplicação material (*ratione materiae*) convoca outro género de considerações que nos remetem para o tema da determinação dos bens jurídicos abrangidos pela hipótese normativa e para a profundidade ou extensão da protecção contida na norma atributiva do direito fundamental.

Todavia, como pode antever-se das anteriores reflexões o nosso interesse incide directamente sobre o problema do âmbito de aplicação normativo, ou seja, o problema do recorte das realidades factuais incluídas na norma que consagra direitos fundamentais. Ora, para a compreensão daquele âmbito há que explorar a questão do âmbito de aplicação pessoal das normas de direitos fundamentais da UE.

2.2. O âmbito subjectivo de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE

A questão do âmbito de aplicação *ratione personae* comporta duas vertentes: a activa e a passiva. Quanto à primeira, procura-se a identificação do leque de titulares dos direitos fundamentais contemplados na norma. No caso da UE, com ressalva para

¹⁶⁵ Ver também as Conclusões da AG E. SHARPSTON, apresentadas em 30-05-2013, no proc. C-40/12 P, *Gascogne Sack Deutschland (anciennement Sachsa Verpackung)/Comissão* (pendente a 03-10-2013).

¹⁶⁶ Acórdão TJ, 03-05-2013, *Legris Industries/ Comissão*, C-289/11P.

alguns direitos de cidadania europeia (e.g. direito de voto previsto no art. 39.º 1 CDF¹⁶⁷) os titulares dos direitos fundamentais poderem revestir a natureza de pessoas singulares ou de pessoas colectivas¹⁶⁸.

Contudo, é o estudo da vertente passiva – que podemos denominar de âmbito de vinculação – que nos interessa alcançar. Queremos, a partir da identificação dos destinatários das normas de direitos fundamentais da UE determinar a que tipo de acções o parâmetro de protecção da União é aplicável.

3. Coordenadas para a determinação do âmbito de vinculação das normas de direitos fundamentais da UE

3.1. O artigo 51.º, n.º 1 da CDF

Tal como sugere H. HART o âmbito de aplicação da norma jurídica é sempre uma questão de interpretação¹⁶⁹. No caso das normas da CDF em matéria de âmbito de aplicação as coordenadas resultam directamente do art. 51.º CDF. Tendo por epígrafe, ‘*âmbito de aplicação*’, o artigo 51.º, n.º 1 da CDF dispõe da seguinte forma:

«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. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados.»¹⁷⁰

¹⁶⁷ Em geral, os direitos inerentes à natureza de pessoa singular.

¹⁶⁸ Quanto ao direito das pessoas colectivas ao apoio judiciário com fundamento no art. 47.º CDF, ver acórdão de 22-12-2010, C-279/09, *DEB* e o caso *Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio*, C-258/13 (pendente a 03-10-2013).

¹⁶⁹ H. L. A. HART, *O conceito de Direito* (trad. A. Ribeiro Mendes), Fundação Calouste Gulbenkian, p. 51.

¹⁷⁰ Sobre as sucessivas versões do preceito desde a proclamação da Carta à versão vigente, X. GROSSOUT et al., «The scope of application of Fundamental rights on member states action. In search of certainty in EU adjudication», *ESWP* (Eric Stein Working Paper), 1/11, 2011, pp. p. 17, nt. 74, <http://ssrn.com/abstract=1936473> (03-10-2013).

Antes de tudo, convém ter presente que definir a que factos jurídicos um dado parâmetro normativo pode aplicar-se constitui uma questão de escolha eminentemente política¹⁷¹ e no caso da questão do âmbito de aplicação subjectivo das normas de direitos fundamentais, a opção revelada no art. 51.º 1 CDF foi a de circunscrever aquele âmbito a situações delimitadas.

Trata-se de um preceito com uma função metodológica e instrumental que regula o processo técnico de aplicação das normas de direitos fundamentais e constitui nessa medida um referencial para efeito de selecção do padrão de controlo que a Carta materializa, mas a sua previsão não implica necessariamente para o intérprete uma simplificação ao nível hermenêutico. Ao invés, são diversas as exigências e as dificuldades de interpretação que o dispositivo jurídico mencionado convoca.

3.2. A dupla faceta do âmbito de vinculação – âmbito *imediato* e âmbito *consequente*

Para recortarmos aproximadamente a extensão do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais há que identificar qual o seu âmbito subjectivo de vinculação. De acordo com artigo 51.º, n.º 1 da CDF a Carta tem como destinatários todas entidades de natureza jurídico-pública que exercem o seu poder de autoridade num plano factual sensível à ordem jurídica da UE. Para efeito de enquadramento e análise e no pressuposto das considerações precedentes distinguiremos um *âmbito de aplicação directo (imediato)*, abrangendo os actos das instituições e organismos da UE e um *âmbito de aplicação indirecto (mediato ou consequente)* para abarcar os actos de natureza estatal e os actos dos particulares.

3.2.1. Âmbito de vinculação *imediato* – os actos das instituições, órgãos e organismos da União (exclusão)

A origem remota da CDF radica na constatação segundo a qual, não dispondo os actos jurídicos adaptados no plano da União de um padrão de referência em matéria de

¹⁷¹ Recordamos M. L. DUARTE, *União Europeia...*, cit., p. 216 quando afirma que «em matéria de direitos fundamentais, não existem modelos politicamente neutros» e que «as opções em sede de direitos fundamentais não são indiferentes nos seus efeitos sobre o processo de evolução e mesmo de refundação do modelo político-institucional de base».

direitos fundamentais, tais actos apenas poderiam ser escrutinados por via dos sistemas de protecção nacionais. A defesa da autonomia da ordem jurídica da União conduziu ao caminho da construção de um parâmetro próprio para a protecção dos direitos fundamentais¹⁷². Portanto, a protecção dos direitos fundamentais no plano da União abrange directamente e em primeira linha a actuação das instâncias comunitárias.

Trata-se de um domínio que não apresenta dificuldades significativas em matéria de determinação do âmbito de aplicação. No caso das instituições, órgãos e organismos da União a sujeição dos seus actos ao parâmetro dos direitos fundamentais depende apenas da demonstração da natureza do autor do acto. Por essa razão não aprofundaremos esta dimensão.

3.2.2. Âmbito de vinculação *consequente* – os actos estaduais (*âmbito de aplicação vertical*) e os actos dos particulares (*âmbito de aplicação horizontal*)

Optamos pelo uso da ideia de âmbito de vinculação *consequente* para caracterizar os actos cuja abrangência no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais deriva ou decorre da própria vinculação da União aos direitos fundamentais. Trata-se de uma realidade possível em virtude da configuração da ordem jurídica da UE que, ao invés de estanque, estabelece a vários níveis ligações às ordens jurídicas nacionais, condicionando, em maior ou menor medida, a acção dos actores jurídicos que se movimentam nesse plano.

Os actores que ocupam o espaço amplo da UE podem apresentar uma natureza jurídico-pública (estatal) ou uma natureza jurídico-privada. Quanto a estes últimos, o art. 51.º 1 CDF não os prevê expressamente no âmbito de aplicação da Carta. O facto tem dado azo a especulações sobre se apenas os Estados-membros e suas refracções são potenciais destinatários das normas de direitos fundamentais da União ou se também particulares.

Na presente investigação focamos *todos* os actos de entidades dotadas de poder de autoridade que sejam lesivos dos direitos fundamentais previstos na Carta, independentemente de apresentarem uma natureza pública ou privada. Embora, *prima facie* as normas de direitos fundamentais da União visem limitar a acção dos poderes

¹⁷² Ver Parte I, Cap. 1.

públicos, é incontornável tratar em paralelo a problemática da vinculação das entidades jurídico-privadas ao parâmetro dos direitos fundamentais. A questão merece reflexão, desde logo, pela controvérsia que gera na esfera das ordens jurídicas estatais e cujo eco no plano da União deverá ser inevitável; junta-se a crescente visibilidade que o tema tem obtido no contexto da jurisprudência recente¹⁷³.

4. Razões de ordem e aspectos terminológicos

Antecipamos agora alguns aspectos e precisões de natureza conceptual a mobilizar no decurso do texto com o propósito de uma melhor compreensão das questões a tratar.

4.1. O conceito de *eficácia* normativa em sentido *material*

Antes de mais, porque está em causa uma questão de aplicabilidade normativa, isto é, de saber se determinadas normas são ou não aptas a regular relações jurídico-materiais em cenários de litigância, usaremos preferencialmente a designação de *eficácia* normativa em sentido *material* (plano da aplicabilidade da norma) e não em sentido procedimental (plano da vigência da norma)¹⁷⁴.

4.2. A *eficácia vertical* e a *eficácia horizontal*

As relações jurídicas visadas podem envolver e colocar em conflito entidades públicas e entidades particulares (*eficácia vertical*) ou então particulares em face de outros particulares (*eficácia horizontal*)¹⁷⁵. É uma distinção que atende ao tipo de

¹⁷³ Quanto à vinculação dos particulares impõe-se um tratamento independente. Ver Cap. 2 *infra*.

¹⁷⁴ Ver em J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 5.ª ed., 2012, pp. 231-232, a preferência pela designação de '*validade*' em vez de '*eficácia*'. Advertindo para a confusão entre '*eficácia*' e a imediata '*vigência*' dos direitos fundamentais, Claus-Wilhelm CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Almedina, reimp., 2012, p. 54.

¹⁷⁵ A distinção tem por base a ideia de que há relações em que há um desequilíbrio de forças entre os sujeitos envolvidos (relações verticais/de autoridade) e relações de carácter igualitário (relações horizontais/ de paridade). Salvarde-se, no entanto, o carácter tendencial da distinção, atendendo ao facto da existência de relações horizontais desniveladas, em que um dos sujeitos embora privado ocupa uma posição de autoridade ou de poder factualmente equiparável a uma entidade pública. É precisamente

relação jurídica subjacente ao litígio. Assim, a controvérsia pode desenvolver-se no quadro de uma relação vertical ou horizontal.

4.3. A eficácia *directa* e a eficácia *indirecta*

No domínio desta distinção o relevo vai para a natureza da norma jurídica invocada e o respectivo mecanismo aplicativo. A norma jurídica invocada pode ser determinante para a fundamentação do litígio na medida em que é de aplicação imediata (eficácia *directa*), ou pode funcionar exclusivamente como elemento interpretativo do direito secundário directamente aplicável (eficácia *indirecta*). Note-se que a distinção é transversal quer a situações de eficácia vertical quer de eficácia horizontal. Ou seja, em teoria, as normas de direitos fundamentais podem aplicar-se directa ou indirectamente quer em situações verticais quer em situações horizontais.

4.4. A identificação do objecto de controlo – ponto de partida para a definição do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE

Tradicionalmente o objecto de controlo ao abrigo do parâmetro de protecção de direitos fundamentais pode incidir sobre actos de entidades públicas, mas também sobre actos de entidades privadas. Como bem caracteriza CANARIS no contexto constitucional germânico a questão é saber «(...) se, e como, os *sujeitos* de direito privado, se encontram, eles próprios, vinculados aos direitos fundamentais»¹⁷⁶.

Assim, focaremos o nosso esforço na tentativa de identificar os destinatários das normas de direitos fundamentais da UE e avaliar em que medida a sua actuação (poder público/privado) se encontra subordinada ao parâmetro dos direitos fundamentais da UE em termos que influenciem a sua conduta. Uma vez identificados os destinatários dos direitos fundamentais há que identificar o objecto de controlo, ou seja, saber se o acto concretamente praticado está ou não recoberto pelo parâmetro comunitário, pois este não tem um âmbito universal no sentido da sua aplicabilidade a todos os actos de natureza jurídicos adoptados no espaço da UE. No que toca especialmente aos actos

neste espaço que a questão da eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais adquire particular acuidade.

¹⁷⁶ C.-W. CANARIS, *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 52.

praticados por entidades diferentes das instituições da UE, a sua aplicação encontra-se limitada aos casos que apresentem uma ligação à ordem jurídica da comunitária.

Será esta a linha de desenvolvimento a seguir fundamentalmente por nos parecer a que melhor alinha com a formulação usada no art. 51.º CDF.

§ Capítulo 1 – O âmbito de aplicação vertical: a actuação dos Estados-membros no domínio da aplicação do Direito da UE

1. Os Estados-membros e o parâmetro de protecção de direitos fundamentais da UE

O fenómeno da integração europeia desenvolveu-se no sentido da construção de uma *Comunidade de Direito*, dotada de uma orgânica institucional e de um sistema próprio de produção normativa vigente em toda a União¹⁷⁷; enquanto tal, o fenómeno suscitou considerações comparáveis às que se colocaram relativamente aos Estados. Assim, também no plano da União, deveria ser reconhecido aos direitos fundamentais o papel de elemento conformador e informador do ordenamento jurídico e nessa medida uma função limitadora da actuação dos poderes públicos e das entidades privadas¹⁷⁸. A protecção dos direitos fundamentais na UE evoluiu nesse sentido – dotar a proclamada *Comunidade de Direito* de um dos parâmetros constitutivos de um Estado de Direito constitucional¹⁷⁹ – o princípio do respeito pelos direitos fundamentais.

Uma entidade como a UE para a qual os Estados-membros transferiram poderes, dotada de órgãos próprios e cuja produção normativa por força do primado do Direito da União se imporia sobre a ordem jurídica dos Estados-membros, não poderia deixar de estar limitada pelo imperativo da protecção dos direitos fundamentais. De resto, a resposta àquele imperativo não mais representaria que uma manifestação do princípio

¹⁷⁷ O princípio da *Comunidade de Direito* foi expressamente afirmado pelo TJ, no acórdão de 23-04-1986, *Partido Ecologista 'Os Verdes' c. Parlamento*, proc. 294/83, Col. 1986, p. 1339, § 23: «(...) [A] Comunidade económica europeia é uma comunidade de direito, na medida em que nem os seus Estados-membros nem as instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que é o Tratado.»

¹⁷⁸ A questão da vinculação das entidades particulares aos direitos fundamentais é complexa quer em sede geral quer no plano da União, como se verificará no próximo capítulo.

¹⁷⁹ Medidas as devidas distâncias entre a natureza da realidade comunitária e a estatal. Sobre o conceito de *Comunidade de Direito* como fundamento teórico da protecção dos direitos fundamentais, D. SIMON, «La Communauté de droit», in F. SUDRE e H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, cit., pp. 85-123.

da subordinação ao Direito de toda a actuação comunitária cujo respeito cabe ao TJ assegurar. Foi neste que se edificou a protecção dos direitos fundamentais na UE¹⁸⁰.

Como deixamos antever sumariamente e agora repetimos, o modelo apresentado oferece um âmbito de aplicação que não se cinge às acções dos órgãos comunitários; também as acções dos Estados-membros caem dentro do âmbito de aplicação do sistema. Por isso, no presente capítulo procuraremos explicar porque é que o respeito pelos direitos fundamentais constitui um dever a observar pelos Estados-membros, quais os limites a observar e qual o conteúdo do dever imposto.

Através da observação da jurisprudência comunitária pretendemos ordenar as categorias de actos das autoridades nacionais com cabimento no âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE.

1.1. O princípio da vinculação dos Estados-membros aos direitos fundamentais da UE

O artigo 51.º, n.º 1 da CDF consagra explicitamente o princípio da vinculação dos Estados-membros aos direitos fundamentais da Carta definindo os respectivos contornos. Mas o princípio não é novo, pois já antes da proclamação da Carta havia sido formulado e concretizado pelo TJ.

Embora, *prima facie*, a consagração do princípio do respeito dos direitos fundamentais visasse em primeira linha a vinculação dos órgãos comunitários, desde fins da década de oitenta que o TJ passou a aferir igualmente da compatibilidade com o parâmetro de direitos fundamentais da União de certos actos estatais numa jurisprudência que se tem mantido constante até aos dias de hoje. Em certas circunstâncias a actuação dos Estados-membros passava a estar dependente da sua compatibilidade com o parâmetro comunitário de direitos fundamentais cuja aferição caberia aos Tribunais da União.

Ainda que se admita que a vinculação dos Estados-membros pelos direitos fundamentais não representa propriamente um dos objectivos tidos em conta com a consagração do princípio na ordem jurídica comunitária, – até porque não é despidendo recordar que os Estados-membros já se encontravam vinculados internamente pelas Constituições nacionais e bem como pelos principais instrumentos internacionais de protecção dos direitos fundamentais – a circunstância revelar-se-ia antes de mais uma

¹⁸⁰ Descrito e analisado na Parte I, Cap. 2.

consequência decorrente da qualidade de membro de uma organização com as características da UE¹⁸¹⁻¹⁸².

Parafraseando GOUCHA SOARES, o princípio da vinculação dos Estados-membros aos direitos fundamentais constituiria uma exigência justificada pelo «sistema geral de aplicação das normas de direito comunitário»¹⁸³. Por um lado, de acordo com o sistema instituído, prevê-se a inserção das disposições da UE na ordem jurídico-constitucional dos Estados-membros, sendo às instâncias nacionais que cabe a função de aplicar internamente as normas recebidas mediante a adopção de medidas legislativas, administrativas e judiciais diversas. Enquanto tal, não seria congruente subtrair tais medidas ao controlo da sua compatibilidade com os direitos fundamentais da União, sob pena de ficar em perigo a aplicação uniforme do Direito da UE. Por outro lado, o papel dos Estados-membros na concretização dos propósitos da União não se reduz à adopção de actos de implementação. Cabe-lhes ainda o dever geral de tomar todas as medidas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União de se absterem de adoptar medidas estatais que façam perigar a realização dos objectivos traçados nos Tratados (artigo 4.º, n.º 3 TUE). Como verificaremos, também neste espaço se concebe a relevância do respeito dos direitos fundamentais enquanto decorrência do princípio da cooperação leal entre as autoridades nacionais e as instâncias comunitárias, em especial quando em causa estão medidas nacionais restritivas das liberdades fundamentais consagradas no Tratado¹⁸⁴.

Em síntese, no que concerne à temática que ora nos ocupa, a adesão à UE imporia aos Estados-membros a incorporação¹⁸⁵ nas ordens jurídicas nacionais de uma *carta de direitos fundamentais*¹⁸⁶ pelo que a vinculação estatal aos direitos

¹⁸¹ Parte I, Cap. 1.

¹⁸² Nesse sentido, P. CRAIG et al., *UE Law...*, cit., p. 318.

¹⁸³ GOUCHA SOARES, *A Carta de Direitos Fundamentais da União europeia*, cit., p. 15.

¹⁸⁴ Sobre o princípio da cooperação leal ver entre nós M. L. DUARTE, «O artigo 10.º do Tratado da Comunidade europeia – expressão de uma obrigação de cooperação entre os poderes públicos e as instituições comunitárias», in *Estudos...*, cit., pp. 81-104 e, da mesma A., *A teoria dos poderes implícitos...*, cit., pp. 306 ss.

¹⁸⁵ O termo é aqui usado em *latíssimo sensu*.

¹⁸⁶ Que antes da CDF se caracterizava por ser uma carta de direitos fundamentais *não escrita*, incompleta e de natureza pretoriana.

fundamentais protegidos pelo direito comunitário seria uma decorrência lógica da qualidade de Estado-membro.

1.2. O conceito de «Estado-Membro»

A Carta identifica expressamente os Estados-membros como destinatários das suas disposições, mas sem precisar o que deve caber no conceito de Estado. Tratando-se de um aspecto relevante para efeito de delimitação do âmbito de aplicação vertical da Carta, pelo que merece aqui algum destaque.

Nesta matéria as anotações do *Praesidium* constituem uma ajuda útil tendo em conta que especificam que entre as entidades submetidas ao princípio da vinculação aos direitos fundamentais previstos na Carta se encontram tanto as autoridades centrais como as instâncias regionais ou locais, bem como os organismos públicos quando dão execução ao Direito da União. As entidades mencionadas têm em comum o facto de se dedicarem ao exercício de funções de natureza jurídico-pública no quadro da estrutura e organização estatal.

Não obstante, a indicação do *Praesidium* é insuficiente; por isso, impõe-se com pertinência trazer a este espaço o conceito amplo de Estado que o TJ estabeleceu no caso *Foster*¹⁸⁷. No respectivo acórdão o TJ definiu os critérios que devem estar reunidos para que se possa concluir que um determinado organismo tem natureza estatal. Segundo a jurisprudência firmada um organismo é considerado parte do ‘Estado’ quando tem uma natureza pública ou quando «seja qual for a sua natureza jurídica, foi encarregado, por acto de uma autoridade pública, de prestar, sob controlo desta, um serviço de interesse público e que disponha, para esse efeito, de poderes especiais que exorbitam das normas aplicáveis às relações entre particulares.» (§22). Por conseguinte, um organismo é considerado parte do Estado quando tem uma natureza pública *ou* tendo uma natureza semi-pública ou privada actua ao abrigo de poderes atribuídos por acto de Direito público. Para o efeito e como nota o TJ no caso *Farrel*¹⁸⁸ é fundamental

¹⁸⁷ Acórdão TJ, 12-07-1990, *Foster*, C-188/89. Comentado criticamente por P. CRAIG et al., *UE Law*, cit., pp. 197-198.

¹⁸⁸ Acórdão de 19 de Abril de 2007, C-356/05, *Farrell*, §40. O processo principal envolvia uma entidade incumbida de indemnizar as vítimas de acidentes rodoviários envolvendo condutores que não tivessem subscrito o seguro obrigatório imposto pela legislação irlandesa. Ver ainda o acórdão de 14-09-2000, *Collino e Chiappero*, proc. 343/98, §23, relativamente a uma sociedade de direito privado de capitais públicos.

ter em conta o estatuto do organismo em causa, bem como as relações estabelecidas entre este e o Estado¹⁸⁹.

No caso *Dominguez* o TJ quando confrontado com a questão da possibilidade de invocação de uma directiva num litígio entre um trabalhador e a sua entidade patronal decidiu secundar a orientação definida no caso *Foster* e mais uma vez convocar o conceito amplo de entidade estatal tal como tem feito em situações deste tipo¹⁹⁰. Tratando-se o empregador de um organismo que actuava no domínio da segurança social, o TJ abre o caminho para o efeito directo horizontal da directiva que no caso poderia vir a ser invocada pelo particular no âmbito do litígio em causa¹⁹¹.

Todavia este aspecto conceptual, não surge apenas no contexto da temática relacionada com a eficácia das directivas. Outro domínio em que a distinção entre entidades públicas e privadas é relevante é o da eficácia horizontal das normas relativas à livre circulação de mercadorias. Também neste quadro o TJ tende a adoptar um conceito alargado de medidas estatais, considerando enquanto tal medidas que rigorosamente são atribuídas a organismos privados, mas que para o efeito são equiparados a organismos de natureza pública. Ao fazê-lo faz cair no âmbito de aplicação das normas de liberdades fundamentais um espectro de actos mais vasto. Em causa estão medidas atribuídas a entidades privadas que têm uma base autónoma, mas a quem foram atribuídos poderes públicos, sendo por isso equiparadas a órgãos estatais¹⁹².

¹⁸⁹ Está em causa preenchimento do conceito de ‘*emanações do Estado*’, o que nem sempre é simples. Sobre o problema, V. KVJATKOVSKI, «What is an ‘emanation of the State’? An educated guess», *EPL*, 3, 1997, 329-338. Sobre o conceito no nosso plano constitucional, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., pp. 247-248.

¹⁹⁰ Acórdão TJ de 24-01-2012, *Dominguez*, C-282/10, §36-43.

¹⁹¹ A tarefa de decidir se a entidade em presença tem natureza pública ou privada é remetida ao juiz nacional que deve agir consequentemente no processo. Se concluir que está em presença de um «organismo que, seja qual for a sua forma jurídica, tenha sido encarregado, por um ato da autoridade pública, de prestar, sob o controlo desta, um serviço de interesse público e que disponha, para esse efeito, de poderes que ultrapassam os que resultam das regras aplicáveis às relações entre particulares» (§39), o particular pode invocar a directiva susceptível de produzir efeitos directos. Caso contrário, a directiva não é aplicável ao litígio, sem prejuízo, neste última hipótese, do particular lesado recorrer à via de reparação dos danos ao abrigo da jurisprudência *Francovich* (§40-43). O desfecho do caso foi colocado nas mãos do Tribunal de reenvio que decidirá quanto à natureza da entidade envolvida.

¹⁹² Aproveitando as palavras da AG V. TRSTENJAK, nas Conclusões ao caso *Fra.bo*, apresentadas a 28-03-2012, C-171/11: «(...) o Tribunal de Justiça tende, na sua jurisprudência constante, para um

É o caso da actividade das corporações profissionais¹⁹³ e de pessoas colectivas organizadas segundo o modelo de direito privado, mas sujeitas a controlo estatal¹⁹⁴.

O caso *Fra.bo*¹⁹⁵ neste ponto apresenta-se mais dúbio; enquanto a leitura da AG V. TRSTENJAK aponta no sentido da extensão necessária do âmbito da liberdade de circulação de mercadorias a actos privados¹⁹⁶, o TJ parece analisar a situação como um caso de vinculação estadual. No caso estava em apreciação a actuação de uma associação de direito privado com poderes regulamentares atribuídos pelo legislador nacional em matéria de definição de *standards* de produção e de certificação de produtos. Não obstante as considerações da AG, certo é que o TJ no seu acórdão em momento algum se refere à questão da eficácia directa horizontal da livre circulação de mercadorias, nem ao caso *Foster*, deixando algum espaço para incerteza quanto à exacta

entendimento em sentido amplo do conceito de medidas dos Estados-Membros, não sendo, no entanto, necessária, para que a actuação de uma pessoa ou de uma instituição seja classificada como medida de um Estado-Membro que está vinculada às liberdades fundamentais, nem uma equiparação formal dessa pessoa ou instituição ao poder público nem que tenha uma forma jurídica de direito público. (...)» (§29).

¹⁹³ Acórdão TJ de 18-05-1989, *The Queen contra Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers e o.*, 266/87, §13-16 e acórdão TJ, 15-12-1993, C-292/92, *Ruth Hünermund e o. c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, §15-16.

¹⁹⁴ Acórdão TJ, 05-11-2002, *Comissão v. Alemanha*, C-325/00. Trata-se de uma sociedade privada de responsabilidade limitadas (designada por “Centrale Marketing-Gesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH” [“CMA”]) que está ao serviço do fundo de promoção da agricultura e da indústria alimentar alemãs e tem por objectivo promover, a nível central, a comercialização e a valorização dos produtos agro-alimentares alemães. O CMA atribui um selo de qualidade que dá o direito de colocar nos produtos em causa a menção “*Markenqualität aus deutschen Landen*”. No caso a medida controvertida foi considerada medida pública na acepção do artigo 30.º do Tratado e imputável ao Estado (§21). Ver na mesma direcção, Acórdão TJ, 12-12-1990, C-302/88, *Hennen Olie v. ICOVA e Estado Neerlandês* que envolve um organismo no qual se encontram filiadas empresas petrolíferas dos Países Baixos e denominado por “*Organismo Provisório para a Constituição de Produtos Petrolíferos*”; embora não estivesse formalmente integrado na Administração do Estado, o organismo agia sob controlo e direcção dos poderes públicos (§14).

¹⁹⁵ Acórdão TJ, 12-07-2012, *Fra.bo*, C-171/11.

¹⁹⁶ Segundo jurisprudência da União, em princípio, só as medidas dos Estados-membros é que podem ser apreciadas directamente à luz das liberdades fundamentais. Ver, e.g., o acórdão de 01-10-1987, *van Vlaamse Reisbureaus*, 311/85, Col., p. 3801, §30 e o acórdão de 06-06-2002, *Sapod Audic*, C-59/00, Col., p. I-5031, §74.

qualificação de uma entidade que se dedica a uma actividade normativa de certificação privada como a que está envolvida no processo principal ¹⁹⁷.

É que a distinção entre a natureza pública ou privada de um organismo não é uma tarefa linear, como o demonstra também o caso *Dominguez*¹⁹⁸. Enquanto a AG V. TRSTENJAK nas suas Conclusões não manifesta dúvidas quanto ao facto de se tratar de um litígio que envolve uma entidade de natureza privada¹⁹⁹, já o TJ no seu acórdão admite a possibilidade de equiparação a entidade pública. O próprio Tribunal de reenvio, na segunda questão prejudicial que apresenta, aborda a situação como um caso de litígio entre particulares. A diferença de perspectivas dos intervenientes mostra a complexidade de um tema de evidente relevância.

Tudo está em saber se o conceito amplo de entidade estatal adoptado pelo TJ no contexto da problemática da eficácia horizontal das directivas e, eventualmente, no quadro da eficácia horizontal da liberdade de circulação de mercadorias deve ou não ser acolhido no contexto da Carta.

Nos casos citados fica patente que a solução emerge ao serviço do específico propósito de alargar a eficácia das directivas ou da liberdade de circulação de mercadorias a situações que de outro modo não estariam abrangidas por força do não reconhecimento da sua eficácia horizontal. Porém, não vemos impedimento em seguir idêntica direcção no que refere às disposições da Carta²⁰⁰, em especial, se viermos a constatar que as suas normas estão desprovidas de eficácia horizontal.

¹⁹⁷ Contrariamente a muitos entendimentos é de crer trata-se de um ente privado equiparado a poder público na linha *Foster* (ver §31 do acórdão *Fra-bo*). Comentando o caso, Harm SCHEPEL, «Case C-171/11 Fra.bo SpA v Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches», *European Contract Law*, 2013, 9, 2, pp. 186-192 e EDITORIAL, «The Treaty is coming to get you...», *ELR*, 2012, 4, pp 2-3 ; Rob van GESTEL and Hans-W. MICKLITZ, «European integration through standardization: How judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies», *CMLR*, 2013, 50, 1, pp.145-181.

¹⁹⁸ Relativamente ao caso *Dominguez* ver as Conclusões AG V. TRSTENJAK, §41 e o acórdão respectivo, §31.

¹⁹⁹ Segundo a AG o litígio resulta de um contrato em matéria de direito de trabalho no qual a entidade patronal «actuou, em relação à recorrente no processo principal, como um particular e nunca com uma autoridade que goza de prerrogativas de poder público» (§60).

²⁰⁰ Com entendimento idêntico no que refere aos princípios gerais de direito, ver as Conclusões da AG E. SHARPSTON, apresentadas em 22-05-2008, no proc. C-427/06, *Bartsch*, §69, nota 61. Já B. de

Nesta medida, nos domínios e na medida em que o parâmetro comunitário de protecção seja invocável contra medidas estatais, todas as autoridades nacionais de Direito público ou equiparadas submetidas na sua acção ao princípio da legalidade devem, independentemente da sua forma jurídica, adequar os seus actos aos direitos fundamentais²⁰¹.

No que toca à actuação jurídico-pública, reportamo-nos directamente à actuação de *todas* as entidades, exerçam elas funções legislativas, administrativas²⁰² ou judiciais²⁰³ e quer esteja em causa actos jurídico formais, meras práticas²⁰⁴ ou mesmo omissões²⁰⁵ contrárias aos direitos fundamentais da UE.

WITTE, «The role of...», ALSTON (ed.), *UE and human rights*, 1999, 874, admite que o definido no contexto *Foster* possa ser transposto para o quadro dos direitos fundamentais na UE.

²⁰¹ J. Temple LANG, «The sphere in which member states are obliged to comply with the general principles of law and community fundamental rights principles», *LIEI*, 23, 1991, pp. 33.

²⁰² No acórdão TJ, 14-02-2008, *Varec SA*, C-450/06, o TJ afirma a sujeição da Administração do Estado à protecção dos direitos fundamentais no âmbito da sua actividade de adjudicação de contratos públicos, assim como dos Tribunais quando apreciam a legalidade das decisões de adjudicação. Outros exemplos de casos que envolvem a vinculação ao Direito da UE de todos os órgãos administrativos, incluindo colectividades territoriais descentralizadas dos Estados-membros podem ser encontrados no acórdão TJ, 22-06-1989 *Fratelli Costanzo/Comune di Milano*, C-103/88, §31 e no acórdão TJ, 04-12-1997, *Kampelmann e o./Landschaftsverband Westfalen-Lippe e o.*, C-253/96, §46.

²⁰³ Para P. CRAIG, *UE Administrative Law*, cit., pp. 501 e 505, a obrigação que decorre do artigo 51.º 1 CDF na parte que recai sobre a actuação do Estado abrange os Tribunais – comunitários e nacionais – a quem também compete «respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação». Ver acórdão TJ, 13-03-2007, *Unibet*, C-432/05, §37-38; acórdão TJ, 08-09-2010, *W. Wetten*, C-409/06, §58 e acórdão TJ, 09-10-2008, *Katz*, C-404/07, §48-49 que declara a vinculação dos Tribunais aos direitos fundamentais quando apliquem a decisão-quadro em presença. Neste quadro a jurisprudência *Köbler* (acórdão TJ, 30-09-2003, C-224/01), pode adquirir relevância significativa no que toca à responsabilidade dos órgãos jurisdicionais nacionais por violação do Direito da União.

²⁰⁴ No acórdão *Fransson*, §46, o TJ decidiu que a aplicação da CDF, com a conseqüente desaplicação da legislação nacional contrária, não pode ser condicionada por uma prática judicial nacional que exige que a referida contradição resulte claramente do texto da Carta ou da jurisprudência a ela respeitante. Atente-se também no acórdão *W. Wetten*, cit., que no seu §56 dispõe: «Resulta do exposto que é incompatível com as exigências inerentes à própria natureza do direito da União qualquer disposição de um ordenamento jurídico nacional ou qualquer prática legislativa, administrativa ou judicial que tenha por efeito a diminuição da eficácia do direito da União pelo facto de negar ao juiz competente para a aplicação desse direito o poder de, no próprio momento dessa aplicação, fazer tudo o que for necessário para não aplicar as disposições legislativas nacionais que eventualmente obstem à plena

1.3. O protocolo relativo à aplicação da CDF à Polónia e ao Reino Unido (Protocolo n.º 30)

Cabe agora perguntar se, tendo a Carta por destinatários os Estados-membros, a mesma vincula efectivamente *todos* os Estados-membros. A dúvida emergiu no seguimento do protocolo anexo ao TL subscrito pela Polónia, pelo Reino Unido e mais tarde pela República Checa²⁰⁶ e segundo o qual se procura alegadamente limitar a relevância a Carta na ordem jurídica daqueles Estados²⁰⁷. O Protocolo é composto por dois artigos que dispõe da seguinte forma:

Artigo 1.º

1. A Carta não alarga a faculdade do Tribunal de Justiça da União europeia, ou de qualquer Tribunal da Polónia ou do Reino Unido, de considerar que as leis, os regulamentos ou as disposições, práticas ou acção administrativas destes países são incompatíveis com os direitos, as liberdades e os princípios fundamentais que nela são reafirmados.

2. Em especial, e para evitar dúvidas, nada no Título IV da Carta cria direitos susceptíveis de serem invocados perante os tribunais e que se apliquem à Polónia ou ao Reino Unido, excepto na medida em que estes países tenham previsto tais direitos na respectiva legislação nacional.

Artigo 2.º

As disposições da Carta que façam referência às legislações e práticas nacionais só são aplicáveis à Polónia ou ao Reino Unido na medida em que os direitos ou princípios neles consignados sejam reconhecidos na legislação ou nas práticas desses países.

Parte da doutrina mostrou-se muito severa nas críticas à posição da Polónia, do Reino Unido e da República Checa qualificando-a de ‘*opt-out*’ relativamente à

eficácia das normas directamente aplicáveis do direito da União (acórdãos, já referidos, Simmenthal, n.º 22, e Factortame e o., n.º 20)».

²⁰⁵ No caso *Unibet*, cit., pretende-se saber se a falta de previsão normativa por parte da Suécia de uma acção autónoma para apreciar a compatibilidade da legislação nacional com o artigo 49.º TCE viola o princípio da protecção jurisdicional efectiva (artigo 47.º CDF).

²⁰⁶ Ver o anexo às Conclusões do Conselho Europeu de Outubro de 2009.

²⁰⁷ Protocolo de 17 de Dezembro de 2007 (JO C 306, p. 157). Note-se que nos termos do artigo 51.º do TUE os Protocolos e Anexos fazem parte integrante dos Tratados e, por conseguinte, produzem os mesmos efeitos jurídicos. Ver também as Declarações n.º 53, 61 e 62 anexas ao Tratado de Lisboa.

aplicação da Carta²⁰⁸. Porém, como notou J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, tudo indica tratar-se de um documento de valor mais político que jurídico, razão pela qual não é possível retirar-se consequências práticas significativas²⁰⁹. Verdadeiramente, o Protocolo apresenta uma natureza tautológica tendo em conta que replica o que está disposto nas disposições horizontais da Carta, designadamente, nos artigos 51.º e 52.º. Nessa medida, tem um efeito declaratório de utilidade eminentemente interpretativa, o que se compreende à luz da atitude receosa e obsessiva que alguns Estados-Membros demonstraram quanto à questão da eficácia vinculativa da Carta aquando das negociações do Tratado de Lisboa²¹⁰.

No caso *N. S.*²¹¹ o TJ veio confirmar este entendimento ao afirmar que «o Protocolo n.º 30 não põe em causa a aplicação da Carta no Reino Unido ou na Polónia, o que é corroborado pelos considerandos [2.º, 3.º e 6.º] do referido Protocolo». Acrescenta que «[n]estas condições, o artigo 1.º, n.º 1 do Protocolo (n.º 30) explicita o artigo 51.º, n.º 1 da Carta, relativo ao âmbito de aplicação desta última, não tendo por objecto exonerar a República da Polónia nem o Reino Unido da obrigação de respeitar as disposições da Carta, nem impedir que um órgão jurisdicional destes Estados-Membros assegure o respeito destas disposições» (§119-120)²¹².

²⁰⁸ Para um resumo das posições assumidas pela doutrina, S. PEERS, «The ‘opt-out’ and the Polish Protocol concerning the UE Charter of Fundamental Rights», *HRLR*, 12, 2, 2012, pp. 375-389 e V. BELLING, «Supranational fundamental rights or primacy of sovereignty? Legal effects of the so-called opt-out from the UE Charter of fundamental rights», *ELJ*, 18, 2, 2012, pp. 251-268. Entre nós, A. M. GUERRA MARTINS, «The Treaty of Lisbon. After another step towards a European Constitution?», in *Ce ci n’est pas...*, cit., p. 71 e Maria Luísa DUARTE, «O Tratado de Lisboa e o sistema europeu...», cit., pp. 93-98.

²⁰⁹ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, «The protection of fundamental rights in the EU: community of values with opt out?», in Ingolf PERNICE, et al. (dir.), *Ceci n’est pas...*, pp. 119-129, conclui que o Protocolo se destina a funcionar como simples ‘cortina de fumo’ de modo a facilitar a ratificação do TL. Ver ainda M. DOUGAN, «The Treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts», *CMLR*, 2008, pp. 617-669? e Ingolf PERNICE, «The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights», in S. GRILLER et al. (eds.), *The Lisbon Treaty. UE Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer, 2008, pp. 244.

²¹⁰ Jacques ZILLER, *O Tratado de Lisboa*, Alfragide, Texto Ed., 2010, pp. 81, 129-130.

²¹¹ Acórdão de 21-12-2011, *N. S.*.

²¹² Para a interpretação dos artigos 1.º, n.º 2 e 2.º do Protocolo também no sentido que deles não pode deduzir-se um ‘opt out’ geral, ver a opinião da AG V. TRSTENJAK, nas suas Conclusões ao caso *N. S.*, §171-176 e ao caso *M. E. e o.*, C-411/10, §76, estas apresentadas em 22-09-2011 (caso pendente a

Afastadas as dúvidas, deve assim concluir-se que os Estados-membros envolvidos não só não se colocaram à margem da aplicação da Carta como também não enjeitaram o sistema de protecção de direitos fundamentais que precedeu à Carta e na qual esta expressamente se baseia²¹³. Mesmo que se entendesse doutro modo, como nota H. KAILA, os Estados-membros visados ainda assim encontrar-se-iam vinculados pelas obrigações decorrentes dos artigos 2.º e 6.º, n.º 3 TUE e pelo princípio da cooperação leal (artigo 4.º, n.º 3 TUE), bem como pela Direito da UE secundário referente à protecção de direitos fundamentais²¹⁴.

2. Os contornos restritivos da vinculação estatal

O princípio da vinculação dos Estados-membros anteriormente caracterizado importa para estes o dever de protecção dos direitos fundamentais garantidos pela UE. O respectivo dever comporta, por um lado, um conteúdo específico delimitado quer em termos materiais quer em termos orgânicos. Por outro lado, o dever de protecção dos direitos fundamentais apenas é activado nas situações que se enquadrem no âmbito de aplicação do Direito da União. Consideramos de seguida esta dupla ordem de limites:

2.1.O conteúdo do dever de protecção – limites materiais e orgânicos

Como consigna art. 51.º 1, segundo segmento CDF, o dever de protecção dos Estados-membros é cumprido mediante o «*respeito pelos direitos, a observância dos princípios e a promoção da sua aplicação, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados*».

2.1.1. A distinção entre ‘direitos’ e ‘princípios’

05-10-2013). Também se pronunciando sobre a questão do valor do Protocolo n.º 30, a AG J. KOKOTT nas Conclusões apresentadas a 14-12-2011, *Bonda*, C-489/10, §21-23.

²¹³ O próprio Governo do Reino Unido o reconheceu, HOUSE OF LORDS – European Union Committee, *The Treaty of Lisbon: an assesment*, vol. I, 10th Report of Session 2007/08, pp. 101-107, n.º 5.84-5.111, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldcom/62/62.pdf> (2012-03-28).

²¹⁴ H. KAILA, «The scope of application...», in P. CARDONNEL et al. (ed), *Constitutionalizing the...*, cit., p. 308.

O art. 51.º, 1, segundo segmento CDF introduz uma subtil distinção entre o que designa por ‘direitos’ e ‘princípios’. Assim, e em consonância com o art. 52.º, 5 CDF, a conclusão a retirar é a de que as normas da CDF consagram diferentes qualidades de direitos fundamentais, ou seja, umas normas consagram direitos e outras consagram princípios. Da conjugação dos dois preceitos decorre ainda que o cumprimento dos deveres inerentes a cada uma das categorias de direitos fundamentais exige a adopção de medidas concretizadoras diferenciadas. Ao passo que no caso dos *direitos* reclama-se o seu *respeito*, ou seja, que os órgãos de poder, num sentido liberal (negativo), se abstenham de agir contra os direitos, no caso dos *princípios* a exigência importa a adopção de medidas de concretização positiva que garantam a sua observância e promoção.

Estão em causa fundamentalmente exigências de actuação variáveis no sentido do cumprimento das normas de direitos fundamentais por parte dos seus destinatários, mas com implicações relevantes do ponto de vista da justiciabilidade, ou seja, «[a]s disposições da (...) Carta que contenham princípios (...) [s]ó serão invocadas perante o juiz tendo em vista a interpretação desses actos e a fiscalização da sua legalidade» (art. 52.º, 5, segundo segmento CDF).

A principal dificuldade da distinção reside no facto da CDF não estabelecer um catálogo de direitos e princípios. A qualificação da norma como direito ou princípio fica assim deixada ao critério do intérprete²¹⁵.

2.1.2. As competências conferidas pelos Tratados

O cumprimento do dever de protecção dos direitos fundamentais comporta ainda limites (bi-direccionados) decorrentes da necessidade de salvaguardar a integridade do esquema de repartição de competências.

a) *O respeito pelas competências atribuídas*

Em função das circunstâncias, o cumprimento do dever de protecção por parte dos Estados-membros pode exigir da parte das instâncias nacionais comportamentos de

²¹⁵ Para desenvolvimento sobre a distinção entre ‘direitos’ e ‘princípios’, Conclusões do AG, P. CRUZ VILLALÓN, 18-07-2013, *Association de médiation sociale*, C-176/12, §42-80. O AG qualifica o direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa (artigo 27.º CDF) como ‘princípio’ na acepção da CDF.

conteúdo diverso. Contudo, nos termos do art. 51.º 1, segundo segmento e art. 52.º 5, primeiro segmento CDF, essa actuação deve ficar circunscrita à esfera de competências estaduais. Ou seja, a pretexto do cumprimento do dever de protecção dos direitos fundamentais, um Estado-membro não pode adoptar medidas através das quais invade as competências atribuídas à UE²¹⁶. Portanto, também neste aspecto, está-se perante uma directriz modeladora do dever de protecção dos direitos fundamentais da UE por parte dos Estados-membros.

Visto agora por outro prisma, pode intuir-se que o dever de protecção cessa se o seu cumprimento por parte dos Estados-membros determinar a adopção de medidas positivas em áreas que materialmente pertencem ao quadro das competências da UE. Uma situação pode cair no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE e envolver – para que a obrigação de protecção se cumpra – a adopção de medidas em domínios que materialmente pertencem à esfera de competências da UE. Nesse caso, o Estado-membro fica desresponsabilizado do seu dever de agir.

Em suma, no cumprimento das exigências decorrentes da vinculação dos Estados-membros²¹⁷ aos direitos fundamentais da Carta deve ser acutelado o esquema de repartição das competências previsto nos Tratados. O carácter impositivo do dever de protecção só persiste nos moldes mencionados se a actuação controvertida implicar a adopção de medidas de cumprimento em áreas da competência dos Estados-membros. Caso contrário, só as instituições e órgãos da UE estão em posição de assegurar as medidas requeridas.

b) A cristalização das competências atribuídas à UE

O art. 51.º, 2 CDF preceitua: «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 outras atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados.»

Nestes termos a CDF estabelece limites ao poder decisório ou deliberativo da UE ao manter intacta a forma e o estado do esquema da repartição de competências entre a UE e os Estados-membros. Portanto, a entrada em vigor da CDF não pode afectar nem comprometer o esquema de competências atribuídas à UE que deve permanecer na

²¹⁶ O inverso é igualmente válido.

²¹⁷ Bem como da UE.

mesma condição, querendo com isto dizer-se que as normas da Carta não podem ser invocadas como base jurídica independente para uma intervenção legislativa da parte da UE.

Contudo, tudo aponta que o preceito em referência não visa apenas os órgãos da União responsáveis pela formação da vontade da União, mas também os seus órgãos jurisdicionais. O próprio TJ tem-se mostrado especialmente cuidadoso nesta matéria quando invoca o preceito para efeito de definição da sua competência de controlo em matéria de direitos fundamentais. É um sinal de que o TJ percepcionou o preceito como um alerta especialmente a si dirigido e revelador de uma particular preocupação com o seu alegado *activismo* em matéria de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE no que refere ao controlo dos actos estatais.

A mencionada limitação tem por fim salvaguardar os Estados-membros de qualquer investida da parte das instituições da UE em domínios que pertencem à esfera de competências dos primeiros. Para isso, as normas da CDF não constituem fundamento jurídico legitimador de uma intervenção em domínios materiais em relação aos quais a competência da UE não decorra das normas dos Tratados ou de disposições de direito derivado. Nessa medida, a disposição horizontal consagrada no art. 51.º, 2 CDF estabelece um ‘*travão*’ ao alargamento das competências da UE.

2.2. Vinculação limitada às situações de aplicação do direito da UE pelos Estados-membros – limites funcionais

Contrariamente a outros instrumentos de protecção dos direitos fundamentais – constitucionais e internacionais – a CDF não se aplica a todos os actos dos poderes públicos. Ficam de fora do seu âmbito de aplicação os actos de poder que não caibam no espartilho do art. 51.º 1 CDF. Ao definir como destinatários as instituições, os órgãos e organismos da União, bem como os Estados-membros apenas quando apliquem o direito da União, a CDF sacralizou explicitamente o carácter restrito do âmbito subjectivo (passivo) de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE.

O princípio da aplicação restrita do parâmetro de protecção de direitos fundamentais da UE constitui, de facto, uma premissa básica do sistema de protecção que só pode ser devidamente compreendido na sua essência se conjugado com o

carácter específico da ordem jurídica em que se insere²¹⁸; é esse exercício de articulação que torna o tema especialmente complexo.

Até à CDF a questão da definição das situações de aplicação das normas de Direito da UE não mereceu um tratamento normativo sistemático. Deve-se ao TJ a identificação casuística dos casos a que o seu criado catálogo não escrito de direitos fundamentais era aplicável.

A primeira vez que com propriedade a jurisprudência comunitária admitiu que as normas de direitos fundamentais da UE teriam um âmbito de aplicação que não se limitava aos actos comunitários foi no caso *Wachauf*²¹⁹. O TJ declarou que um Estado-membro sempre que executa uma regulamentação comunitária deve respeitar os direitos fundamentais protegidos pela UE na qualidade de princípios gerais de Direito. Embora esta jurisprudência se tenha tornado lapidar, em rigor, tem uma dimensão tautológica na medida em que constitui uma consequência lógica decorrente dos princípios estruturantes da ordem jurídica comunitária e da qualidade de Estado-membro. Entretanto, a jurisprudência *Wachauf* permitiu acolher no âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE não apenas actos de execução de regulamentos, mas também outros actos que igualmente reclamam da parte das autoridades nacionais medidas de execução, como é o caso das directivas ou das decisões-quadro.

Nos casos *ERT* e *Familiapress*²²⁰ o TJ reconheceu a relevância dos direitos fundamentais da UE no domínio dos actos estaduais restritivos das liberdades fundamentais do mercado comum. Neste plano o problema foi elevado para outro nível, pois se, por um lado, adensou o espaço do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE, por outro lado, deixou a descoberto a fluidez das suas fronteiras no sentido de agregar um cada vez maior leque de situações.

Tendo como premissa a jurisprudência *Wachauf* e *ERT* o TJ desenvolveu ao longo de cerca de duas décadas a temática em torno do conceito genérico de *âmbito de aplicação do Direito da União*. O próprio art. 51.º 1 CDF recupera a ideia de base ao adoptar a expressão, “*apenas quando [os Estados-Membros] apliquem o direito da União*”. O busílis da questão está em precisar qual o alcance da expressão, isto é,

²¹⁸ *Supra*, parte 1, cap. 1. Dado que a questão da natureza da UE continua a ser objecto de debate, não surpreende que tal dificuldade se projecte de certo modo sobre as questões relativas à protecção dos direitos fundamentais.

²¹⁹ Cit.

²²⁰ Cit.

identificar concretamente qual o conjunto de situações nacionais que envolve a aplicação do Direito da União e que, por consequência, se situa no interior do âmbito de aplicação da Carta.

3. A delimitação do âmbito de aplicação do Direito de União – opções e roteiro

A importância do tema reclama uma sistematização da matéria em análise o que passa por, com arrimo no artigo 51.º, n.º 1 da CDF, mobilizar a jurisprudência do TJ relevante, conjugando-a com uma série de questões jurídicas transversais e sem as quais não é possível obter uma compreensão adequada. Para o efeito, seleccionamos uma série de categorias de actos que concatenados entre si revelam o perfil do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais estabelecidos na UE.

Grosso modo a doutrina tem sido consensual na identificação de dois grupos de casos que designam por: (i) categoria *Wachauf* e (ii) categoria *ERT*²²¹. Como ponto de partida optaremos por aderir ao entendimento dominante por nos parecer a opção que melhor suporte encontra na jurisprudência do TJ e no artigo 51.º 1 CDF. Já quanto à suposta existência de um terceiro tipo de grupo de casos derivado das decisões do TJ a resposta está longe de ser pacífica²²².

4. Os actos de implementação do Direito da União – categoria *Wachauf*

Lato sensu entende-se estar em causa um acto de implementação do Direito comunitário sempre que um Estado-membro actua como ‘agente’ na realização e no

²²¹ O modo como a doutrina apresenta a sistematização não é inteiramente coincidente. G. BURCA et al., *UE Law...*, 2011, p. 382, acrescenta às acções dos Estados-Membros como agentes da União e aos actos derogatórios das regras da União ou restritivos de direitos da União, um terceiro grupo de casos: os actos estatais de aplicação de disposições de legislação comunitária baseados na protecção de direitos humanos (reguladora de matérias referentes à protecção de direitos humanos). Parece-nos contudo que a autonomização deste grupo não se justifica até porque os casos ilustrativos que cita reportam-se a situações enquadráveis nos dois outros grupos. X. GROUSSOT, «*The scope...*», cit., pp. 3-4, nt. 14. Mesmo os académicos que optam por sinalizar duas categorias, na análise de cada um dos grupos apresentam variações sensíveis.

²²² O principal argumento dos que negam a tese é a não verificação do critério identificador; ou seja, os casos indicados como fazendo parte desta categoria alegadamente não encontram respaldo consistente na jurisprudência da UE.

cumprimento dos fins e políticas da União²²³. No quadro dessa actuação as autoridades nacionais encontram-se vinculadas às exigências decorrentes da protecção dos direitos fundamentais na UE.

Relativamente ao princípio enunciado são de realçar dois aspectos. Em primeiro lugar, o facto do mesmo constituir uma decorrência lógica e óbvia do sistema de administração concebido²²⁴. Recordamos quanto a este tópico o que já foi escrito anteriormente acerca da estrutura de poderes no contexto da UE e da posição dos Estados-membros relativamente à acção comunitária²²⁵. Destaca-se, em especial, o dever geral assumido pelos Estados-membros de tomar «todas as medidas (...) para garantir a execução das medidas resultantes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União», delineado no artigo 4.º, 3, §2 TFUE, bem como os termos da cooperação administrativa estabelecida entre o nível da União e o nível estatal descrita no artigo 197.º TFUE. Em segundo lugar, o princípio da vinculação dos Estados-membros aos direitos fundamentais da UE neste cenário assenta na ideia segundo a qual se os actos das instituições da União estão sujeitos às exigências impostas pelo sistema comunitário de protecção dos direitos fundamentais, por identidade de razão, também os actos estatais executivos dessa regulamentação comunitária devem sujeitar-se à mesma

²²³ Como observa J. H. H. WEILER et al., «“Taking Rights Seriously” Seriously: ... – Part I», cit., pp. 73-74, «in the EC system of governance, to an extent far greater than any federal State, The Member States often act as, indeed are, the executive branch of the Community». Ver também X. GROUSSOT, «The scope...», cit., p. 3; «(...) [b]y agents of UE law, we mean the situations where national authorities of the member states implement or apply provisions of UE law, the notions of implementation or application being broadly understood here».

²²⁴ R. MOURA RAMOS, «Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas», *Das Comunidades à União Europeia*, Coimbra Ed., 2009, p. 219, caracteriza o sistema comunitário «como um sistema de administração indirecta ou descentralizada, isto é, um sistema em que a execução dos comandos normativos não é deixada a cargo das entidades integradas na organização comunitária, cabendo pelo contrário a entidades inseridas nas organizações administrativas estatais». Para uma análise das principais questões suscitadas pela temática do papel das instâncias nacionais na execução do direito comunitário, J.-V. LOUIS, *A Ordem Jurídica Comunitária*, Comissão Europeia, 1981, pp. 207 ss. Ver também M. VERHOEVEN e R. WIDDERSHOVEN, «National legality and european obligations», in L. F. M. BESSELINK et al. (ed.), *The eclipse of the legality principle in the European Union*, Kluwer, 2010, pp. 55-72, quanto aos mecanismos de cumprimento das obrigações que para os Estados-membros decorrem dos Tratados e em particular do direito derivado (regulamentos e directivas) no contexto de uma ordem jurídica integrada ou compósita.

²²⁵ Parte I, cap. 1.

imposição. Se assim não fosse, o imperativo da aplicação uniforme do Direito da UE ficaria ameaçado.

Sempre que os Estados-membros agem no sentido do cumprimento de obrigações decorrentes do Direito da União – primário ou secundário – encontram-se a implementá-lo e, por consequência, tais actos caem no âmbito de aplicação da CDF. Na apreciação de situações deste tipo para um caso cair no âmbito de aplicação da Carta, impõe-se a identificação de um dever de acção resultante de um preceito normativo da União que o Estado-membro se encontra a cumprir. Quando tal não se verificar a situação não cai no âmbito de aplicação da Carta.

A inclusão dos actos estatais que se traduzem na execução de um acto jurídico da União no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE foi pela primeira vez declarada pelo TJ no caso *Wachauf*²²⁶. Um caso emblemático que surpreendentemente impulsionou uma linha jurisprudencial estável e relativamente pacífica²²⁷.

O artigo 51.º 1 da CDF, por sua vez, acolheu abertamente a tese desenvolvida antecipadamente pelo TJ ao declarar a relevância da CDF em situações do tipo caracterizado se e na medida em que tenham como objecto actos estatais de execução do Direito da União. São estes actos que cabem natural e organicamente no conceito de aplicação do Direito da União, mas se dúvidas houvesse as anotações do *Praesidium* ao artigo 51.º 1 da CDF permitiriam ultrapassá-las ao invocarem expressamente o acórdão *Wachauf*.

Esta categoria de casos abrange no seu espectro não apenas os actos de implementação de regulamentos e de directivas comunitárias, mas também outros actos estatais que do mesmo modo mantêm com o Direito da UE uma relação de execução, tais como, designadamente, as decisões-quadro ou os actos reguladores das modalidades processuais das acções destinadas a garantirem a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do Direito comunitário. Nesta perspectiva, no âmbito desta categoria iremos elencar como modalidades de actos de implementação do Direito da UE não apenas o caso *Wachauf* – que constitui a matriz – mas também os

²²⁶ Cit.

²²⁷ A crer nas palavras do próprio autor das Conclusões apresentadas ao caso, AG F. JACOBS, «*Wachauf and the protection of fundamental rights in EC Law*», in M. POIARES MADURO (ed.), *The Past and Future of UE Law*, 2010, pp. 133-139, para quem à partida nada parecia sugerir que o caso viria a tornar-se um marco jurisprudencial.

casos que constituem suas extensões ou derivações na medida em que se baseiam na mesma *ratio*.

4.1. Os actos de implementação de regulamentos comunitários – o caso *Wachauf*

Inseridos neste tipo de actos encontram-se as acções estatais que concretizam preceitos inseridos em regulamentos da UE na acepção do artigo 288.º, §1 e 2 TFUE. Embora os regulamentos configurem actos jurídicos da União com feições que os aproximam dos actos legislativos nacionais, na medida em gozam do designado automatismo federal, não dispensam a necessidade de actos estatais que no terreno garantam a sua correcta exequibilidade. Ainda que directamente aplicáveis, amiúde carecem que as autoridades nacionais adoptem medidas de execução efectiva.

Ora, no cumprimento desse desiderato, as autoridades nacionais ao adoptarem actos jurídicos que garantem a execução de regulamentos comunitários devem observar as exigências colocadas pelo parâmetro comunitário de protecção dos direitos fundamentais. Nessa medida, não causa estranheza a afirmação jurisprudencial segundo a qual os actos estatais que executam regulamentos comunitários se situam no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da União. Mas convém lembrar que a tese apenas se desenha com clareza em finais da década de oitenta com o acórdão *Wachauf*.

O caso *Wachauf* colocava em questão a compatibilidade da legislação alemã relativa à concessão de prémios por abandono da produção de leite, adoptada em execução de regulamentos comunitários em matéria de política agrícola comum, com os direitos fundamentais, designadamente, o direito de propriedade do arrendatário cessante que se vê privado dos frutos do seu trabalho sem qualquer compensação. Depois de relembrar o estado da jurisprudência em sede de reconhecimento do princípio do respeito pelos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária o Tribunal dispôs pela primeira vez nos seguintes termos: «(...) [C]onvém observar que uma regulamentação comunitária que privasse, sem qualquer compensação, o arrendatário, no termo do contrato de arrendamento, dos frutos do seu trabalho e dos investimentos que efectuou na exploração arrendada, seria incompatível com as exigências que decorrem da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária. *Como estas exigências vinculam igualmente os Estados-membros aquando da implementação das regulamentações comunitárias, segue-se que estes são obrigados a, na medida do possível, aplicá-las respeitando as referidas exigências.*» (§19; o destaque é nosso).

Embora nos anos que se seguiram ao caso *Wachauf* alguns assinalem criticamente o que pode designar-se por hesitações quanto à plena aceitação da jurisprudência inaugurada - pensemos nos casos *Hansen*²²⁸ e *Bostock*²²⁹ – desde então a aceitação da inclusão dos actos de implementação de regulamentos comunitários no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da União tem merecido sólido acolhimento da parte da Justiça comunitária.

É curioso notar que na maioria das situações a invocação da jurisprudência *Wachauf* se verifica no domínio da regulamentação comunitária relativa à política agrícola comum, em particular, no que toca à organização comum de mercado no sector do leite e dos produtos lácteos. Destacam-se nesta linha as decisões dos casos *F. Duff*²³⁰, *Demand*²³¹, *Karlsson*²³², *Mulligan*²³³ e mais recentemente o caso *J. Slob*²³⁴. Já nos últimos anos a questão tem sido levantada no contexto da execução de regulamentação diversa, designadamente, dos regulamentos que estabelecem o Código das fronteiras Schengen²³⁵ e o Código Aduaneiro²³⁶; do regulamento relativo à transferência de

²²⁸ Acórdão TJ, 10-07-1990, *Hansen*, cit. Quando confrontado com uma norma nacional adoptada em execução de um regulamento comunitário, o Tribunal furtou-se a conferir da sua compatibilidade com o artigo 6.º, n.º 2 da CEDH.

²²⁹ Acórdão TJ, 24-03-1994, *The Queen c. M. A. F. F., ex parte: D. C. Bostock*, cit. Neste caso o Tribunal do Luxemburgo adopta uma decisão que segundo alguns é altamente criticável pela discrepância revelada relativamente ao conteúdo do direito de propriedade atestado em *Wachauf*. Ver Jason COPPEL et al., «The European Court of Justice: taking rights seriously?», cit., pp. e a crítica formulada por J. H. H. WEILER et al., «“Taking Rights Seriously” Seriously: The European Court and its...», cit., pp.581, 605-617. Entre nós, N. PIÇARRA, «A Competência ...», cit., p. 1423. Contudo, no contexto que ora nos move e crendo, tal como foi o entendimento do Tribunal, tratem-se de questões diversas (§15), o acórdão *Bostock* traduz a confirmação da via aberta em *Wachauf* no quadro da interpretação da regulamentação comunitária em matéria de regime comum de imposição suplementar sobre o leite. Para uma análise mais desenvolvida do caso ver a nossa tese de mestrado, M. N. SANTOS GONÇALVES, ‘*Civis europeus sum*?...’, pp. 100 ss.

²³⁰ Acórdão, 15-02-1996, *F. Duff et o. C. Minister for Agriculture and Food e A. General*, cit.

²³¹ Acórdão, 17-12-1998, *Stefan Demand v. Hauptzollamt Trier*, proc. C-186/96, Col.1998, p.I-8529.

²³² Acórdão, 13-04-2000, *Kjell Karlsson e o.*, proc. C-292/97, Col. 2000, p. I-2737.

²³³ Acórdão TJ, 26-06-2002, *Gerard Mulligan e o. v. Minister for Agriculture and Food, Ireland et Attorney General*, C-313/99, Col.2002, p.I-05719.

²³⁴ Acórdão TJ, 14-09-2006, *J. Slob v. Productschap Zuivel*, C-496/04 (§41-42).

²³⁵ Acórdão TJ, 17-01-2013, *Zakaria*, C-23/12.

²³⁶ Acórdão TJ, 18-12-2008, *Sopropé*, C-349/07.

resíduos²³⁷ e dos regulamentos em matéria de asilo²³⁸, Política Externa e de Segurança Comum²³⁹ e cooperação judiciária em matéria civil²⁴⁰.

4.2. Os actos de transposição e de implementação de directivas comunitárias – o caso *Booker Aquaculture*

Como dita o artigo 288.º, §3 TFUE, «[a] directiva vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais competência quanto à forma e aos meios.». Deste modo, e contrariamente ao que sucede com o regulamento que é obrigatório em todos os seus elementos, a directiva confere ao Estado-membro uma margem de autonomia em matéria de escolha da forma e dos meios para o seu cumprimento, muito embora quanto ao resultado disponha de força obrigatória.

A questão é saber se esta liberdade atribuída aos Estados-membros deve ser ou não limitada pelo imperativo da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária em moldes semelhantes ao delineado pela jurisprudência *Wachauf* para os regulamentos.

No que concerne aos actos estatais de transposição e de implementação de directivas, o Tribunal do Luxemburgo durante largo tempo não reconheceu aos direitos fundamentais consagrados na CEDH outra relevância que não fosse interpretativa²⁴¹. Na realidade, numa primeira fase, não foram muitos os casos em que ao Tribunal foi confrontado com a necessidade de avaliar da conformidade de actos estatais de transposição e/ou de implementação de directivas comunitárias com o parâmetro comunitário de protecção dos direitos fundamentais. Não obstante, em virtude da natureza do acto normativo em apreço a doutrina desde cedo colocou objecções à invocação do parâmetro de protecção da União relativamente aos actos estaduais mencionados.

²³⁷ Acórdão TJ, 10-11-2011, *Garenfelt*, C-405/10.

²³⁸ Acórdão TJ, 21-12-2011, *N. S.*, C-411/10 (§69).

²³⁹ Acórdão TJ, 11-10-2007, *Möllendorf*, C-117/06.

²⁴⁰ Acórdão TJ, 02-05-2006, *Eurofood IFSC Ltd*, C-341/04 e acórdão TJ, 05-10-2010, *J. McB.*, C-400/10 PPU (§51).

²⁴¹ Recorde-se a este propósito a jurisprudência *Rutili* e *Jonhston*, cit.

A primeira aproximação jurisprudencial à questão deu-se quando o TJ anunciou a vinculação dos Estados-membros a todos os princípios gerais de direito reconhecidos pelo ordenamento jurídico comunitário aquando da implementação das regulamentações comunitárias. Embora o princípio geral de direito aludido na questão prejudicial fosse o princípio da confiança legítima, a fórmula genérica empregue pelo Tribunal parece permitir a sua extensão ao princípio do respeito pelos direitos fundamentais, assim como a todos os outros princípios gerais de direito comunitário reconhecidos pela jurisprudência²⁴². Esta perspectiva foi afirmada no caso *Processo Penal c. Max Rombi*²⁴³. Relativamente à questão de saber se «o facto do controlo dos géneros alimentícios ser exercido no quadro das directivas comunitárias não implica que os Estados-membros estejam submetidos, no exercício desses controlos, ao respeito dos princípios gerais de direito e, em particular, ao princípio da confiança legítima», o Tribunal retorquiu positivamente. De facto, os Estados-membros estariam submetidos às exigências decorrentes dos princípios gerais de direito no que toca ao controlo da composição dos géneros alimentícios destinados a uma alimentação especial e, especificamente, dos aditivos e das substâncias com objectivo nutricional que entrem no seu fabrico. Assim, numa terminologia próxima de *Wauchauf*, o Tribunal declarou: «Constitui jurisprudência constante que *as exigências que decorrem da protecção dos princípios gerais reconhecidos pelo ordenamento jurídico comunitário*, entre os quais

²⁴² Com esta interpretação, John Temple LANG, «The sphere in which member states are obliged to comply with the general principles of law and community fundamental rights principles», *cit.*, pp. 23-35, para quem todos os princípios gerais de direito comunitário tem o mesmo estatuto.

²⁴³ Acórdão de 15-05-2000, *Processo-crime v. Max Rombi e Arkopharma SA*, proc. C-107/97, Col.2000, p.I-3367. A empresa 'Arkopharma SA' foi acusada de ter falsificado géneros alimentícios destinados à alimentação humana e de ter comercializado produtos com o aditivo L-carnitina em doses não autorizadas pela legislação francesa. A legislação francesa em presença é o resultado da transposição da directiva 89/398 relativa aos alimentos destinados a uma alimentação especial, no que se refere especificamente às condições nas quais a utilização de aditivos é autorizada na preparação de alimentos destinados a uma alimentação especial. A 'Arkopharma SA' está convicta que a mencionada directiva não foi completamente transposta para o direito nacional, pelo que o direito francês contraria o direito comunitário, por prever a possibilidade de manutenção da regulamentação nacional anterior à transposição, cujo regime é incompatível. A 'Arkopharma SA' argumenta que tal circunstância criou nela uma expectativa legítima de poder comercializar naquelas condições. Neste contexto, o Tribunal de Justiça interveio a título prejudicial a fim de determinar se e em que medida a própria directiva 89/398 e os princípios gerais de direito – em particular, o respeito pela confiança legítima – se opõem ao direito nacional descrito.

figura o princípio da confiança legítima, *vinculam também os Estados-membros aquando da implementação das regulamentações comunitárias* e que, por conseguinte, estes são obrigados a, *na medida do possível*, aplicar estas regulamentações em condições que respeitem as referidas exigências. A partir do momento em que uma regulamentação comunitária entra no campo de aplicação do Direito comunitário, o Tribunal de Justiça, tendo-lhe sido dirigido um pedido a título prejudicial, deve fornecer todos os elementos de interpretação necessários para a apreciação, pelo Tribunal nacional, da conformidade de tal regulamentação com os princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça (v., no que toca aos direitos fundamentais, que figuram entre os princípios gerais de direito, o acórdão de 24 de Março de 1994, Bostock, C-2/92, Colect. P.I-955, n.º16.» (§ 65. O destaque é nosso)²⁴⁴.

A questão voltou a emergir nos casos *BECTU*²⁴⁵ e *Marks & Spencer*²⁴⁶, mas em qualquer dos casos não foi solicitado ao Tribunal de Justiça uma pronúncia sobre uma

²⁴⁴ Não obstante a constatação, o TJ, em concreto, decidiu que o princípio da confiança legítima não foi posto em causa pela legislação nacional, pois tal princípio «só pode ser invocado relativamente a uma regulamentação nacional na medida em que a própria Comunidade tiver previamente criado uma situação susceptível de gerar uma confiança legítima (...). Ora, na matéria dos géneros alimentícios destinados a uma alimentação especial, a regulamentação comunitária relevante não criou previamente qualquer situação susceptível de gerar, na esfera jurídica da Arkopharma, uma confiança legítima que possa invocar a seu favor» (§ 4), razão pela qual o Tribunal entendeu que, em princípio, o Direito comunitário não fora ofendido.

²⁴⁵ Acórdão TJ, 26-06-2001, *The Queen v. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, C-173/99, Col.2001, p.I-4881. Confrontado com uma regulamentação nacional por força da qual um trabalhador apenas adquiria o direito a férias anuais remuneradas na condição de ter cumprido um período mínimo de treze semanas consecutivas de trabalho para a mesma entidade patronal, o Tribunal declarou a violação do disposto no artigo 7.º, n.º 1 da Directiva 93/104 que confere o direito a férias anuais remuneradas a «todos os trabalhadores». Apesar de reconhecer que ao abrigo da directiva os Estados-membros têm poderes para preverem as modalidades de exercício daquele direito, não o podem fazer no sentido de privarem certas categorias de trabalhadores da protecção conferida pela mesma. Desta feita, na argumentação expandida, o Tribunal não aderiu inteiramente à proposta apresentada pelo AG. De facto, o AG traçou uma abordagem mais ampla, analisando a questão não apenas na perspectiva da compatibilidade da legislação nacional com a directiva, mas no contexto mais geral dos direitos sociais fundamentais. Segundo ele, o direito em causa pré-existe à directiva e, para o comprovar, invoca as fontes internacionais do direito a férias anuais remuneradas. Por conseguinte, conclui que o acto estatal em litígio contrariaria em simultâneo a directiva e o direito a férias que constitui um direito fundamental parte integrante dos princípios gerais de direito comunitário

questão prejudicial que incidisse expressamente sobre a interpretação de um direito fundamental protegido pelo ordenamento jurídico comunitário. Por conseguinte, a temática da vinculação aos direitos fundamentais por parte dos Estados-membros no domínio da aplicação e transposição do Direito comunitário não foi objecto de apreciação judicial.

O panorama alterou-se com o acórdão do caso *Booker Aquaculture*²⁴⁷ com a confirmação da jurisprudência traçada no caso *Processo Penal c. M. Rombi*, em sede geral de princípios fundamentais de Direito comunitário, tendo agora claramente no horizonte os direitos fundamentais²⁴⁸. Estava em causa a avaliação do Direito nacional

²⁴⁶ Acórdão TJ, 11-07-2002, *Marks & Spencer plc v. Commissioners of Customs & Excise*, C-62/00, Col.2002, p. I-6325. Questionou-se a consonância da legislação nacional em matéria de IVA que introduziu retroactivamente um prazo de prescrição mais curto para o reembolso das quantias indevidamente cobradas, com a directiva 77/388/CEE, de 17 de Maio de 1977 e com o princípio da confiança legítima. Não obstante estar ausente das questões prejudiciais dirigidas ao Tribunal, no processo em nota, a Comissão Europeia e a *Marks & Spencer* sustentavam a violação do artigo 6.º, n.º 1 da CEDH (direito de acesso ao juiz) por parte da regulamentação nacional controvertida. Na circunstância, o AG fez referência à importância dos direitos fundamentais que fazem parte integrante dos princípios gerais de direito comunitário no quadro da aplicação e transposição do Direito comunitário pelas autoridades nacionais para a sua ordem jurídica interna, bem como à possibilidade do TJ examinar oficiosamente a questão de saber se estão a ser infringidos direitos fundamentais no que diz respeito à legislação britânica de natureza retroactiva (§ 76 das Conclusões). Contudo, o AG entendeu que, no caso concreto, o TJ devia cingir-se ao solicitado pelo Tribunal de reenvio, limitando-se à análise da compatibilidade da regulamentação nacional com os princípios da eficácia e da confiança jurídica. Apoiou este entendimento no facto do resultado a obter ser semelhante ao que se poderia extrair da abordagem da questão da violação de direitos fundamentais. Desta feita, a CEDH apenas forneceria argumentos a título superabundante. (§ 77 das Conclusões). Daí a sugestão para que o Tribunal não se debruçasse sobre os argumentos apresentados em matéria de direitos fundamentais, o que veio a verificar-se. Seguindo a proposta do AG, o Tribunal fez incidir a sua apreciação tão-só sobre a compatibilidade do direito nacional com os princípios da efectividade e da confiança legítima, desconsiderando a temática da vinculação aos direitos fundamentais por parte dos Estados-membros no domínio da aplicação e transposição do direito comunitário, no caso, a directiva sobre o IVA.

²⁴⁷ Acórdão, 10-07-2003, *Booker Aquacultur Ltd (C-20/00) e Hydro Seafood GSP Ltd (C-64/00) v. The Scottish Ministers*, C-20/00 e C-64/00, Col.2003, p.I-7411.

²⁴⁸ Já antes, a 13-09-2001, a AG C. STX-HACKL no processo *Mary Carpenter (C-60/00)* assumiu a validade da jurisprudência *Wachauf* no plano da transposição e da implementação de directivas comunitárias. A propósito da definição do âmbito de aplicação directiva 73/148/CEE do Conselho de 21 de Maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-membros da Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços, discorreu o

do Reino Unido que, em cumprimento das disposições da directiva 93/53/CEE, do Conselho de 24 de Junho de 1993, adopta medidas de luta contra determinadas enfermidades de peixes, sem que preveja qualquer medida indemnizatória a favor dos proprietários afectados. O Tribunal de reenvio solicitou que o TJ se pronunciasse sobre a compatibilidade das disposições do Reino Unido com os princípios gerais de Direito comunitário relativos à protecção dos direitos fundamentais, em particular, o direito de propriedade²⁴⁹.

O TJ acabou por consentir na tese apresentada pelo AG J. MISCHO ao apreciar que «[q]uanto à aplicação da Directiva 93/53 pelos Estados-membros, deve dizer-se que, segundo uma jurisprudência constante (v., nomeadamente, acórdãos Wachauf, (...), n.º 19 e (...) Bostock, (...) n.º 16), as exigências que decorrem da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária vinculam também os Estados-membros quando adoptam regulamentações comunitárias e, por conseguinte, estes são obrigados, em toda a medida do possível, a aplicar essas regulamentações respeitando as referidas exigências» (§88)²⁵⁰. Na sua exposição, o AG antes de examinar a questão à luz da jurisprudência do TJ sobre o direito de propriedade, procurou definir os termos da vinculação dos Estados-membros ao parâmetro comunitário de protecção dos direitos fundamentais, a fim de ajuizar da validade das medidas nacionais controvertidas. Neste particular deu valiosa notoriedade à questão controvertida da extensão da jurisprudência

seguinte: «(...) [H]á que expor mais em pormenor o quadro de referência da interpretação da Directiva 73/148 e do direito nacional de transposição da mesma. Tal compreende, ao lado da liberdade de prestação de serviços ora em apreço, os princípios gerais de direito, que, segundo a jurisprudência do Tribunal, englobam igualmente os direitos fundamentais» (§46). «A livre prestação de serviços e os direitos fundamentais desenharam igualmente os limites da margem de apreciação dos Estados-membros em matéria de transposição. Num caso como o ora em apreço, podem assim vir a restringir substancialmente a margem de manobra do Reino Unido no domínio do direito dos estrangeiros, tanto no plano legislativo, como no plano executivo.» (§47). (O destaque é nosso).

²⁴⁹ A questão prejudicial mencionada respeita ao processo C-20/00. Em simultâneo, mas no âmbito do processo C-64/00, é igualmente colocada ao Tribunal uma outra questão prejudicial agora referente à validade da própria directiva à luz do direito de propriedade pelo facto de não conter na sua previsão o pagamento de qualquer indemnização.

²⁵⁰ Não obstante, entendeu o TJCE que «as medidas de destruição e de abate imediatos de peixes, postas em prática por um Estado-membro para lutar contra as doenças das listas I e II no âmbito de aplicação da Directiva 93/53 (...) que não prevejam a concessão de uma indemnização, não são, em circunstâncias como a dos casos dos processos principais, incompatíveis com o direito fundamental de propriedade» (§93).

Wauchauf aos actos estatais de transposição e implementação de directivas²⁵¹. Convém evidenciar a forma enfática com que conclui o discurso: «A directiva, de certo modo, irrompe no ordenamento jurídico interno para converter-se em norma de referência a que devem confinar-se as medidas que a desenvolvem.» (§57) «Mas não irrompe sozinha, pois é inseparável das normas a que ela mesma se encontra vinculada, entre as quais figuram, segundo consta, os princípios gerais de Direito comunitário» (§58). «Por consequência, tem admitir-se que (...) um Estado-membro, ao desenvolver uma directiva, deve respeitar os direitos fundamentais. Tal conduz-me a questionar se (...) as medidas adoptadas pelo Reino Unido em reacção ao aparecimento das enfermidades não traduzem uma violação de um direito fundamental, no presente caso, o direito de propriedade (§59)»²⁵².

Com o caso *Booker Aquaculture* e com os que a ele se seguiram no mesmo sentido – e.g. *Lindqvist*²⁵³, *Valero*²⁵⁴, *Berlusconi*²⁵⁵, *Mangold*²⁵⁶ e mais recentemente, *Comissão c. Alemanha*²⁵⁷, *Åklagaren*²⁵⁸ e *M. M.*²⁵⁹, entre outros²⁶⁰ – fica firmado na

²⁵¹ Na defesa da tese da vinculação dos Estados-membros no contexto em análise, o AG apoia-se em diversos argumentos (§44-45). Com efeito, inicia a sua dissertação com a afirmação de que nada indicia que o Tribunal no caso *Wauchauf* quando usa a expressão «direito comunitário» o faça no sentido estrito de «regulamento comunitário». Em abono da seu parecer, prossegue citando B. WITTE para quem se assemelha evidente a direcção ora apontada. Finalmente, invoca a própria directiva que estatui que os Estados-membros no domínio mencionado devem actuar «dentro do cumprimento das normas gerais do Tratado», o que para o AG abrange os direitos fundamentais.

²⁵² Definida a vinculação do Reino Unido ao respeito pelos direitos fundamentais, o AG acaba por expressar o parecer segundo o qual, em concreto, o direito de propriedade não foi infringido, pois a medida adoptada não consubstancia uma medida de expropriação (§127-132 das Conclusões).

²⁵³ Acórdão TJ, 06-11-2003, *Processo-crime contra Bodil Lindqvist*, C-101/01, Col. 2003 I-12971.

²⁵⁴ Acórdão TJ, 16-12-2004, *José Vicente Olaso Valero c. Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, C-520/03, Col. 2004 I-12065.

²⁵⁵ Acórdão TJ, 03-05-2005, *Silvio Berlusconi*, C-387/02, Col. 2005 I-03565.

²⁵⁶ Acórdão TJ, 22-11-2005, *Mangold*, C-144/04, §75.

²⁵⁷ Acórdão TJ, 09-03-2010, *Comissão c. Alemanha*, C-518/07, no âmbito de uma acção por incumprimento com fundamento na transposição incorrecta de directiva em virtude de colocar causa a protecção dos direitos fundamentais em matéria de protecção de dados, designadamente, o direito à protecção da vida privada.

²⁵⁸ Acórdão TJ, 26-02-2012, *Åklagaren*, C-617/10.

²⁵⁹ Acórdão TJ, 22-11-2012, *M. M.*, C-277/11.

²⁶⁰ Ainda acórdão TJ, 23-12-2009, *Spector Photo Group NV*, C-45/08, §40-43; acórdão TJ, 04-03-2010, *Chakroun*, C-578/08, §44; acórdão TJ, 22-12-2008, *Kabel Deutschland Vertrieb und Service*

jurisprudência da União a sujeição dos actos de transposição e de implementação de directivas aos direitos fundamentais protegidos pela União num sentido equivalente ao evidenciado em *Wachauf*.

Ainda assim, atente-se que neste domínio a vinculação estatal é mais densa, pois engloba o dever dos Estados-Membros assegurarem, perante uma situação de conflito, o ‘*justo equilíbrio*’ entre os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da União²⁶¹⁻²⁶².

Finalmente, reparamos que nem o artigo 51.º 1 CDF, nem as correspondentes anotações mencionam a jurisprudência referente a este tipo de actos. Porém, a jurisprudência gerada depois de 2009 não deixa dúvida quanto à vinculação dos Estados-membros no cenário traçado. De certo modo, a vinculação estatal no caso da transposição e da implementação das directivas encontra-se abrangida pela matriz constituída pela doutrina *Wachauf*.

4.3. Os actos de transposição e de implementação de decisões-quadro²⁶³ – o caso *Mantello*

Até o TL as acções comuns no domínio do terceiro pilar da UE²⁶⁴ podiam ser realizadas pelo Conselho, deliberando por unanimidade, nomeadamente, através de decisões-quadro. Trata-se de actos análogos às directivas na medida em que se destinam à aproximação das legislações e regulamentações estatais, mas desprovidos de efeito directo (artigo 34.º, 2, al. b) TUE [Nice]) e encontram-se sujeitos a controlo jurisdicional restrito por parte do TJ nos termos do artigo 35.º TUE [Nice].

(*Rundfunk*), C-336/07, §37; acórdão TJ, 02-04-2009, *Damgaard*, C-421/07, §25-29; acórdão TJ, 16-12-2008, *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia*, C-73/07, §52-56.

²⁶¹ Naturalmente que desde que a directiva em concreto lhe dê essa margem de actuação. Caso *Promusicae*, acórdão TJ, 29-01-2008, C-275/06, §68-70, secundado e citado posteriormente no caso *ASNEF*, acórdão TJ, 24-11-2011, C-468/10 e C-469/10, §43, e no caso *Bonnier Áudio e o.*, acórdão TJ, 19-04-2012, C-461/10, §56.

²⁶² Para desenvolvimento, Francesco de CECO, «Room to move? Minimum Harmonization and Fundamental Rights», *CMLR* 43, 2006, pp. 9-30

²⁶³ Enquanto subsistirem decisões-quadro em vigor.

²⁶⁴ Cooperação policial e judiciária em matéria penal.

As limitações no plano do regime de controlo dos actos da UE no âmbito do terceiro pilar²⁶⁵ por comparação com o previsto para os actos do pilar comunitário suscitou a dúvida quanto à sua sujeição aos princípios gerais de direito bem como a questão da competência do TJ para apreciar a compatibilidade desses actos (decisões-quadro e decisões) com os direitos fundamentais da UE (artigo 46.º TUE [Nice]). No entanto No entanto, no caso *Advocaten voor de Wereld VZW*²⁶⁶ o TJ não hesitou em esclarecer que no domínio do terceiro pilar «as instituições comunitárias estão sujeitas à fiscalização da conformidade dos seus actos com os Tratados e com os princípios gerais de direito, assim como os Estados-membros quando apliquem o direito da União» (§45). Nas conclusões ao acórdão a AG assegura que «(...) se a protecção dos direitos fundamentais assume carácter imprescindível no pilar comunitário, torna-se igualmente irrenunciável no terceiro pilar, capaz de incidir, pela própria natureza do seu conteúdo, no núcleo essencial da liberdade pessoal, pressuposto das demais.» (§79)²⁶⁷.

Com o desaparecimento formal da estrutura dos três pilares da UE concretizado pelo TL, as disposições relativas à área de ‘Liberdade Segurança e Justiça’ foram integradas no TFUE (Título V) e dessa forma desaparecem as diferenças entre as categorias de actos jurídicos no domínio do TEU e da TCE. Do mesmo modo desaparecem as anteriores limitações à competência do TJ²⁶⁸⁻²⁶⁹ e o artigo 67.º, n.º 1 TFUE passou a prescrever enfaticamente que «[a] União constitui um espaço de

²⁶⁵ Designadamente, a natureza contingente do reenvio prejudicial, o condicionamento da jurisdição à aceitação da competência pelos Estados-membros, a legitimidade processual activa limitada para recurso de anulação; e a ausência de previsão da acção por incumprimento.

²⁶⁶ Acórdão TJ, 03-05-2007, *Advocaten voor de Wereld VZW*, C-303/05.

²⁶⁷ Ver também o acórdão TJ, 27-02-2007, *Gestoras Pro Amnistia e o c. Conselho*, C354/04P, §51 (posição comum em matéria de cooperação policial e judiciária em matéria penal) e o acórdão TJ, 27-02-2007, *Segi e o c. Conselho*, C-355/04P, §51 (posição comum em matéria de combate ao terrorismo).

²⁶⁸ Veja-se, contudo, o Protocolo n.º 36 anexo ao TL, bem como a posição particular do Reino Unido.

²⁶⁹ No caso *Vinkov*, (acórdão TJ, 07-06-2012, C-27/11, §48-51) o TJ considerou-se incompetente com base no artigo 10.º do Protocolo n.º 36 atendendo ao facto da república da Bulgária não ter declarado a aceitação da competência do TJ ao abrigo do artigo 35.º, n.º 1-2 TUE (no que se refere à compatibilidade com direito derivado), mas parece não considerar o Protocolo quanto à questão da conformidade da legislação nacional com o direito fundamental invocado (§55 ss). As limitações de competência neste domínio ainda subsistem como o caso comprova.

liberdade e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-membros.»

Dada a intenção harmonizadora deste tipo de actos deverá valer *mutatis mutandis* o que foi dito a propósito da obrigação dos Estados-membros transporem e implementarem directivas, pois as decisões-quadro implicam igualmente a adopção de medidas de transposição e implementação por parte dos Estados-membros²⁷⁰ Portanto, as medidas estatais de aplicação devem encontrar-se em conformidade com os direitos fundamentais da UE. Assim, sempre que uma autoridade nacional cumpre as obrigações decorrentes de uma decisão-quadro encontra-se a executar Direito da UE e por consequência submete-se ao parâmetro de protecção dos direitos fundamentais da UE²⁷¹.

Em matéria de direitos fundamentais está em causa fundamentalmente o cumprimento das obrigações estatais decorrentes do disposto na decisão-quadro relativa ao mandado de detenção europeu, designadamente, no que toca à execução dos respectivos mandados. Neste âmbito, basicamente, os Tribunais de reenvio pretendiam saber se a defesa dos direitos fundamentais poderia justificar em concreto a não execução por parte dos Estados-membros do mandado de detenção europeu emitido. Ora é exactamente essa a situação analisada no caso *Mantello*²⁷². Em causa estava a interpretação da expressão ‘mesmos factos’ constante da decisão-quadro para efeito de determinação do respeito do princípio *ne bis in idem* e, por consequência, a recusa, com esse fundamento, da execução do mandado de detenção.

Tendo em conta a exigência de aplicação uniforme do Direito da União, o TJ considerou tratar-se de «(...) um conceito autónomo [de Direito da União] que, enquanto tal, pode ser objecto de um pedido de decisão prejudicial por qualquer órgão jurisdicional a que tenha sido submetido um litígio a esse respeito, nas condições definidas no Título VII do Protocolo n.º 36 do TFUE, relativo às disposições transitórias» (§38). Na aplicação da decisão-quadro, designadamente na âmbito da

²⁷⁰ Do mesmo modo as decisões-quadro não se encontram expressamente declarados nem na letra do artigo 51.º 1 CDF nem nas anotações, devendo para as mesmas valer a argumentação expendida para o caso da transposição e aplicação de directivas.

²⁷¹ Para mais desenvolvimentos, S. PRECHAL, «La mise en œuvre des décisions-cadres: une leçon por les futures directives pénales?» in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, 2009, pp. 225-251.

²⁷² Acórdão TJ, 16-11-2010, *Gaetano Mantello*, C-261/09.

decisão de execução ou não execução do mandado com base na violação do princípio *ne bis in idem*, os autoridades judiciárias nacionais devem ponderar a interpretação que lhe é dada pela jurisprudência comunitária e não pelo Direito nacional. Ou seja, tratando-se de uma disposição que visa proteger um direito fundamental, na sua aplicação as autoridades nacionais actuam no âmbito de aplicação do Direito da União e, por conseguinte, estão sujeitas ao respectivo parâmetro de protecção.

Como refere a AG Yves BOT, «[é] jurisprudência assente que os Estados-membros, quando executam Direito da União, devem fazê-lo respeitando os direitos fundamentais.(...) Consequentemente, da mesma forma que a legalidade de um acto adoptado no quadro do terceiro pilar, como a decisão-quadro, pode ser fiscalizada à luz dos direitos fundamentais, a actuação dos Estados-membro, na execução de tal acto, deve ser conforme com esses mesmos direitos. A autoridade judiciária de execução está, assim, vinculada por essa obrigação quando é responsável pela execução de um mandado de detenção europeia (...)» (§87-88). «(...) [A] partir do momento em que a pessoa procurada é alvo de um mandado de detenção europeu, a sua situação esta coberta pelo direito da União e a execução desse mandado deve ser conforme com os princípios gerais de direito que enquadram a actuação da União e a dos Estados-membros quando executam esse direito.» (§92) «Na apreciação da questão (...) a autoridade de execução não verifica se o princípio *ne bis in idem*, tal como é definido no ordenamento jurídico do Estado-membro de emissão, foi realmente respeitado pela autoridade judiciária de emissão, mas fiscaliza o respeito do princípio enunciado nessa disposição do Direito da União, tal como é definido pelo Tribunal de Justiça.» (§93)

Os casos *Radu*²⁷³ e *Melloni*²⁷⁴ convocam a mesma ideia segundo a qual quando um Estado-membro executa um mandado de detenção europeu deve respeitar direitos fundamentais tal como protegidos pela UE.

²⁷³ Acórdão TJ, 20-01-2013, *Ciprian Vasile Radu*, C-396/11. Radu é alvo de um mandado de detenção europeu e para se opor à sua entrega alega que os mandados foram emitidos em violação do direito a ser ouvido antes da emissão do mandado tal como previsto na CEDH e na CDF; no caso, o TJ entende que não pode haver recusa de execução fora daquelas situações com fundamento no direito a ser ouvido antes da emissão do mandado. Há situações que implicam que Estado-membro recuse a execução do mandado de detenção europeu com fundamento na violação de direitos fundamentais, mas sempre no contexto das razões previstas na decisão-quadro. Portanto, a execução do mandado de detenção europeu pelo Estado não viola direitos fundamentais de Radu, pois o direito a ser ouvido é suficientemente acautelado pela decisão quadro no âmbito do processo de envio.

²⁷⁴ Acórdão TJ, 26-02-2013, *Stefano Melloni*, C-399/11 (§35).

Também foram levantadas questões idênticas a propósito da execução da decisão-quadro em matéria de estatuto das vítimas no âmbito de processos penais, designadamente nos casos *Katz*²⁷⁵ e *Gueye*²⁷⁶.

No caso *Katz* o TJ decide que a decisão-quadro relativa ao estatuto das vítimas em processo penal quando aplicada deve ser interpretada de forma a serem respeitados os direitos fundamentais – nomeadamente, o direito a um processo equitativo – ainda que se esteja num domínio em que a decisão quadro «deixa às autoridades nacionais um amplo poder de apreciação quanto à forma de prossecução [dos] objectivos» (§46) como o que se verifica em matéria de regime de prova. Embora a decisão-quadro não se refira à questão do regime da prova aplicável às vítimas em processo penal nos Estados-membros²⁷⁷ implica, «de qualquer forma, que a vítima possa depor no processo penal e que esse depoimento possa ser tomado em consideração como elemento de prova.» (§46-47) Por isso, é o órgão jurisdicional de reenvio que deve «assegurar-se de que a produção da prova em processo penal, considerada no seu conjunto, não põe em causa a equidade do processo, na acepção do artigo 6.º da CEDH (...).» (§49).

O caso *Gueye* é especialmente elucidativo no que se refere à questão do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Em causa estava a legislação penal espanhola que impõe uma sanção acessória de afastamento contra autores de crimes de violência familiar por um período mínimo e a sua compatibilidade violação do direito ao respeito pela vida privada e familiar. De acordo com o TJ uma medida legislativa nacional que não entre no âmbito de aplicação da decisão-quadro – como é o caso, pois apenas se refere a aspectos processuais penais da protecção da vítima e não a penas a aplicar ao autor e não constitui direito penal material –, por consequência, também não cai no âmbito de aplicação da Carta. O TJ entendeu que apenas teria competência para examinar a conformidade daquela legislação com os direitos fundamentais se a questão da pena a aplicar estivesse no âmbito de aplicação do Direito da UE (§69-70)²⁷⁸.

²⁷⁵ Acórdão TJ, 09-10-2008, *György Katz*, C-404/07.

²⁷⁶ Acórdão TJ, 15-09-2011, *Magette Gueye*, C-483/09 e C-1/10.

²⁷⁷ Apenas impõe que Estados assegurem às vítimas um nível elevado de protecção e um papel real e adequado na sua ordem jurídica penal e que reconheçam os seus direitos e interesses legítimos e garantam às vítimas a possibilidade de serem ouvidas durante o processo e de fornecerem elementos de prova (artigo 2.º e 3.º da decisão-quadro).

²⁷⁸ No mesmo sentido, a AG J. KOKOTT nas Conclusões do caso (§75-79).

Em suma, não basta tratar-se de uma matéria de direito penal, mas que tenha uma natureza processual de relevância baseada na decisão-quadro, ou que desta decorram obrigações para os Estados-membros de natureza substancial, não meramente processual. Todas as medidas estatais relativas a questões relacionadas com mandado de detenção europeu caem no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE devendo prevalecer esse padrão de protecção ainda que proteja menos que o padrão constitucional. Já não será assim relativamente a medidas de direito penal que não caiam no âmbito de aplicação de uma decisão-quadro.

4.4. Os actos reguladores das modalidades processuais das acções destinadas a garantirem a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do Direito da União – o caso *Joachim Steffensen*

Desde os acórdãos *Rewe-Zentralfinanz eG* e *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*²⁷⁹, o TJ formulou o princípio da autonomia nacional em matéria de definição dos mecanismos de tutela a accionar junto dos Tribunais internos em caso de violação do Direito comunitário, apoiando-se no dever genericamente imposto aos Estados-membros pelo princípio da cooperação leal consagrado no artigo 4.º, 3 TUE. Na ausência de normas comunitárias em matéria de definição de meios de efectivação, o direito comunitário seria aplicado pelos juízes nacionais de acordo com as condições e processos definidos pelo Direito nacional.

Consequentemente, a definição das modalidades processuais das acções destinadas a garantirem a salvaguarda do direito comunitário perante as instâncias judiciais nacionais constituiria uma questão da competência dos Estados-membros. Contudo, na formulação do princípio o TJ impôs condicionalismos. O princípio da autonomia processual dos Estados-membros deveria obedecer aos requisitos da equivalência e da efectividade. Ou seja, por um lado, impõe-se que as condições processuais de aplicação do Direito comunitário sejam análogas às condições previstas para a aplicação do direito nacional; por outro, tais condições não podem dificultar ou tornar impraticável o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária. Nestes moldes, os Estados-membros vêm o exercício da competência de execução que

²⁷⁹ Respectivamente, acórdão TJ, 16-12-1976, *Rewe-Zentralfinanz eG*, 33/76, Col. 1976, p. 1989 e acórdão TJ, 07-07-1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*, 158/80, Col. 1981, p. 1805.

sumariamente se caracterizou limitado pelos princípios da equivalência e da efectividade²⁸⁰.

Mas, as limitações à acção estatal neste domínio não ficam por aqui. O recente caso *Joachim Steffensen*²⁸¹, por sua vez, vem alargar o leque dos limites impostos ao princípio da autonomia processual, acrescentando às citadas exigências o princípio do respeito pelos direitos fundamentais. No caso em referência analisa-se a compatibilidade das disposições do direito alemão em matéria de produção de prova de uma infracção com o artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 89/397/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1989, relativa ao controlo dos géneros alimentícios, que consagra a favor do fabricante de um produto o direito de obter uma contra peritagem, no caso de as autoridades nacionais terem procedido à colheita num retalhista de uma amostra para análise que se revela desconforme com a legislação relativa aos géneros alimentícios. No caso de violação do direito comunitário pretendia-se saber se deveria ser proibida a utilização dos resultados das peritagens ordenadas pelas autoridades nacionais competentes ao abrigo da regulamentação nacional.

O TJ reconhece que na ausência de regulação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do direito comunitário (no caso, a directiva), desde que essas modalidades respeitem os princípios da equivalência e efectividade (§60). Contudo, adverte que no exercício dessa competência o Estado alemão está limitado pelo respeito dos direitos fundamentais que fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal. Neste sentido, o TJ determinou que «uma vez que estão em causa o respeito do direito a uma contra peritagem garantida pelo direito comunitário e as consequências que uma violação desse direito pode ter sobre a admissibilidade de um meio de prova no quadro de um recurso como o que está em causa no processo principal, *as regras nacionais aplicáveis em matéria de prova entram no âmbito de aplicação do direito comunitário*. Assim, estas regras devem respeitar as exigências que decorrem dos direitos fundamentais.» (§70; o destacado é nosso). «No caso vertente, há que ter em

²⁸⁰

Para uma análise sumária dos desenvolvimentos jurisprudências e doutrinários que este tema tem merecido ver P. CRAIG, et al., *UE Law...*, cit., pp. 230-285.

²⁸¹

Acórdão TJ, 10-04-2003, *Joachim Steffensen*, C-276/01, Col. 2003, p. I-03735.

consideração, mais especialmente, o direito a um processo equitativo num Tribunal, tal como enunciado no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH e tal como interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.» (§71) E conclui que cabe ao órgão jurisdicional nacional «considerar se há que excluir um tal meio de prova, a fim de evitar medidas incompatíveis com o respeito dos direitos fundamentais, em especial o princípio do direito a um processo equitativo perante um Tribunal» (§80, *in fine*)

Do exposto facilmente percebe-se o valor do acórdão apresentado, sendo possível dele extrair consequências pelo menos a dois níveis. Em primeiro lugar, a inclusão no âmbito de aplicação do Direito comunitário das normas nacionais que regulam as modalidades processuais das acções destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do direito comunitário. Em segundo lugar, o TJ estende as condições impostas ao exercício da competência processual dos Estados-membros na garantia do Direito da União, acrescentando aos princípios da equivalência e da efectividade o princípio de respeito pelos direitos fundamentais.

Na mesma linha do caso *Steffensen* colocam-se, e.g., os casos *Unibet*²⁸², *Alassini*²⁸³ e *DEB*²⁸⁴; casos que também trazem situações de direitos processuais consagrados na CDF, tais como o direito ao processo equitativo, o direito de acesso aos tribunais ou o direito à protecção jurisdicional efectiva.

5. Os actos restritivos das liberdades fundamentais do mercado comum – categoria *ERT*

²⁸² Acórdão TJ, 13-03-2007, *Unibet*, C-432/05.

²⁸³ Acórdão TJ, 18-03-2010, *Alassini*, C-317/08.

²⁸⁴ Acórdão TJ, 22-12-2010, *DEB*, C-279/09. Está em causa a compatibilidade da legislação alemã que não prevê a concessão de apoio judiciário a pessoas colectivas no âmbito de uma acção indemnizatória por transposição tardia de directiva por parte do Estado alemão, com o direito de acesso aos tribunais para fazer valer os direitos conferidos pela UE. O TJ partindo da premissa que está em causa uma situação de aplicação do Direito da União na acepção do artigo 51.º 1 da CDF (§30), conclui que o artigo 47.º CDF abrange as pessoas colectivas no âmbito de protecção do direito a protecção jurisdicional efectiva (§59) e finaliza fornecendo ao órgão jurisdicional nacional elementos para apreciação do caso concreto (§60-63).

Conferimos previamente que a jurisprudência da UE começou por admitir a fiscalização dos actos estatais que traduzem a execução de uma disposição de Direito comunitário. Mas, não é apenas nesse âmbito que os Estados-membros se encontram vinculados pelos direitos fundamentais da UE. Também, os actos estatais restritivos das liberdades fundamentais do mercado comum encontram-se submetidos a idêntica sujeição.

O regime comunitário das liberdades fundamentais foi introduzido nos Tratados como um instrumento basilar ao serviço da realização do mercado comum²⁸⁵. O cumprimento dos objectivos da integração económica não se vislumbrava sem que fosse concretizado de facto um espaço de liberdade de circulação entre os Estados-membros da União. Neste contexto, aos Estados era atribuída uma tarefa primordial – a de suprimirem todas as barreiras susceptíveis de pôr em causa os objectivos comunitários. Assim, todas as medidas adoptadas pelos Estados-membros, independentemente da sua fonte normativa, que se revelassem susceptíveis de restringir uma das ‘quatro liberdades’ do mercado comum – mercadorias, trabalhadores, serviços e capitais – passavam a estar sujeitas aos mecanismos jurisdicionais plasmados no Tratado. Contudo, as liberdades fundamentais do Tratado não constituem prerrogativas absolutas; o próprio legislador comunitário admitiu a hipótese de uma medida nacional restritiva das liberdades fundamentais poder ser justificada ao abrigo de uma das excepções previstas pelo nos artigos 36.º, 52.º, 62.º e 65.º TFUE.

Tem sido no quadro em referência que se tem desenhado a pertinência dos direitos fundamentais protegidos pelo direito comunitário. Em primeiro lugar, os Estados-membros não podem beneficiar de uma derrogação às liberdades do mercado comum se tal redundar numa violação dos direitos fundamentais protegidos no plano comunitário. Ainda que com apoio numa das excepções do Tratado não seria congruente que o TJ legitimasse uma medida nacional restritiva das liberdades fundamentais quando ofensiva dos direitos fundamentais (*ERT* e *Familiapress*). Em segundo lugar, uma medida nacional que viole um direito fundamental da UE é susceptível de, em determinadas circunstâncias, constituir um *entrave* real e efectivo ao exercício de uma liberdade fundamental. Neste caso, o respeito pelos direitos fundamentais da UE por parte das autoridades estatais é apresentado como *condição* de salvaguarda do pleno exercício das liberdades fundamentais do mercado comum

²⁸⁵ Artigo 26.º ss. TFUE.

(*Carpenter*). Finalmente, em último lugar, a protecção dos direitos fundamentais da UE pode constituir em si mesma – na senda da jurisprudência inaugurada pelo acórdão *Cassis de Dijon*²⁸⁶ – um *interesse legítimo* a considerar pelo TJ na justificação das medidas estatais restritivas das liberdades comunitárias de circulação (*Schmidberger*).

A projecção dos direitos fundamentais nas diversas vertentes do regime das liberdades fundamenais está patente e põe a descoberto a enorme amplitude de situações susceptível de integrar o âmbito de aplicação do Direito da EU. Partindo da relevância multifacetada que os direitos fundamentais da UE assumem neste domínio, identificamos de seguida várias modalidades de actos restritivos das liberdades fundamentais do mercado comum que se reportam à jurisprudência *ERT* e respectivas derivações.

5.1. A protecção dos direitos fundamentais *como condição* de admissibilidade das excepções invocadas às liberdades fundamentais do mercado comum – os casos *ERT* e *Familiapress*

O caso *ERT*²⁸⁷ vem assinalar a inauguração de um novo ciclo em matéria de definição dos actos estatais situados no âmbito de aplicação do Direito da UE para efeitos de protecção dos direitos fundamentais. Na redefinição dos novos limites da fórmula *âmbito de aplicação do direito comunitário*, o discurso argumentativo ter-se-á fundado no raciocínio segundo o qual se o Tribunal do Luxemburgo não verificasse à luz dos direitos fundamentais da UE, as justificações avançadas pelos Estados-membros para legitimar uma medida nacional restritiva das liberdades comunitárias, então era de conceber a possibilidade de haver uma violação daqueles direitos, autorizada pelo Direito comunitário e com o aval do TJ²⁸⁸. O risco é afastado com a invocação dos direitos fundamentais no quadro da tradicional interpretação restritiva das derrogações estabelecidas pelo Tratado ao princípio da liberdade de circulação.

²⁸⁶ Acórdão TJ, 21-02-1979, *Rewe Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, Col. 1978, p. 327.

²⁸⁷ Cit.

²⁸⁸ Nestes termos ver Conclusões do AG G. TESAURO no caso *Familiapress*, § 26, 2.^a parte, p. I-3706 (Acórdão TJ, 26-06-1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag*, C-368/95, Col. 1997, p. I-3689).

O caso em epígrafe tem na sua génese a controvérsia que opõe a empresa pública helénica ERT à empresa DEP e SK (TV 100) que começou a transmitir emissões televisivas, em violação da proibição contida nas disposições legais em vigor, causando, alegadamente, prejuízos à primeira. O Direito nacional aplicável ao litígio conferia à sociedade ERT direitos exclusivos em matéria de transmissões televisivas, abrangendo não apenas as emissões próprias, mas também, a retransmissão de emissões provenientes de outros Estados-membros. O facto suscitou ao órgão jurisdicional nacional interrogações sobre a conformidade daquela legislação com as disposições do Tratado relativas à liberdade de circulação de mercadorias e à liberdade de prestação de serviços, bem como, com o direito à liberdade de expressão consagrado no artigo 10.º da CEDH. Para o efeito, o órgão jurisdicional de reenvio interpelou o TJ que cuidou estar perante uma medida de natureza discriminatória proibida, dado que, «num sistema deste tipo corre-se o risco de ver seriamente comprometida a igualdade de oportunidades entre a difusão de programas próprios e a retransmissão de programas de outros Estados-membros» (§22), em violação do artigo 58.º do TCE. Contudo, admitiu que a regulamentação nacional em causa poderia ser justificada com base numa das derrogações previstas no TCE.

No que toca à liberdade de expressão, o Tribunal começou por esclarecer que o «Tribunal de Justiça não pode apreciar uma *regulamentação nacional que não se situe no quadro do direito comunitário face à CEDH*» (§42. O destaque é nosso). Todavia, no caso concreto, num claro desvio ao estabelecido em *Cinéthèque*, declarou que quando um Estado-membro invoca «a disposição do artigo 56.º, conjugada com a do artigo 66.º para justificar uma regulamentação susceptível de entrar o exercício da livre prestação de serviços, esta justificação, prevista pelo direito comunitário, deve ser interpretada à luz dos princípios gerais de direito comunitário, nomeadamente, dos direitos fundamentais. Assim, *a regulamentação nacional em causa só poderá beneficiar das excepções previstas (...) se se conformar com os direitos fundamentais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça.*» (§43. O destaque é nosso). «Daqui decorre que num caso deste tipo compete ao juiz nacional, e, sendo caso disso, ao Tribunal de Justiça apreciar a aplicação destas disposições, tendo em atenção todas as regras de direito comunitário, incluindo a liberdade de expressão, consagrada pelo artigo 10.º da CEDH, enquanto princípio geral de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça.» (§44). «Deve assim responder-se ao órgão jurisdicional nacional que *os limites impostos ao poder dos Estados-membros de aplicarem as disposições*

referidas nos artigos 66.º e 56.º do Tratado por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, *devem ser apreciados na perspectiva do princípio geral da liberdade de expressão, consagrado pelo artigo 10.º da CEDH.*» (§45).

Com apoio no raciocínio descrito, o TJ ao assumir o controlo da compatibilidade dos actos estatais com os direitos fundamentais procedeu à extensão do âmbito de aplicação do Direito comunitário. Nestes termos, a decisão *ERT* é emblemática, constituindo um marco na evolução jurisprudencial no que concerne à definição do conceito de âmbito de aplicação, que deste modo se vê estendido às normas nacionais derogatórias das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado. Na verdade, a jurisprudência *ERT* não só supera o acórdão *Cinéthèque*, no que tange ao controlo de medidas restritivas das liberdades fundamentais do mercado comum, como também alarga o âmbito de aplicação do direito comunitário para efeitos de protecção dos direitos fundamentais face a medidas estatais. Efectivamente, o caso *ERT* vai além dos resultados obtidos em *Wachauf* onde o âmbito de aplicação do Direito comunitário é limitado às normas nacionais adoptadas no exercício de uma competência executiva de disposições comunitárias.

Mais significativo se torna se considerarmos a circunstância do Tribunal ter decidido num sentido diverso do sugerido pelo AG C. OTTO LENZ nas Conclusões apresentadas. Com efeito, para o AG apesar das regras da CEDH fazerem parte integrante do Direito comunitário, nesse contexto, apenas vinculam as instituições comunitárias²⁸⁹.

Todavia, o destaque da decisão não se restringe à temática da definição do âmbito de aplicação do Direito comunitário para efeitos de protecção dos direitos fundamentais. Com efeito, o acórdão *ERT* define um novo requisito que acresce às condições impostas para que um Estado-membro possa validamente estabelecer derrogações às liberdades fundamentais consagradas pelo Tratado – o respeito pelos direitos fundamentais. Assim, uma regulamentação nacional limitadora do exercício das

²⁸⁹ Inspirando-se no acórdão *Cinéthèque*, cit., o AG lembrou que o «Tribunal não tem por missão apreciar supostas ou efectivas violações pelos Estados-membros dos direitos humanos protegidos por esta Convenção (tal tarefa incumbe aos órgãos instituídos pela CEDH); não lhe compete, nomeadamente, verificar a compatibilidade das normas dos Estados-membros com a CEDH. Ainda que o direito à liberdade de expressão protegido pela CEDH pudesse ser invocado neste âmbito, segundo ele, não seria viável retirar quaisquer conclusões que permitissem ir mais além do que já se extrai do artigo 59.º do Tratado.

liberdades fundamentais previstas no Tratado só é justificada nos termos do Direito comunitário se não infringir os direitos fundamentais tal como protegidos pela ordem jurídica comunitária²⁹⁰.

Não obstante o préstimo da jurisprudência em exame, julgamos que não fora o revés da decisão *Cinéthèque* o acórdão *ERT* não teria causado surpresa se atendermos ao facto do Tribunal se limitar a confirmar, agora para as disposições consagradoras da liberdade de circulação de mercadorias e de prestação de serviços, o juízo já expendido segundo o qual as disposições do Tratado devem ser interpretadas em conformidade com os direitos fundamentais²⁹¹⁻²⁹².

Posteriormente, a jurisprudência *ERT* foi citada como fundamento de outras decisões relativas ao controlo de medidas nacionais restritivas das liberdades fundamentais consagradas no Tratado. Observemos o caso *Familiapress*²⁹³ em que o TJ fez uma aplicação da jurisprudência *ERT* fiscalizando uma medida estatal restritiva das liberdades fundamentais na convicção de se localizar no âmbito de aplicação do Direito comunitário. Ao fazê-lo, veio fortalecer a jurisprudência *ERT* no sentido de definir que os direitos fundamentais se dirigem aos Estados-membros não apenas no quadro das excepções admitidas às medidas nacionais que estabelecem restrições quantitativas, mas também às medidas nacionais de efeito equivalente.

No processo em litígio um editor de jornais estabelecido na Alemanha viu-se confrontado com a proibição prevista pela lei austríaca relativa à concorrência de distribuir em território austríaco publicações que oferecessem aos leitores a possibilidade de participar em jogos/concursos com prémios. O caso suscitava dúvidas quanto à compatibilidade da citada regulamentação nacional com o artigo 30.º do

²⁹⁰ Nas palavras de N. PIÇARRA, «A competência do Tribunal de Justiça para fiscalizar...», cit., p. 1468, a jurisprudência definida representa um «enriquecimento do conteúdo das próprias liberdades fundamentais». Na sequência desse «enriquecimento», o autor refere-se a um «efeito de irradiação da CEDH sobre as liberdades fundamentais». Com efeito, não podemos negligenciar que as liberdades fundamentais ganham uma nova dimensão, ou seja, passam a valer contra actos nacionais restritivos, ofensivos dos direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelo direito comunitário.

²⁹¹ Ver acórdãos *Rutili* e *Comissão c. Alemanha*, cit.

²⁹² Para J. H. H. WEILER, «Taking rights seriously ...», cit., p. 77, o caso *ERT* constitui a evolução lógica da jurisprudência. Já para J. COPPEL e A. O'NEILL, «The European Court of Justice: taking rights seriously?», cit., p. 669, o acórdão *ERT* reflecte da parte do Tribunal o «uso ofensivo» dos direitos fundamentais.

²⁹³ Acórdão TJ, 26-06-1997, Caso *Vereinigte Familiapress*, cit.

TCE²⁹⁴. O Tribunal observou encontrar-se perante uma regulamentação nacional susceptível de entravar a liberdade de circulação de mercadorias provenientes de outros Estados-membros pelo facto de se tratar de uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa. Apreciou ainda que a justificação dessa restrição com base na manutenção do pluralismo de imprensa só seria admissível na condição dos direitos fundamentais serem respeitados²⁹⁵. Desta feita, o TJ baseou-se na jurisprudência *ERT*, para afirmar que a «proibição de venda de publicações que ofereçam a possibilidade de participar em jogos com prémios é susceptível de infringir a liberdade de expressão.» (§26)²⁹⁶. Porém, com suporte no carácter não absoluto dos direitos fundamentais admite a restrição da liberdade de expressão, precisamente nos casos em que é necessário assegurar a manutenção do pluralismo de imprensa e desde que respeitados os princípios da legalidade e proporcionalidade. Consequentemente, havia que «verificar se uma proibição nacional como a em causa no processo principal é proporcionada à manutenção do pluralismo de imprensa e se esse objectivo não pode ser atingido por medidas menos restritivas tanto para as trocas intracomunitárias como para a liberdade de expressão» (§27). Na sequência deste raciocínio, o Tribunal de Justiça concluiu que a liberdade de expressão só sai violada se a medida restritiva for desproporcionada à necessidade de manutenção do pluralismo de imprensa e que esse objectivo não possa ser atingido por medidas menos restritivas. A medida será desproporcionada se «os jornais que oferecem, (...) a possibilidade de ganhar um prémio estejam em concorrência com as pequenas empresas de imprensa (...) e que esta perspectiva de

²⁹⁴ Curioso notar que o problema da compatibilidade com a CEDH não fazia parte da questão prejudicial apresentada pelo órgão jurisdicional de reenvio.

²⁹⁵ Ver, em especial, §24. Do confronto do §18 e 24 decorre que os direitos fundamentais são invocados em duas perspectivas: pelo Estado-membro, para justificar a restrição da liberdade fundamental e pelo Tribunal, para averiguar a regularidade daquela medida à luz dos direitos fundamentais. Mesmo nos casos em que a restrição é motivada pela necessidade de salvaguardar direitos fundamentais, há que avaliar essa restrição à luz de outros direitos eventualmente presentes. Dai a exigência de conciliar no caso em análise a liberdade de expressão dos pequenos editores (que a medida nacional visa salvaguardar) e a liberdade de expressão da imprensa em geral, tal como protegida pela CEDH.

²⁹⁶ O AG G. TESAURO, depois de esclarecer a competência do Tribunal para examinar o problema da compatibilidade da legislação nacional com o artigo 10.º da CEDH nos termos da jurisprudência até então definida quanto à matéria, constatou entrarem em linha de conta no caso em apreço dois direitos igualmente protegidos pela mesma disposição: a liberdade de imprensa e a manutenção do pluralismo de imprensa. Ver p. I-3706 a 3708.

ganho seja susceptível de provocar um desvio da procura»²⁹⁷. É este aspecto que cabe ao órgão jurisdicional nacional apurar.

A direcção determinada em *ERT* e em *Familiapress* tem sido reiteradamente confirmada – e, de certa forma, excedida – pela jurisprudência comunitária. Observe-se, a título exemplificativo, as decisões do TJ nos casos *Carpenter*²⁹⁸, *A. Rodríguez Caballero*²⁹⁹, *Schmidberger*³⁰⁰ e *Karner*³⁰¹.

5.2. A violação de direitos fundamentais *como entrave* ao exercício das liberdades fundamentais do mercado comum – o caso *Carpenter*

No caso *Carpenter*³⁰² o TJ foi confrontado com dúvidas acerca da compatibilidade entre as regras nacionais do Reino Unido em matéria de imigração no que concerne ao direito de residência dos cônjuges de britânicos nacionais de terceiros países e o artigo 49.º TCE (actual artigo 56.º TFUE), bem como a directiva 73/148/CEE do Conselho, de 21 de Maio de 1973. Ao abrigo do regime nacional invocado, era vedado o direito de permanecer em território britânico aos cidadãos de um país terceiro, casados com nacionais do Reino Unido a exercer a sua actividade de prestador de serviços noutros Estados-membros, embora estabelecido no Reino Unido.

A senhora Carpenter é nacional filipina, casada com um britânico que dirige uma empresa de espaços públicos em revistas estabelecidas no Reino Unido; parte significativa da actividade deste é exercida com anunciantes estabelecidos noutros Estados-membros, ainda que neles não tenha procurado estabelecer-se. Confrontada com a decisão de expulsão por parte das autoridades britânicas, a Senhora Carpenter decide interpor recurso.

Perante o TJ a recorrente defendeu a tese segundo a qual é titular de um direito de residência derivado do direito do marido efectuar prestações de serviços e de deslocar-se dentro da UE; nessa medida, a sua decisão de expulsão restringe o direito do

²⁹⁷ Numa tentativa de conciliar a medida nacional restritiva com a liberdade de expressão, ver §34.

²⁹⁸ Acórdão TJ, 11-07-2002, *Mary Carpenter*, cit., § 39-41.

²⁹⁹ Acórdão TJ, 12-12-2002, *Ángel Rodríguez Caballero v. Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, C-442/00, Col.2002, p. I-1191, § 31.

³⁰⁰ Acórdão TJ, 12-06-2003, *E. Schmidberger*, cit., § 71-75.

³⁰¹ Acórdão TJ, 25-03-2004, *Karner*, C-71/02, §48.

³⁰² Caso *Carpenter*, cit.

seu marido a efectuar e a receber aquelas prestações. Salaria que a restrição à liberdade de prestação de serviços do seu marido, em caso de expulsão do seu cônjuge, não é uma questão puramente interna, uma vez que aquele presta serviços em todo o mercado interno. Invocou ainda jurisprudência comunitária de acordo com a qual o cidadão de um Estado-membro que tenha exercido os direitos de que é titular ao abrigo do Direito comunitário noutro Estado-membro, pode regressar ao seu país de origem com o seu cônjuge, nacional de um país terceiro³⁰³. A pretensão da recorrente ia no sentido de fazer valer o mesmo princípio para as situações em que um cidadão de um Estado-membro, estabelecido nesse mesmo Estado, fornece serviços a pessoas noutros Estados-membros.

A senhora Carpenter alertou ainda para o facto de estar a ser alvo de uma discriminação em razão da nacionalidade. Com efeito, na sua óptica, apenas lhe estava a ser vedado o direito de residir com o seu cônjuge no Reino Unido pelo facto de este ser britânico, pois se fosse francês, exemplifica, a decisão de expulsão não teria sido tomada, por tal consubstanciar um obstáculo ao exercício da livre prestação de serviços à luz do direito comunitário. No caso, a decisão de expulsão colocaria a senhora Carpenter numa situação menos favorável do que a de um cidadão de outro Estado-membro a residir no Reino Unido com o qual fosse casada. Contestou ainda a proporcionalidade da medida de expulsão por se basear apenas no facto da senhora Carpenter ter permanecido no Reino Unido para além do período autorizado.

Ao invés, para o governo britânico e para a Comissão Europeia, o Tribunal está perante uma situação puramente interna, sem conexão com o Direito comunitário. A determinação das condições segundo as quais um cidadão britânico e seu cônjuge podem permanecer no Reino Unido é uma questão de direito interno. Segundo esta perspectiva, a directiva só seria aplicável, no sentido de conferir o direito de residência reclamado, se o senhor Carpenter se tivesse *efectivamente* deslocado a outro Estado-membro para efectuar prestações de serviços. No caso, como o direito à liberdade de circulação do senhor Carpenter não foi exercido, a questão seria exclusivamente abrangida pelo Direito nacional e como tal o seu cônjuge não poderia invocar qualquer direito de residência ao abrigo do Direito comunitário.

³⁰³ Acórdão TJ, 07-07-1992, *The Queen v. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh, Ex Parte Secretary of State for Home Department*, C-370/90, Col.1992, p. I-04265.

A questão essencial que o acórdão suscita é a de saber se o Direito comunitário protege o direito do cidadão de um terceiro país, casada com um cidadão da União, a residir no Estado de origem deste. Ou então, se a regulamentação do Reino Unido restringe injustificadamente os direitos conferidos pelo Direito comunitário, pelo facto de não conferir ao seu cônjuge, nacional de um Estado terceiro, o direito de residir no Reino Unido. Contrariamente às Conclusões da AG³⁰⁴, o Tribunal entendeu que a directiva evocada dispõe de um âmbito de aplicação restrito às situações em que o nacional de um Estado-membro deixa o seu Estado de origem, entrando e permanecendo no território de outro Estado-membro, podendo para o efeito fazer-se acompanhar do cônjuge, independentemente da sua nacionalidade. Assim, a directiva não foi pensada para regulamentar o direito de permanência dos membros da família de um prestador de serviços no Estado-membro de origem deste, como sucede no caso (§35).

Não encontrando no Direito comunitário derivado elementos de resposta à questão principal e considerando que o senhor Carpenter está a exercer o direito à livre prestação de serviços previsto pelo artigo 49.º do TCE³⁰⁵, o TJ desenvolveu uma linha

³⁰⁴ A AG C. STIX-HACKL começou por asseverar ser o artigo 49.º do Tratado inaplicável como fundamento do direito de residência da senhora Carpenter (§37-38). Quanto à directiva a sua aplicação no sentido de conferir ao cidadão de um país terceiro o direito de residência exige que o cidadão da União com o qual é casado esteja a exercer uma liberdade fundamental assegurada pelo direito comunitário. Caso contrário, a situação será puramente interna, isto é, sendo desprovida de uma «dimensão comunitária», sujeita-se à aplicação do direito nacional (que no caso não acolhe o direito de residência). Como o senhor Carpenter está a fazer uso dos direitos conferidos pelo Tratado, então a situação factual apresenta um ponto de contacto com o direito comunitário. A AG manifesta ainda o entendimento de que a correcta aplicação da directiva exige uma interpretação à luz dos direitos fundamentais. Lembra que os direitos fundamentais são protegidos pela ordem jurídica comunitária e que constituem parâmetro para o TJ examinar a compatibilidade da norma nacional de um Estado-membro com os direitos fundamentais, desde que «resulte do campo de aplicação do direito comunitário» (§82-83), no sentido do fornecimento de elementos necessários ao Tribunal *a quo*. Identifica como violados, no caso concreto, o direito ao respeito pela vida privada garantido pela CEDH e pela CDF. Quanto ao preenchimento das condições para justificação da restrição do direito de acordo com a jurisprudência do TEDH, a AG responde negativamente.

³⁰⁵ Para o Tribunal o senhor Carpenter apesar de nunca ter procurado estabelecer-se noutra Estado-membro com o seu cônjuge, nacional de um país terceiro, fornecendo apenas serviços a partir do seu Estado de origem, está a exercer uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado, designadamente, a conferida pelo artigo 49.º do TCE (§ 29 e 30).

de raciocínio tendente a apurar se é viável «inferir dos *princípios ou de outras normas do direito comunitário* um direito de permanência em benefício do cônjuge» (§ 36. O destaque é nosso). No seguimento, o Tribunal considerou que a decisão de expulsão da senhora Carpenter se traduz numa medida restritiva da liberdade de circulação de serviços, injustificada sob o prisma da ordem jurídica comunitária na medida em que viola o direito fundamental ao respeito da vida familiar na acepção do artigo 8.º da CEDH, protegido a título de princípios gerais de direito comunitário. Principia por considerar assente que «*a separação dos cônjuges Carpenter prejudicaria a sua vida familiar e, portanto, as condições do exercício de uma liberdade fundamental de P. Carpenter. Com efeito, essa liberdade não poderá produzir a plenitude dos seus efeitos se P. Carpenter for dissuadido de a exercer em virtude dos obstáculos colocados pelo seu país de origem à entrada e permanência do seu cônjuge (v., neste sentido, acórdão Singh, já referido, n.º 23).*» (§39. O destaque é nosso). Prossegue relembrando que «(...) um Estado-Membro só pode invocar razões de interesse geral para justificar uma medida nacional que seja susceptível de entravar o exercício da livre prestação de serviços *se essa medida for conforme aos direitos fundamentais cujo respeito o Tribunal de Justiça garante (v., neste sentido, acórdãos de 18 de Junho de 1991, ERT, C-260/89, Colect., p. I-2925, n.º 43, e de 26 de Junho de 1997, Familiapress, C-368/95, Colect., p. I-3689, n.º 24).*», o que não sucede.» (§ 40. O destaque é nosso).

No seguimento o TJ declara que «[a] decisão de expulsão de M. Carpenter constitui *uma ingerência no exercício por P. Carpenter do seu direito ao respeito da sua vida familiar na acepção do artigo 8.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 (...), o qual faz parte dos direitos fundamentais que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, aliás reafirmada no preâmbulo do Acto Único Europeu e no artigo 6.º, n.º 2, TUE, são protegidos na ordem jurídica comunitária.» (§41. O destaque é nosso). Com suporte no discurso exposto, o TJ finaliza decidindo que a recusa de permanência no território de um Estado-membro do cônjuge de um prestador de serviços, estabelecido nesse mesmo Estado-membro, embora prestando serviços a destinatários estabelecidos noutros Estados-membros, viola ou é contrária ao artigo 49.º

do TCE, lido à luz do direito fundamental ao respeito da vida familiar (§ 46. O destaque é nosso)³⁰⁶.

Em suma, o TJ decidiu pela existência duma restrição de uma liberdade do mercado comum em virtude da regulamentação nacional controvertida ofender um direito fundamental protegido pela ordem jurídica comunitária. Nessa medida, a necessidade de proteger a vida familiar do senhor Carpenter justificou a concessão seu cônjuge do direito de residência no Reino Unido, sob pena de violação do Direito comunitário. Aquilo que *a priori* sugeria a mera confirmação da jurisprudência precedente adquiriu um especial interesse mercê da metodologia e da latitude da pré-dica argumentativa utilizada. Embora se reconheça que o estilo lacónico e parco da fundamentação judicial pode levar a uma relativização do acórdão, esta decisão ultrapassa em certa medida a jurisprudência *ERT* e *Familiapress*, merecendo pelo facto tratamento autónomo³⁰⁷.

Em primeiro lugar, recorde-se que na lógica do TJ a violação do direito fundamental ao respeito pela vida familiar constitui um obstáculo à livre prestação de serviços na medida em que afecta as condições do ser exercício. Nesta medida, a relevância dos direitos fundamentais deixa de se cingir simplesmente ao quadro das excepções admitidas pelo Tratado às liberdades comunitárias, para passar a sua infracção a constituir *causa* do carácter restritivo de uma medida nacional relativamente àquelas. Considerando que neste particular a metodologia judicial se divide *grosso modo* em duas etapas – o apuramento da existência de um entrave real e efectivo ao exercício de uma liberdade fundamental e o exame da sua eventual justificação no quadro do TCE –, parece-nos legítimo inferir que o acórdão *M. Carpenter* prolonga a relevância dos direitos fundamentais protegidos pelo direito comunitário do segundo para o primeiro dos momentos³⁰⁸.

³⁰⁶ Previamente, o TJ procurou avaliar se a medida restritiva poderia ser justificada por razões de interesse geral ou defesa da ordem e segurança pública. Quanto a este aspecto considerou a medida desproporcionada relativamente ao objectivo prosseguido, uma vez que «[e]mbora, no processo principal, o cônjuge de P. Carpenter tenha infringido as leis do Reino Unido sobre a imigração (...) a sua conduta (...) não foi objecto de qualquer outra censura susceptível de criar o receio de que constitua futuramente um perigo para a ordem e segurança pública.» (§44 e 35).

³⁰⁷ Embora reconhecendo que o caso *ERT* constitui a matriz. Com entendimento paralelo, Helen TONER, «Comments on Mary Carpenter...», cit., p.172.

³⁰⁸ Contudo, não estamos certos quanto ao contributo do acórdão para a caracterização do conceito de *obstáculo* ao exercício das liberdades fundamentais do TCE. Caso o TJ não tivesse sido tão parco na

O caso *Carpenter* destaca-se ainda a outro nível. Para além de apresentar em concreto a violação de um direito fundamental consagrado na CEDH como causa de uma restrição ao exercício de uma liberdade fundamental e como tal injustificada à partida, pela primeira vez, o TJ sanciona expressamente uma medida nacional com referindo-se categoricamente à violação de um direito fundamental tutelado pela ordem jurídica comunitária³⁰⁹. Atente-se na forma sugestiva usada na decisão: «Perante o que antecede, deve responder-se à questão colocada que *o artigo 49.º CE, lido à luz do direito fundamental ao respeito da vida familiar, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que, numa situação como a que está em causa no processo principal, o Estado-membro de origem do prestador de serviços estabelecido nesse mesmo Estado, que presta serviços a destinatários estabelecidos noutros Estados-membros, recuse a permanência no seu território ao cônjuge desse prestador, nacional de um país terceiro.*» (§46. O destaque pertence-nos)

Todavia, TJ não apresentou o argumento da violação do direito fundamental da UE como *ratio decidendi* dotada de autonomia. Fê-lo antes com fundamento na incompatibilidade da medida nacional com o artigo 49.º TCE (actual artigo 56.º TFUE), «lido à luz do direito fundamental ao respeito da vida familiar»³¹⁰. Considerada a argumentação expendida, de certo modo, a conclusão deduzida pelo Tribunal frustra as expectativas no que se reporta à fundamentação do acórdão com base na violação autónoma do direito fundamental ao respeito pela familiar na qualidade de princípio geral de direito comunitário, ao lhe atribuir o valor de mero elemento interpretativo do artigo 49.º do TCE (actual artigo 56.º TFUE). Conquanto, o facto não invalida a conclusão de que o acórdão sugere uma releitura do art. 49.º TCE (actual artigo 56.º TFUE) que, sem prever expressamente a protecção do direito ao respeito pela vida

argumentação, explorando cabalmente em que termos a decisão de expulsão da Senhora Carpenter afecta as condições de exercício da liberdade de prestação de serviços do seu cônjuge, seria possível, sem hesitação, reconhecer à decisão o seu contributo para o alargamento do conceito de obstáculo ao exercício das liberdades fundamentais do TCE. Como o mesmo não sucede, fica em aberto o seu potencial para o efeito. Ver H. TONER, «Comments on Mary Carpenter...», cit., pp. 168-169, para quem, a confirmar-se o potencial da decisão, a extensão do conceito iria demasiado longe.

³⁰⁹ S. DOUGLAS-SCOTT, «The Charter of Fundamental Rights as a Constitutional Document», *EHRLR*, 1, 2004, p.43, qualifica os casos *Carpenter* e *Schmidberger*, como casos de «vitórias para os direitos fundamentais».

³¹⁰ S. ACIERNO, «The Carpenter judgment...», cit., pp. 405-406, refere-se ao uso das liberdades económicas como instrumentos de protecção dos direitos fundamentais.

familiar, implicitamente impõem aos Estados-membros a observância dos direitos fundamentais sempre que a sua violação possa por em causa o exercício das liberdades fundamentais do Tratado. Neste ponto o TJ ultrapassa uma visão estritamente economicista para reconhecer ao artigo 49.º TCE uma dimensão subjectiva decorrente da aplicação da tese jurisdicional segundo a qual os direitos fundamentais constituem princípios gerais de direito protegidos pelo ordenamento comunitário³¹¹⁻³¹².

A jurisprudência *Carpenter* mereceu acolhimento nos arestos subsequentes no que à protecção do direito pelo respeito da vida familiar dos cidadãos comunitários diz respeito. Vejam-se designadamente os casos *MRAX*³¹³, *Hacene Akrich*³¹⁴, e *Orfanopoulos*³¹⁵.

³¹¹ A nossa convicção está próxima do entendimento manifestado pelo AG L. A. GEELHOED, no caso *Hacene Akrich*, cit., segundo o qual «[o] artigo 8.º da CEDH não só desempenha um papel na interpretação das intenções do legislador comunitário, como se torna cada vez mais importante também noutros domínios, enquanto um *quadro de referência do Tribunal de Justiça*. Assim, parto do princípio de que o artigo 8.º da CEDH *limita a interpretação e a aplicação do próprio Tratado CE* – e, em relação ao presente processo, estou a pensar sobretudo no artigo 39.º CE. Por outro lado, chamo ainda a atenção para o acórdão *Carpenter*. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça fiscaliza uma decisão de um Estado-membro directamente à luz do artigo 8.º da CEDH (...)» (§108 das Conclusões do acórdão TJ, 23-09-2003, *Hacene Akrich*, cit. O destaque é nosso). Ver igualmente as Conclusões da AG C. STICK-HACKL no caso *OMEGA* (C-36/02), apresentadas em 18-04-2004 (§57-59).

³¹² Ver os comentários ao caso *Carpenter*, S. ACIERNO, «The Carpenter judgment: fundamental rights and the limits of the Community legal order», *ELR*, 28, 2003, pp. 398-407; H. TONER, «Comments on Mary Carpenter v. Secretary of State, 11 July 2002 (case C-60/00)», *EJML*, 5, 2003, pp. 163-172; L. VALENTINO, «La tutela del conjuge, cittadino di uno Stato terzo, entra a far parte della “famiglia” dei diritti fondamentali», *DPCE*, IV, 2002, pp. 1656-1660.

³¹³ Acórdão TJ, 25-07-2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) v. Estado belga*, C-459/99, Col.2002, p. I-6591, §53. Não obstante a proximidade do acórdão *M. Carpenter* parece-nos de assinalar diferenças. Com efeito, em primeiro lugar, neste acórdão a questão dos direitos fundamentais é abordada em moldes abstractos. Em segundo, na decisão em análise, o Tribunal fundamenta a sua decisão na violação do Direito comunitário derivado no qual o direito à protecção da vida familiar se acha previsto (o que de certo modo facilitou a tarefa do TJ), ao passo que no caso *Carpenter* entendeu ser inaplicável o Direito comunitário derivado eventualmente pertinente, tendo para aquele fim obtido apoio nos princípios gerais de direito de que fazem parte os direitos fundamentais (Ver acórdão *M. Carpenter*, §36 e 41). Não obstante, no caso concreto, o respeito pelo direito à protecção da vida familiar é identificado como condição para a eliminação dos obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado, tal como no acórdão *M. Carpenter*.

³¹⁴ Acórdão TJ, 23-09-2003, *Hacene Akrich*, cit. Ao citar a decisão *Carpenter* o TJ corrobora a ideia segundo a qual as autoridades britânicas ao aplicarem o direito nacional sobre imigração devem atender

5.3. A protecção dos direitos fundamentais *como interesse legítimo* susceptível de justificar uma restrição às liberdades comunitárias do mercado comum – o caso *Schmidberger*

O caso *Schmidberger*³¹⁶ revela-se igualmente marcante para a compreensão dos termos da vinculação dos Estados-membros ao dever de protecção dos direitos fundamentais no quadro da restrição das liberdades fundamentais do mercado comum. Num caso em que a salvaguarda dos direitos fundamentais em presença exigia a restrição de uma liberdade fundamental do mercado comum, o TJ é confrontado com um conflito entre as liberdades fundamentais e os direitos fundamentais que fazem parte integrante dos princípios gerais de Direito comunitário e adopta uma decisão favorável à salvaguarda dos últimos.

No acórdão em epígrafe a protecção dos direitos fundamentais é apresentada como *razão justificativa* do entrave à livre circulação de mercadorias promovido pelas autoridades austríacas. Nesta medida, a decisão demarca-se da jurisprudência precedente que vê a protecção dos direitos fundamentais como mera *condição* a observar pelos Estados-membros aquando da invocação de uma razão justificativa das medidas nacionais restritivas das liberdades comunitárias fundamentais³¹⁷.

Schmidberger é uma empresa alemã de transportes internacionais, cujos veículos ficaram retidos na auto-estrada de Brenner em consequência de uma manifestação ambientalista não proibida pelas autoridades austríacas. Perante as perdas e danos resultantes da imobilização, *Schmidberger* pretende ser ressarcida pela República da

ao direito ao respeito da via familiar na aceção do artigo 8.º da CEDH, uma vez que a sua aplicação pode, *in concreto*, constituir uma ingerência injustificada num direito fundamental e nessa medida afectar as condições de exercício de uma liberdade fundamental (ver § 59-59).

³¹⁵ Acórdão TJ, 29-04-2004, *Orfanopoulos e Oliveri*, C-482/01 e C-493/01, §97-98.

³¹⁶ Acórdão TJ, 12-06-2003, *Schmidberger*, cit.

³¹⁷ Embora em contextos diversos, a invocação pelos Estados-membros de direitos fundamentais para justificar a restrição de uma liberdade fundamental não é nova. Relembre-se que já antes desta decisão o TJ deixou de algum modo antever o entendimento agora firmado. No caso *Familiapress* a salvaguarda da liberdade de expressão através da manutenção do pluralismo de imprensa foi examinada como uma exigência imperativa que justifica uma restrição à liberdade de circulação de mercadorias, desde de que essa restrição não conduza a uma ofensa de direitos fundamentais nos moldes definidos em *ERT* (§18, 24 e 34).

Áustria, argumentando que a não proibição da manifestação em causa constitui um entrave à livre circulação de mercadorias susceptível de desencadear responsabilidade dos Estados-membros.

Quanto à existência de um entrave à livre circulação de mercadorias, o TJ secundou o entendimento patenteado no caso *Comissão v. República Francesa*³¹⁸, segundo a qual o artigo 30.º do TCE (actual artigo 36.º TFUE) proíbe que os Estados-membros restrinjam o comércio entre eles quer por via de acção quer quando se abstêm de tomar as medidas requeridas para fazer face a entraves à livre circulação de mercadorias devidos a causas de origem não estatal. Por consequência, apreciou que o exposto «é susceptível de restringir o comércio intracomunitário e deve, assim, considerar-se que constitui uma medida de efeito equivalente a restrições quantitativas, em princípio, incompatível com as obrigações resultantes do direito comunitário resultantes dos artigos 30.º e 34.º do Tratado, conjugados com o artigo 5.º deste, a menos que a proibição possa ser justificada.» (§64)

Já a República da Áustria, relativamente à questão da justificação do entrave, alega que a sua posição relativamente ao Direito comunitário se justifica por razões de protecção dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de reunião dos manifestantes, garantidos quer pela CEDH, quer pela Constituição nacional.

Face à tensão demonstrada entre a liberdade de circulação de mercadorias e os direitos fundamentais, o Tribunal começa por fazer o ponto da situação quanto à relevância dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária, concluindo que «não podem ser admitidas na Comunidade medidas incompatíveis com o respeito dos direitos do Homem deste modo reconhecidos (...)» (§73). «Assim, dado que o respeito dos direitos fundamentais se impõe tanto à Comunidade como aos Estados membros, *a protecção dos referidos direitos constitui um interesse legítimo susceptível de justificar, em princípio, uma restrição às obrigações impostas pelo direito comunitário*, mesmo por força de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado como a livre circulação de mercadorias.» (§74). Portanto, o TJ deve «perante uma situação nacional que se enquadre no âmbito de aplicação do direito comunitário, fornecer aos órgãos jurisdicionais nacionais todos os elementos de interpretação necessários para a apreciação da conformidade desta situação com os direitos fundamentais cujo respeito é

³¹⁸ Acórdão TJ, 09-12-1997, *Comissão das Comunidades Europeias v. República Francesa*, C-265/95, Col.1997, p. I-06959, § 30.

assegurado pelo Tribunal de Justiça, tal como resultam, em particular da CEDH (...)» (§ 75).

O TJ, contudo, não deixa de sublinhar que não se encontra em presença de valores absolutos. Uma vez que quer a livre circulação de mercadorias quer os direitos fundamentais admitem limitações, alerta para a necessidade de ponderar os interesses em presença, colocando a questão da conciliação necessária das exigências de protecção dos direitos fundamentais na UE, com a exigência de protecção decorrente de uma liberdade fundamental. Neste contexto, distingue as circunstâncias deste caso com as do caso supra citado *Comissão v. República Francesa*, para concluir que «o facto das autoridades nacionais competentes não terem proibido uma manifestação (...) não é incompatível com o artigo 30.º e 34.º do Tratado, conjugados com o artigo 5.º deste.» (§ 94). Por consequência, «não pode ser imputada às autoridades nacionais competentes uma violação do direito comunitário susceptível de desencadear a responsabilidade do Estado-membro em causa.» (§ 95)

As Conclusões do AG F. JACOBS ilustram bem o carácter pioneiro da questão suscitada no caso em exame relativamente às suscitadas em processos anteriores, designadamente no acórdão *ERT*. No caso vertente, um Estado-membro invoca a necessidade de respeitar os direitos fundamentais reconhecidos na sua Constituição para justificar uma restrição a uma liberdade fundamental do Tratado, ao passo que no caso *ERT*, o TJ declarou que «um Estado-membro que se fundamenta numa das justificações (tais como razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública) aceites para restringir uma liberdade fundamental consagrada no Tratado (por exemplo, a livre prestação de serviços) deve respeitar os direitos fundamentais reconhecidos pelo direito comunitário.» (§ 92, 94)³¹⁹. Como previne o AG, «[e]ste é aparentemente o primeiro processo em que um Estado-membro invoca a necessidade de proteger direitos fundamentais para justificar uma restrição a uma das liberdades fundamentais do Tratado. A raridade destes casos é talvez devida ao facto de as restrições às liberdades fundamentais do Tratado serem normalmente impostas não para proteger os direitos fundamentais individuais, mas com fundamento em objectivos de interesse geral mais amplo, tais como a saúde pública ou a protecção dos consumidores. Todavia, é possível

³¹⁹ Ver as Conclusões do AG JACOBS apresentadas no caso *Schmidberger*, cit. «[Q]uando um Estado-membro pretende proteger direitos fundamentais reconhecidos pelo direito comunitário, prossegue necessariamente um interesse legítimo. O direito comunitário não pode proibir aos Estados-membros que prossigam objectivos que a própria Comunidade é obrigada a prosseguir» (§102).

que no futuro esses processos possam ser mais frequentes: muitos dos fundamentos de justificação correntemente reconhecidos pelo TJ podem também ser formulados se forem baseados em considerações atinentes aos direitos fundamentais» (§89).

Em face do exposto, concluímos que ao apresentar a protecção dos direitos fundamentais como razão justificativa do entrave nacional à livre circulação de mercadorias, o TJ colocou-se na posição de um genuíno defensor dos direitos fundamentais, deixando assente que quando as circunstâncias e os interesses em presença o justificam, as liberdades fundamentais do mercado comum deverão ceder³²⁰. Deste modo, é razoável entender que em certa medida a jurisprudência *Schmidberger* abala a tese dos que acusam o TJ de instrumentalização dos direitos fundamentais ao serviço da concretização de objectivos económicos ou de mercado³²¹.

³²⁰ Note-se que o TJ deixa transparecer que se as circunstâncias fossem mais gravosas, por exemplo, à semelhança das do caso *Comissão v. República Francesa*, já referido, a solução poderia ser diferente (§83-92).

³²¹ Seguindo a doutrina *Schmidberger*, Acórdão TJ, 14-10-2004, *Omega*, C-36/02 (§23-41).

§ Capítulo 2 – O âmbito de aplicação horizontal: a actuação dos particulares no domínio da aplicação do Direito da UE

1. Aproximação ao problema da vinculação dos particulares às normas de direitos fundamentais da UE – preliminares

No presente capítulo procuremos analisar a problemática da relevância das normas dos direitos fundamentais da UE na esfera de actuação privada. Mais concretamente pretende-se verificar se, à semelhança do que se verifica relativamente à actuação das entidades públicas, os particulares podem invocar e em que termos os preceitos garantidores dos direitos fundamentais da UE contra actos ofensivos praticados por outros particulares. Numa primeira etapa, compete-nos saber se as normas de direitos fundamentais da UE gozam de eficácia horizontal, ou seja, se são passíveis e em que moldes de invocação contra actos privados; em caso afirmativo, tentaremos delimitar as situações horizontais que caem no âmbito do direito da UE para efeito de aplicação dos direitos fundamentais.

Iremos trazer para este espaço a tradicional discussão colocada no plano nacional acerca da eficácia horizontal das normas constitucionais, transpondo-a para a realidade da UE. Antecipa-se que a questão, já de si difícil, adquira contornos de particular complexidade no contexto comunitário, pelo que convém ter em linha de conta alguns aspectos pressupostos básicos para a compreensão da problemática.

Antes de mais, convém ter presente que o debate geral da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais encontra-se condicionado do ponto de vista histórico, ideológico e dogmático e cruza-se com questões mais abrangentes, tais como, a compreensão do papel do Estado e do indivíduo na sociedade ou as funções inerentes às normas de direitos fundamentais³²². Se deslocarmos o assunto para o Direito da UE, a discussão é susceptível de ser influenciada não apenas pelas diversas representações da EU, enquanto forma de poder, mas também pela concepção acerca das relações entre os

³²² Para desenvolvimentos no contexto estatal ver J. M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares...* 1997.

ordenamentos jurídicos em contacto, bem como pelo papel e pela natureza reconhecidos às normas de direitos fundamentais da EU.

1.1.O enunciado do problema

Hodiernamente encontra-se relativamente sedimentada a ideia de que os particulares não estão a salvo das exigências de protecção dos direitos fundamentais consagrados em normas de força normativa superior.

A concepção segundo a qual os direitos fundamentais se movimentam exclusivamente na esfera da actuação pública é hoje difícil de sustentar por corresponder a uma visão ultrapassada. Por um lado, porque assenta numa distinção rígida entre o domínio público e privado. Ora, no actual estado do desenvolvimento das sociedades as relações que se estabelecem colocam em íntimo contacto a ordem de poderes públicos e de poderes privados, em termos que tornam a distinção entre a esfera pública e a esfera privada em algo estritamente formal e frequentemente difícil de conceber. Por outro lado, porque convém não cair no engano de pensar que pelo facto das relações entre particulares, em princípio, serem caracterizadas por uma paridade de forças assente na ideia de autonomia da vontade individual, os direitos fundamenais não têm expressão alguma no plano destas relações. É verdade que em contraste com a actuação dos órgãos de natureza pública os particulares desenvolvem a sua actuação num quadro da liberdade individual que lhes é autorizada para uma adequada auto-regulação de interesses privados³²³ o que, por regra, afastaria a ideia de autoridade que pauta a actuação pública relativamente aos indivíduos. Contudo, convém não esquecer que a autonomia privada não afasta a possibilidade de relações de poder desiguais entre particulares numa configuração equivalente à das relações verticais; e é justamente neste plano que podem emergir ofensas aos direitos fundamentais.

Neste contexto também não é possível ignorar o fenómeno designado por *normatividade privada* que nos transporta para formas sofisticadas e modernas de poder privado³²⁴. Trata-se de um movimento que tem crescido no quadro da auto-regulação de

³²³ Inclusive enquanto operadores económicos no contexto da UE.

³²⁴ Fenómeno por vezes designado por '*private governance*'. Sobre esta realidade no âmbito da EU, ver D. CHALMERS, *Private power and public authority in European Union law*. In BELL et al (eds.)

interesses colectivos e que reflecte a acção de poderes sociais ou de grupo que embora privados apresentam características que os aproximam em larga medida dos poderes públicos. Ao agir ao abrigo de um poder jurídico autónomo, os poderes privados criam uma regulamentação vinculativa para a área de actividade em questão, à qual se associa amiúde formas de jurisdição alternativa. Deste modo, os privados influenciam o comportamento de uma generalidade de sujeitos em domínios como as relações laborais, a actividade desportiva, as relações comerciais internacionais (*lex mercatoria*) ou mesmo a Internet (*lex digitalis*)³²⁵. Também é possível incluir neste domínio a actividade privada de regulamentação técnica, em áreas como e.g. a segurança alimentar, o ambiente ou os processos técnico-produtivos e de certificação comercial³²⁶.

A proliferação de normas de fonte privada ou produzidas conjuntamente com o Estado é um fenómeno global que ao transcender as fronteiras estatais é susceptível afectar a concretização dos objectivos da EU. Não pode ser esquecido que com recorrência este fenómeno manifesta-se na actuação de operadores económicos a actuar no contexto do mercado comum. Por isso, tal como a nível interno, também no plano da UE se coloca a premência da protecção dos direitos fundamentais nestes domínios de produção normativa privada que convivem paralelamente com os mecanismos clássicos de produção do Direito e que atestam que as ameaças aos direitos fundamentais podem provir dos poderes do Estado, mas igualmente de poderes não públicos³²⁷.

A possibilidade da questão da eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais poder colocar-se no contexto da UE em moldes análogos aos estatais, implica, no entanto, que se faça um esforço de contextualização. Há precisões terminológicas e um acervo teórico de soluções dogmáticas conhecidas que são

The Cambridge yearbook of European legal studies 2005-2006, 8... e WERNICKE, «Au nom de qui? The ECJ between Member States, civil society and Union citizens», *ELJ*, 13, 3, 2007, 380-407.

³²⁵ Sobre a questão da protecção dos direitos fundamentais na esfera transnacional ver a abordagem de G. TEUBNER, «Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect? *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie*, 2011, 40, 3, pp. 191-215 e G. VERSCHRAEGEN, «Hybrid Constitutionalism, Fundamental Rights and the State. A Response to Gunther Teubner, *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie*, 2011, 40, 3, pp. 216-229.

³²⁶ Sem prejuízo da possibilidade dos poderes privados expressarem-se por formas diversas, inclusive através de meras actuações de facto.

³²⁷ Como afirma GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, p. 1293, nestes casos, cabe ao legislador e aos Tribunais «estabelecer regras (de conduta e de decisão) que cumpram a função de protecção dos direitos liberdades e garantias».

profícuas como ponto de referência para o tratamento do tema no plano da UE e que iremos usar, conquanto sem descurar a singularidade da acção dos particulares no quadro dos propósitos da integração europeia. Doutrinalmente, é fundamental uma abordagem que atenda às especificidades do problema no âmbito da EU, bem como à dificuldade de acomodação dos termos do problema.

Para um correcto enquadramento, também é importante destacar as diferenças ao nível da configuração sistemática do problema, pois enquanto o problema começa por se colocar numa dimensão *intra-sistemática* – o panorama do ordenamento jurídico estatal – passar agora a uma dimensão *inter-sistemática* – o quadro das relações entre uma pluralidade de ordenamentos jurídicos. O facto justifica por si a consideração de componentes suplementares na análise do tema. Não obstante, em ambos os cenários sistemáticos identificados é traço comum a presença dum complexo de normas de direitos fundamentais com força normativa superior, modelador do Direito ‘*infra-constitucional*’, razão pela qual não surpreende que no horizonte da UE despontem reflexões afins.

Feita a enunciação e a delimitação do tema seguimos para a questão da admissibilidade da eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais da UE e dos respectivos termos. Para responder à questão há que primeiramente atender ao disposto no artigo 51.º 1 CDF, assim como ter presente qual a posição do TJ nesta matéria³²⁸.

Note-se, porém, que neste roteiro não basta saber se é ou não admissível normativa e doutrinalmente a eficácia horizontal (directa/indirecta) das normas de direitos fundamentais no plano da UE. Obtida uma resposta positiva, em função dela e assumindo naturalmente a não generalização da vinculação da actuação dos particulares, resta determinar a que situações (de tipo horizontal) o Direito da UE é aplicável; ou dito de outro modo, que casos de natureza horizontal se situam no âmbito de aplicação do Direito da UE para efeito de aplicação das normas de direitos fundamentais. Nessa medida, seguindo uma linha sistemática e analítica idêntica à adoptada anteriormente para os actos estatais, finalizaremos com uma tentativa de tipificação dos actos privados passíveis de escrutínio à luz dos direitos fundamentais da UE, que é o mesmo que dizer, com o esboço de um catálogo de actos privados de aplicação do Direito da UE susceptíveis de mobilizar o parâmetro de protecção dos direitos fundamentais.

³²⁸ Sem prejuízo do recurso à jurisprudência firmada relativamente a outras normas do Direito primário da UE.

1.2.Os particulares e o Direito da UE

1.2.1. O conceito de ‘*particular*’

A distinção entre o que constitui a acção pública e a acção privada é fundamental no contexto da eficácia das normas de direitos fundamentais à semelhança do que se passa no âmbito do debate acerca do efeito directo das directivas.

No contexto da eficácia das normas de direitos fundamentais da União, ao conceito amplo de ‘Estado’ que anteriormente foi objecto de precisão, corresponde naturalmente um conceito restrito de ‘particular’ ou ‘entidade privada’³²⁹. Recordamos que de acordo com os critérios identificados no caso *Foster*³³⁰, as entidades privadas que sejam meros instrumentos de acção pública ou que exerçam poderes *públicos* devem ser tratadas como ‘entidades públicas’.

A jurisprudência comunitária tem admitido a susceptibilidade de determinadas acções de particulares adoptadas no exercício da sua esfera de liberdade e autonomia – i.e., no exercício de poderes situados fora da esfera pública – prejudicarem o exercício das liberdades do mercado comum. Através do reconhecimento do efeito directo horizontal perante particulares de algumas das liberdades fundamentais foi possível colocar sob a alçada do regime das liberdades fundamentais actos de índole privada, tais como as regulamentações colectivas elaboradas por particulares no âmbito das relações laborais e «destinadas a disciplinar, de modo colectivo, o trabalho assalariado, o trabalho independente e as prestações de serviços»³³¹. Insere-se neste quadro de vinculação, e.g., a acção de entidades privadas tais como os sindicatos ou os parceiros sociais³³², as associações desportivas³³³, as sociedades comerciais³³⁴, as organizações

³²⁹ Foi esse o sentido adoptado pelo TJ no âmbito da questão da eficácia horizontal das directivas e das liberdades fundamentais.

³³⁰ Cit.

³³¹ Convenções colectivas de natureza não pública ou outros actos privados que se destinam a definirem as condições de trabalho.

³³² Segundo entendimento do TJ os parceiros sociais não constituem entidades de direito público. Ver o caso *Viking*, cit. §33 e o caso *Laval*, cit., §84, em sintonia com o AG (§137). Em sentido coincidente o acórdão TJ, 13-09-2011, *Prigge*, C-447/09, §60. Ver também quanto à natureza das medidas adoptadas pela via de Convenção colectiva o acórdão TJ, 08-09-2010, *Hennigs*, C-297/10, §66 («A natureza das medidas adoptadas pela via de convenção colectiva é diferente da natureza das

profissionais³³⁵, as entidades empresariais privatizadas³³⁶ que se situem no âmbito de aplicação do Direito da UE³³⁷.

Note-se, no entanto, que nos casos referidos as organizações privadas em presença agiam ao abrigo de um poder regulamentar que os leva a serem entendidas como entidades privadas de *estatuto de direito quase público*³³⁸ e não entidades privadas *tout court*. Atendido o seu estatuto e competência não é errado afirmar que as entidades privadas em questão encontram-se a exercer um poder regulatório comparável ao das entidades públicas.

O TJ teve igualmente a ensejo de sinalizar a relevância do Direito da UE no quadro de formas de expressão privada em moldes não colectivos. Reportamo-nos aos casos de relações jurídicas contratuais na área laboral no âmbito das quais é imputada a empresas privadas a violação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade (art. 45.º TFUE)³³⁹.

Quanto à actuação privada são de considerar amplamente todos os actos jurídicos praticados por particulares (pessoas singulares ou colectivas) no contexto de um poder normativo privado ou de uma relação jurídica privada, mas também meras situações de facto. Pensamos especificamente nas manifestações de cidadãos causadoras

adoptadas unilateralmente por via legislativa ou regulamentar pelos Estados-Membros, na medida em que os parceiros sociais, ao exercerem o seu direito fundamental à negociação colectiva reconhecido no artigo 28.º da Carta, tiveram o cuidado de definir um equilíbrio entre os seus interesses respectivos (v., neste sentido, acórdão Rosenbladt, já referido, n.º 67 e jurisprudência referida)».

³³³ Acórdão TJ, 16-03-2010, C-325/08, *Olympique Lyonnais*, §30-32 ; Acórdão TJ, 15-12-1995, C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association e o./Bosman e o.*, §82-84 (caso de Regulamentações desportivas das Federações Internacionais de Futebol, FIFA e UEFA, relativas à transferência de jogadores e que obrigam o novo clube a pagar uma indemnização ao antigo); Acórdão TJ, 12-12-1974, *Walrave e Koch*, 36/74, §17-19.

³³⁴ No caso *Laval*, cit. está em apreciação a vinculação de uma empresa ao direito fundamental à acção colectiva de que são titulares as organizações sindicais.

³³⁵ Acórdão TJ, 19-02-2002, *Wouters e o.*, C-309/99, § 120-121.

³³⁶ Acórdão TJ, 10-03-2011, *Casteels*, C-379/09, §19.

³³⁷ Se entendermos, o que não acontece (§31), que o TJ no caso *Fra-bo*, cit., estendeu o efeito directo horizontal à liberdade de circulação de mercadorias, podemos acrescentar ao rol enunciado as associações de direito privado com competência legislativa de facto, em concreto, com poderes para definição de *standards* de produção e certificação privada de produtos.

³³⁸ AG *Dominguez*, cit., §123.

³³⁹ Acórdão TJ, *Angonese*, C-281/98, §36 e acórdão TJ, *Reccaneli*, C-94/07, §46.

de limitações ao exercício da livre circulação de mercadorias³⁴⁰. Mas também podemos incluir todas as formas de pressão exercidas por grupos sociais³⁴¹.

Do quadro traçado deve concluir-se que no âmbito das liberdades fundamentais o critério relevante para a identificação dos seus destinatários directos não é propriamente a sua natureza da entidade privada ou dos poderes que pratica, mas o facto de estarem colocados de modo a poder constituir uma ameaça actual e efectiva às liberdades de circulação de pessoas³⁴².

1.2.2. Os particulares – beneficiários *versus* sujeitos passivos das normas do mercado

O projecto comunitário acha-se concebido tendo como objectivo a implementação de um modelo de desenvolvimento económico e social assente essencialmente na concretização da liberdade de circulação de factores de produção e num regime de defesa da concorrência. Um projecto desta envergadura mobiliza antes de mais as instituições da UE e os Estados-membros a quem articuladamente cabe a sua execução. Em especial, no que toca aos Estados-membros, compete-lhes não apenas agir no quadro das suas competências, mas também, abster-se de acções que possam fazer perigar os direitos decorrentes do Direito da UE para os particulares; neste prisma, os particulares surgem como beneficiários de posições subjectivas a fazer valer contra actos lesivos de natureza pública.

Todavia, embora os particulares se apresentem como beneficiários do projecto europeu, estes não estão a salvo das prescrições da EU, Na qualidade de sujeitos passivos, pensemos concretamente nas normas de defesa da concorrência em matéria de

³⁴⁰ Acórdão TJ, *Comissão v. França*, C-265/95 e acórdão TJ, *Schmidberger*, C-112/00. Nestes casos o TJ seguiu a via argumentativa das «obrigações de protecção estatal das liberdades fundamentais» (doutrina das obrigações positivas do Estado em matéria de liberdades fundamentais). Na prática a acção dos particulares é imputada aos Estados que não adoptaram as medidas necessárias para as evitar ou minimizar os seus efeitos.

³⁴¹ Caso *Viking*, cit. TJ declarou o efeito direito horizontal da liberdade de estabelecimento num caso que recaia sobre uma acção judicial colectiva desencadeada por sindicatos contra uma empresa privada no sentido de a compelir a celebrar uma convenção colectiva de trabalho.

³⁴² KRZEMINSKA-VAMVAKA, «Horizontal effect of fundamental rights...», cit., 2009, pp. 28-29.

acordos e práticas concertadas ou em matéria de posições dominantes, preceitos vocacionadas na sua essência para a regulação da actuação privada ofensiva dos interesses comunitários e que têm como destinatários imediatos os agentes económicos privados a operar no mercado comunitário³⁴³. Mas não só, pois também das normas relativas às liberdades de circulação derivam obrigações a observar pelos particulares. Neste ponto, não apenas os organismos públicos, mas também os particulares podem afectar negativamente o exercício das liberdades de circulação da UE.

Ainda que a lógica subjacente à actuação privada seja diferenciada, os particulares são uma peça chave na concretização do mercado comum enquanto agentes promotores, profundamente comprometidos. A par dos organismos públicos também eles se apresentam como destinatários das normas da UE na medida em que com a sua acção (ou omissão) possam fazer perigar a efectividade do direito UE e a concretização dos seus propósitos. Por força do DUE, os particulares são titulares de direitos que podem invocar não só contra o Estado, mas também contra outros particulares.

O facto de o Direito da UE ser uma fonte de deveres para os particulares cujo não cumprimento é susceptível de afectar outros particulares constitui o propulsor de situações de tipo horizontal. Ou seja, de situações em que um particular pode invocar contra outro particular a violação de direitos subjectivos conferidos pela UE. Daí o surgimento do problema da eficácia horizontal das normas UE – entre as quais se encontram as normas de direitos fundamentais – do seu impacto sobre a actuação dos particulares e da possibilidade da sua aplicação no contexto de litígios judiciais.

1.2.3. O Direito privado da UE

O envolvimento do Direito da UE na esfera privada também ocorre noutro plano. As circunstâncias anteriormente referidas legitimaram a crescente intervenção do legislador da UE no plano da regulação das relações de Direito privado, e.g. nas relações de trabalho e de consumo.

³⁴³ De acordo com o TFUE, grosso modo, as normas de defesa da concorrência têm como destinatários os particulares (i.e., as empresas) e são directamente aplicáveis dentro do seu âmbito de aplicação. Para desenvolvimento sobre este tópico, S. WEATHERILL, «The elusive character of private autonomy in EU law», in Dorota LECZYKIEWICZ, et al. (eds.), *The involvement of EU Law in Private Law relationships*, Oxford, Hart, 2013, pp. 13-15; pp. 73.

Embora em face de uma área marcada pela autonomia privada – princípio tributário do individualismo liberal³⁴⁴ – a intervenção normativa supranacional, do mesmo modo que a intervenção estatal, sustenta-se no argumento da necessidade de protecção de interesses de natureza colectiva, tais como a protecção da igualdade e dos direitos fundamentais em domínios de abrangência comunitária. Assim, se por um lado interessa ao legislador da União fomentar a acção privada ao favorecer o exercício da actividade económica no quadro das liberdades de circulação³⁴⁵, por outro, também pode restringir essa mesma liberdade de acção ao configurar os comportamentos na esfera privada³⁴⁶. Neste quadro é comum a alusão à existência de um Direito privado da UE que, no seu âmbito de aplicação, se sobreporia ao Direito privado estatal.

Considerando que no quadro dos objectivos do mercado comum a UE detém poder normativo para regular relações de Direito privado regulando aspectos de natureza privada, nessa medida, parece clara a obrigação do legislador comunitário observar as normas primárias em vigor, designadamente as normas de direitos fundamentais³⁴⁷. Por outro lado, o Direito privado de produção estatal terá de estar conforme o Direito da UE (atendido, obviamente, o seu âmbito de aplicação) sob pena de ser considerado juridicamente desconforme com este. Terá ainda de ser interpretado

³⁴⁴ Princípio basilar no quadro das relações jurídicas inter-privados.

³⁴⁵ É este o propósito declarado na proposta de regulamento de um direito comum da compra e venda.

³⁴⁶ O impacto do Direito UE sobre o Direito privado estatal ocorre fundamentalmente por duas vias: por acção do legislador nacional ao modelar o Direito privado interno às exigências da EU, ou por via judicial, sempre que direito privado interno é declarado desconforme com o Direito da UE.

³⁴⁷ Num paralelismo com a doutrina germânica básica, as normas de direitos fundamentais exerceriam sobre a ordem jurídica secundária EU/interna uma ‘*eficácia irradiante*’. Em sede geral, quando o legislador do direito privado se revela permeável a expressões de natureza pública como os direitos fundamentais é evocado o fenómeno da “*constitucionalização*” do direito privado. Segundo uma certa concepção clássica o direito constitucional, enquanto direito superior, exerceria uma ‘*eficácia irradiante*’ sobre toda a ordem jurídica, incluindo o direito privado e, nessa medida, o direito privado apresentar-se-ia como direito constitucional concretizado. A questão insere-se na temática mais ampla do impacto das normas de direitos fundamentais de sede constitucional sobre a produção normativa de Direito privado. Mas, se transportarmos a questão para o plano da EU, neste domínio, cabe saber em que medida o Direito UE enquanto direito primário (‘*constitucional*’) e dentro do seu âmbito de aplicação pode condicionar o Direito secundário da EU, bem como o Direito privado em vigor nas ordens jurídicas estatais. Sobre o assunto, ver M. CLAES, «The European Union, its Member States and their citizens», in LECZYKIEWICZ, Dorota et al. (Eds), *The involvement..., cit.*, pp. 38-43.

de acordo com as suas normas na observância do princípio da interpretação conforme o Direito da UE, inclusive as normas de direitos fundamentais³⁴⁸.

Por conseguinte, para o que nos importa, é de reter que as normas de Direito da UE (nomeadamente as normas de protecção de direitos fundamentais) podem afectar o comportamento dos particulares também pela via das obrigações impostas ao legislador ordinário (estatal ou da UE) no domínio da produção normativa de Direito privado³⁴⁹.

Reconhecida a influência do Direito da UE em geral sobre as relações de Direito privado na sua dimensão de produção normativa, diga-se agora que o problema que queremos curar localiza-se noutra dimensão que, embora interligada, se distingue. Referimo-nos ao plano da aplicabilidade normativa ou da litigância, ou seja, saber se um particular pode para defesa da sua posição invocar em juízo contra outrem uma norma comunitária, concretamente, uma norma de direitos fundamentais. Dito de outro modo, os particulares encontram-se, directa e imediatamente, vinculados às normas de Direito da UE, mais concretamente às normas de direitos fundamentais, em termos que condicionam substancialmente os seus comportamentos? Ou pelo contrário, devem buscar a sua defesa no quadro exclusivo do Direito privado aplicável?

Posto que a influência do Direito da UE pode ocorrer a diversos níveis é este o que nos interessa, mas não sem antes explicitar quais as nossas premissas de base.

1.3.A eficácia horizontal das normas jurídicas ‘constitucionais’ – coordenadas gerais e arquétipos doutrinários de referência

A questão que queremos colocar no contexto do Direito da UE é na verdade um tema transversal às diversas ordens jurídicas e que pode ser circunscrito do ponto de vista histórico e dogmático. Adquiriu inicialmente reconhecimento positivo nas ordens constitucionais dos Estados-membros motivada pela constatação que também os particulares podem efectivamente colocar em causa os direitos fundamentais, em especial no quadro das relações jurídicas privadas desniveladas, i.e., relações em que se verifica um desequilíbrio de forças entre os intervenientes. Mais tarde, a problemática

³⁴⁸ Monica CLAES, «The European Union, its Member States and their citizens», in , Dorota LECZYKIEWICZ et al. (eds), *The involvement of EU Law in Private Law relationships*, Oxford, Hart, 2013, pp.34-38.

³⁴⁹ Acerca da justificação do envolvimento da UE nas relações entre privados no contexto aludido, S. WEATHERILL, The elusive character of private autonomy in EU law, in LECZYKIEWICZ, Dorota et al. (Eds), *The involvement of EU Law in Private Law relationships*, Oxford, Hart, 2013, pp. 29 ss.

constitucional foi alargada para outros contextos normativos de protecção de direitos fundamentais, designadamente para o plano da CEDH³⁵⁰.

Atendendo a que a eficácia normativa nas relações horizontais constitui uma questão há muito trabalhada no plano estatal e internacional, passamos a propósito do tema a organizar algumas reflexões de índole teórica que nos servirão de quadro de referência. Assim, em sede geral, a questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais pode merecer uma de duas soluções possíveis: ou a rejeição da eficácia horizontal, segundo a qual as normas de direitos fundamentais não se projectam nem tem expressão no âmbito das relações horizontais – i.e., gozam de uma eficácia relativa; e, por outro lado, a aceitação da eficácia ‘*erga omnes*’ das normas de direitos fundamentais traduzida na faculdade do particular em defesa da sua pretensão poder invocar em juízo contra outro particular uma norma protectora de um direito fundamental *per se*³⁵¹.

Em geral, no actual estado da ciência jurídica domina o conceito segundo o qual as normas de direitos fundamentais gozam de eficácia horizontal. É relativamente pacífico nas ordens jurídicas dos Estados-membros o reconhecimento, em maior ou menor grau, que as normas de direitos fundamentais atingem as relações entre particulares, sobretudo quando em causa estão relações jurídicas onde se assiste a um

³⁵⁰ Seguindo, *mutatis mutandis*, uma linha próxima do *Bundesverfassungsgericht* (caso *Lüth*) o TEDH manifestou entendimento segundo o qual a CEDH é juridicamente relevante no contexto das relações entre particulares. A recepção a tese da eficácia horizontal de algumas das normas da CEDH deu-se sob a forma da tese dos deveres de protecção estatal. Mais desenvolvimentos, *infra*.

³⁵¹ Com já afloramos, cada uma das teses corresponde a diferentes visões acerca das relações entre a esfera jurídica pública e a privada assim como, em correlação, a concepções diversas sobre as funções do Estado e dos direitos fundamentais. Na primeira concepção está subjacente a concepção (liberal) de direitos fundamentais como direitos de defesa contra o Estado, bem como a divisão radical entre o direito público e privado com esferas de projecção applicativa distintas; o primeiro complexo normativo (no qual se inseria a Constituição) apenas se aplicaria a relações de natureza pública e o segundo apenas a relações regidas em moldes de autonomia privada com base no princípio da autodeterminação individual, espaço livre da intervenção do Estado. Cada um dos complexos normativos obedeceria a lógicas distintas, baseava-se em princípios próprios e era auto-suficiente na resposta a dar aos litígios emergentes no seu âmbito. Neste sentido, o particular lesado no contexto de uma relação horizontal buscaria e encontraria protecção, não na Constituição, mas no domínio do Direito privado. Já os defensores da segunda tese partem do pressuposto segundo o qual os direitos fundamentais detêm uma natureza normativa que perpassa e condiciona toda a ordem jurídica seja na sua vertente pública ou privada.

desequilíbrio entre as forças individuais em acção. A controvérsia que subsiste no seio da doutrina é quanto ao modo e aos termos segundo os quais essa eficácia opera³⁵².

1.3.1. A visão da dogmática constitucional germânica – a eficácia horizontal directa (*direkte Drittwirkung*) e a eficácia horizontal indirecta (*indirekte Drittwirkung*)

Admitida a eficácia horizontal, a dúvida está agora em saber se o particular lesado pode invocar directamente em sua defesa as normas de direitos fundamentais para fundamentar a sua pretensão no quadro de um litígio jurídico privado que o envolva (*eficácia horizontal directa*) ou, se para o efeito, se exige a invocação não só da norma constitucional ofendida, mas também do acto normativo ou do princípio geral de Direito privado através do qual o legislador ordinário modelou e regulou a relação jurídica privada (*eficácia horizontal indirecta*). Enquanto no primeiro dos casos, o Tribunal de Direito privado basearia a sua decisão directamente na norma constitucional violada, no segundo dos casos, o Tribunal aplicaria a legislação de Direito privado, interpretada à luz das normas de direitos fundamentais em causa. Neste último caso, e ao invés do primeiro, os direitos fundamentais projectar-se-iam indirectamente sobre a relação jurídica privada, dada a necessidade de uma intervenção de tipo legislativo para adquirirem protagonismo no caso concreto³⁵³.

Para esta querela contribuiu decisivamente o debate travado em particular nos meios académicos germânicos acerca da designada '*Drittwirkung*'³⁵⁴. O movimento em

³⁵² Neste sentido, Robert ALEXY, *A theory of constitutional...*, 2002, pp. 354-355. Para uma síntese do problema no Direito constitucional alemão e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, D. GRIMM, «Constitutional issues in Substantive Law» ..., In I. PERNICE et al, *The future of the European Judicial System...*2006, pp.277-281 e M. KUMM, «Who is afraid of the...», *GLJ*, 2006, pp. 341-369.

³⁵³ Em rigor trata-se de uma vinculação vertical uma vez que pressupõe a obrigação da parte do legislador no sentido de configurar a relação jurídica privada de modo a que os direitos fundamentais possam ser convocados para o caso concreto; vinculação directa relativamente ao Estado e vinculação indirecta relativamente ao particular.

³⁵⁴ '*Efeito imediato em relação a terceiros*' ou '*efeito externo*'. Sobre a inadequação do termo na actualidade, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1286, que reconhece que hoje a fórmula preferida é a de '*efeitos horizontais*' (*Horizontalwirkung*). Porém, a expressão '*efeito em relação a terceiros*' continua a ser a eleita pela doutrina de influência germânica. A AG V. TRSTENJAK

referência desenvolve-se num contexto de mudança relativamente à perspectiva das relações entre Direito público/Direito privado. Com base na ideia da designada ‘*eficácia de irradiação*’ dos direitos fundamentais sobre a totalidade da ordem jurídica (*Ausstrahlungswirkung*) surge o conhecido fenómeno da “*constitucionalização do Direito privado*”. Quanto a esta temática a decisão *Lüth*³⁵⁵ é emblemática e incontornável. No caso *Lüth* o *Bundesverfassungsgericht* decidiu que o direito à liberdade de expressão não vinculava directamente os particulares, mas caberia aos Tribunais nacionais conferir a esse direito plena efectividade o que por sua vez implicava o dever de interpretar o direito privado aplicável ao caso concreto à luz do direito fundamental contestado, ou seja, uma eficácia horizontal indirecta³⁵⁶. Desta forma se fez vingar na Alemanha a tese da eficácia horizontal indirecta, orientação que influenciou a visão quanto à matéria na maioria dos Estados-membros, reconhecendo em maior ou menor grau que as normas de direitos fundamentais atingem as relações entre particulares. Portanto, é hoje vulgarmente aceite em vários quadrantes que as relações entre particulares são afectadas, pelo menos indirectamente, pela interferência dos direitos fundamentais³⁵⁷⁻³⁵⁸.

nas Conclusões ao caso *Dominguez* opta pelo uso da expressão ‘*efeito em relação a terceiros*’. Ver também, no âmbito do princípio geral da não discriminação na UE, M. de MOL, «The novel approach...», cit., 2011.

³⁵⁵ *BVerfGE* 7, 198-207, de 15.01.1958. Ver a tradução para língua inglesa in www.iuscomp.org/gla/index.html.

³⁵⁶ Apreciando criticamente o caso *Lüth*, C.-W. CANARIS, *Direitos fundamentais...*, pp. 43-56.

³⁵⁷ As orientações quanto ao tema não são inteiramente coincidentes em todas as ordens jurídicas. No caso português, o artigo 18.º da CRP acolhe expressamente a eficácia horizontal das normas de direitos, liberdades e garantias. Para uma análise da temática com um enfoque particular no contexto da Constituição alemã, Johannes HAGER, «Fundamental rights in national (namely German) Contract Law», in Stefan GRUNDMANN, *Constitutional values...*, cit., 2008, pp. 22-34 e KRZEMINSKA-VAMVAKA, «Horizontal effect of fundamental rights...», cit., 2009, pp. 9-17. No Direito comparado, A. SEIFERT, «L’effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé», *RTDE*, 48, 4, 2013, pp. 801-826 e Arthur S. HARTKAMP, «Fundamental rights, fundamental freedoms and Contract Law», in S. GRUNDMANN, *Constitutional values...*, cit., 2008, pp. 97-105.

³⁵⁸ Ver com particular interesse a análise de Direito comparado apresentada pela AG V. TRSTENJAK nas Conclusões ao caso *Dominguez*, §80, nota 45.

r a síntese da doutrina na Alemanha apresentada por KRZEMINSKA-VAMVAKA, «Horizontal effect of fundamental rights...», cit., 2009, pp. 9-17.

1.3.2. A teoria dos deveres de protecção estatal perante particulares – ‘obrigações positivas do Estado’ (*Schutzpflicht*)

Apesar do revivalismo notório quanto às teses germânicas da ‘*Drittwirkung*’, uma visão alternativa se tem manifestado no que refere à sujeição dos particulares aos direitos fundamentais³⁵⁹. Referimo-nos ao entendimento segundo o qual os preceitos de direitos fundamentais imporiam aos poderes públicos estatais, máxime, ao legislador e aos Tribunais, deveres de protecção contra todas as ameaças, incluindo as que provenham de actos de particulares. Nesta medida, usando as palavras de VIERIA DE ANDRADE, «(...) a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais não se limitaria ao cumprimento do dever principal respectivo (...), antes implicaria o dever de promoção e *de protecção* dos direitos perante quaisquer ameaças, afim de assegurar a sua efectividade»³⁶⁰. Por um lado, a vinculação estatal ficaria qualitativamente amplificada pela formulação de específicos deveres estatais de protecção perante terceiros e, por outro lado, o dever dos particulares respeitarem os direitos fundamentais seria uma consequência directa e imediata decorrente da actuação do poder estatal no cumprimento das normas de direitos fundamentais³⁶¹.

A vinculação dos particulares encontra-se dependente da observância de um dever de tutela imposto aos entes estatais pela norma de direito fundamental. No caso de não cumprimento, o particular lesado pode reclamar judicialmente da conduta do órgão estatal directamente vinculado a quem por omissão ou acção a violação é imputada. Caso contrário, o particular encontrar-se-á vinculado ao acto estatal de protecção

³⁵⁹ Designado por *Schutzpflicht* no contexto da teoria jurídica germânica. Ver C.-W. CANARIS, *Direitos fundamentais...*, pp. 56 e ss. O Tribunal Constitucional Federal Alemão desenvolveu o conceito de deveres de protecção estatal e.g. nos casos *Bürgerschaftsvertäge* (decisão de 19-19-1089, *BVerfGE* 89, 214 (domínio das garantias) e *Handelsvertreter* (decisão de 07-02-1990, *BVerfGE* 81, 242 (relação de agência comercial). Comentando o caso *Handelsvertreter* e para uma panorâmica geral da evolução do problema da eficácia horizontal na dogmática germânica, O. CHEREDNYCHENCO, *EU fundamental rights...*, *ERPvLaw*, 2006, pp. 27 ss.

³⁶⁰ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., p.138.

³⁶¹ Numa lógica equivalente, nos EUA impera a designada ‘*State Action Doctrine*’ que condiciona a aplicabilidade dos direitos fundamentais à presença de uma medida estatal. Ver J. M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 463 e J. J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1290.

(interpretado à luz da norma de direitos fundamentais) que é susceptível de invocação judicial por parte de outro particular eventualmente lesado.

Neste entrecho, a teoria dos deveres de protecção estatal perante particulares apresenta a vantagem de permitir, de certo modo, ultrapassar o problema da projecção dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas ser directa ou indirecta; com efeito, esta dualidade – com uma inclinação visível para as teses da aplicabilidade indirecta – esbate-se perdendo a sua expressão. Ainda assim, apresentar a teoria dos deveres de protecção estatal perante particulares como alternativa mais adequada não implicou a invalidade da teoria da eficácia indirecta das normas de direitos fundamentais. Ambas as leituras subsistem e o debate reside em saber qual das duas tendências apresenta a melhor solução para o problema.

Note-se, porém, que quando questionada acerca da real importância do problema teórico cujos contornos delineamos com brevidade, alguns autores têm manifestado reservas no que se refere à oscilação entre a construção da eficácia horizontal indirecta e a da teoria das obrigações positivas do Estado; por um lado, porque os resultados práticos a que cada uma das doutrinas conduz são tendencialmente muito próximos, por outro lado, porque qualquer que seja o sentido qualquer das teses demonstra flexibilidade suficiente para alcançar respostas concretas justas e ponderadas³⁶². Assim, independentemente do discurso argumentativo adoptado, essencial é assegurar com equilíbrio e justiça que nenhum particular possa ofender os direitos fundamentais de outros particulares sem que o sistema assegure mecanismos adequados de protecção.

1.4. A problemática da eficácia horizontal no Direito da UE em geral

A questão da eficácia horizontal das normas jurídicas da UE não é um tema novo nem inesperado. Pelo contrário, trata-se antes de uma questão natural no quadro de um complexo normativo autónomo que se projecta transversalmente sobre as ordens jurídicas estatais nas suas dimensões públicas e privadas.

O TJ pronunciou-se sobre a questão admitindo positivamente a aplicação *directa* de certas normas de Direito primário a relações jurídico-materiais de natureza privada com dimensão comunitária, ou seja, abrangidas pelo âmbito de aplicação do Direito da União. Fundamentalmente estão em causa medidas adoptadas por particulares no

³⁶² Sobre o reduzido impacto da polémica, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., pp. 239, 246.

domínio das relações laborais e da prestação de serviços – áreas nevrálgicas do mercado comum – e a aplicação correspondente das normas que consagram as liberdades de circulação³⁶³. Note-se que estão em causa normas dotadas de força normativa superior num sentido análogo ao das normas constitucionais nacionais, para lá da circunstância de delas derivar para os particulares posições jurídicas garantidas. Daí, a doutrina ter levado para o plano das normas dos Tratados a mesma estrutura argumentativa desenvolvida sobretudo no meio académico germânico³⁶⁴.

Embora a aplicação das normas comunitárias relativamente a medidas adoptadas por particulares no âmbito da sua esfera de autonomia privada seja, *prima facie*, reconhecida, o entendimento jurisprudencial firmado quanto a esta matéria tem conduzido a soluções diferenciadas em função do tipo e da natureza da norma em referência. Não há uma resposta uniforme na jurisprudência. O efeito horizontal é reconhecido apenas relativamente a algumas normas e de acordo com requisitos e fundamentos que podem variar.

O que procuramos perceber é se o exercício de transposição teórica do tema da eficácia horizontal praticado e os resultados relativamente a determinadas normas dos Tratados pode ser reproduzido no contexto das normas de direitos fundamentais, em especial, da CDF³⁶⁵. O mesmo equivale a afirmar que nos cabe avaliar se é plausível concluir, tal-qualmente o TJ quanto a certas normas dos Tratados, pela eficácia horizontal *directa* das normas de direitos fundamentais.

³⁶³ Acresce a disposição do artigo 157.º TFUE.

³⁶⁴ Ver, por exemplo, C.-W. CANARIS, *Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten*, in BAUER et al. (orgs), in *Umwelt, Wirtschaft und Recht, Festschrift für Reiner Schmidt*, 2002, pp. 30-67 que analisou as relações entre as liberdades fundamentais da UE e o Direito privado em moldes idênticos aos usados pelo A. para a questão dos direitos fundamentais.

³⁶⁵ No âmbito da acção jurisdicional da UE a referência mais remota que encontramos a esta temática encontra-se nas Conclusões do AG GULMANN, no caso *Bostock*, C-2/92, §39, nos seguintes termos: « se os princípios aplicáveis na ordem jurídica comunitária para a protecção dos direitos fundamentais não podem ser invocados como dando origem a uma obrigação das autoridades dos Estados-membros, muito menos podem ser invocados como fundamentando obrigações nos processos entre rendeiros e proprietários. Por isso não é necessário tomar posição sobre a *questão, aliás de grande importância e algo difícil, de saber se os princípios do direito comunitário relativos à protecção dos direitos fundamentais podem eventualmente ser invocados como criando obrigações nos litígios entre particulares e não apenas nos litígios entre particulares e as autoridades que são as principais destinatárias dos direitos fundamentais*» (o destaque é nosso).

Na ausência de uma posição legislativa ou jurisprudencial clara e inequívoca relativamente à questão de saber em que termos as normas de direitos fundamentais da UE vinculam os particulares, para a obtenção de uma resposta adequada parece-nos útil perscrutar o entendimento manifestado pelo TJ relativamente à eficácia horizontal de algumas normas do Direito primário da UE. Afinal, por um lado, a CDF partilha da mesma superioridade normativa dos Tratados, e por outro lado, as normas que temos no horizonte – cuja eficácia horizontal *directa* foi pontualmente comprovada – são normas dos Tratados que revelam elementos de identificação e proximidade com os direitos fundamentais. O propósito é elaborar um conceito acerca da eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais que salvguarde a necessária coerência e uniformidade do Direito da UE primário.

Previamente dar-se-á alguma atenção a questões cariz terminológico atendendo ao facto da figura da ‘*eficácia horizontal*’ ser usado na perspectiva da UE com sentidos distintos.

1.4.1. *O conceito de eficácia normativa no Direito da UE – um significado não unívoco*

Tendo em conta as especificidades da UE e das relações estabelecidas entre esta e os Estados-membros impõe-se antes de mais fazer algumas precisões e estabelecer afinidades do ponto de vista terminológico quanto à forma como a matéria da eficácia das normas Direito da UE tem sido tratada. Embora no nosso contexto se peça emprestado o conceito de eficácia normativa tal como utilizado no quadro estatal, verifica-se algumas variações que pautam acepções sensivelmente diferentes do nosso problema e que é necessário considerar de modo a evitar ambiguidades³⁶⁶.

Em certo sentido, o conceito de eficácia normativa das normas de Direito da UE surge antes de mais como um corolário do primado do Direito da UE (*Van Gend en Loos*). Este é normalmente o sentido a que associamos a expressão no plano do Direito da UE. Segundo esta acepção, uma norma tem efeito directo quando passa a integrar a ordem jurídica de um Estado-membro em termos que a tornam apta a regular prioritariamente relações jurídico-materiais que caíam no seu âmbito de aplicação. Nessa medida e enquanto tal, pode constituir fundamento de decisões judiciais, sempre

³⁶⁶ Para desenvolvimento acerca da confusão terminológica neste domínio ver M. L. DUARTE, *UE e os direitos fundamentais...*, cit., pp. 296-308.

que aplicada para dirimir uma disputa judicial. Caso o litígio oponha particulares e convoque uma disposição da UE que impõe obrigações a particulares, o efeito directo diz-se horizontal. É este o sentido usado a propósito das directivas cujas normas, segundo a jurisprudência do TJ, gozam apenas de eficácia directa vertical, ou seja, não criam por si só obrigações para os particulares pelo que apenas podem ser por estes eventualmente invocadas em juízo contra entidades públicas – efeito directo vertical³⁶⁷-³⁶⁸.

No que toca especificamente às normas da CDF, a natureza jurídica vinculativa atestada pelo art. 6.º 1 TUE assegura-lhes a qualidade de Direito primário da UE com as consequências que daí advêm no plano das ordens jurídicas nacionais. Portanto e em consonância com a formulação usada no acórdão *Van Gend en Loos*, as normas da CDF gozam em geral de efeito directo nos mesmos termos e condições que as normas dos Tratados³⁶⁹.

³⁶⁷ Revelando que a questão do efeito directo neste domínio é uma temática autónoma da dos direitos fundamentais, L. PECH, «Between judicial minimalism...», cit., p. 1875. Ver ainda, G. de BÚRCA, *EU Law*, cit., pp. 180-189.

³⁶⁸ Em geral, as directivas gozam de efeito directo vertical, mas não horizontal, i.e., os direitos contidos nas mesmas não podem ser invocados contra particulares, mas apenas contra o Estado. Assim, no caso de incorrecta ou falta de transposição da directiva, não é possível a sua aplicação horizontal. Sobre o efeito directo horizontal das directivas ver e.g., acórdão TJ, 10-04-1984, C-14/83, *Sabine* acórdão TJ, 26-02-1986, *Marshall*, 152/84, § 48, 49, 52; acórdão TJ, 07-01-2004, *Wells*, C-201/02 e acórdão TJ, 23-09-2008, *Bartsch* C-427/06. Manifestando-se criticamente quanto à limitação em matéria de eficácia das directivas, o AG C. O. LENZ, nas Conclusões apresentadas a 09-02-1994, no caso *Dori*, C-91/92.

³⁶⁹ Quanto às condições para o reconhecimento de efeito directo a um preceito da UE e sua evolução na jurisprudência da UE ver G. de BÚRCA, *EU Law*, cit., pp. 186. O acórdão *Van Gend en Loos* identificou tais condições – posteriormente atenuadas – do seguinte modo: «(...) o art.º 12.º enuncia uma proibição clara e incondicional que é uma obrigação não de fazer, mas de não fazer; Que esta obrigação não é além disso acompanhada de qualquer reserva dos Estados que subordine a sua aplicação a um acto positivo de direito interno; Que esta proibição se presta perfeitamente, pela sua própria natureza, a produzir efeitos directos nas relações jurídicas entre os Estados-membros e os seus cidadãos; Atendendo a que a execução do artigo 12.º não precisa da intervenção legislativa dos Estados; (...) [o] artigo 12.º deve ser interpretado no sentido de que produz efeitos imediatos e cria direitos individuais que as jurisdições internas devem salvaguardar.» (§10-19 da fundamentação). Portanto, nem sempre uma norma de direito primário da UE reveste as características necessárias para se tornarem exequíveis. Segundo M. L. DUARTE, *UE e direitos fundamentais...*, cit., p. 366, no que se refere aos direitos fundamentais a norma deve definir com «suficiente clareza o espaço de protecção do direito»; se assim não suceder «a sua relevância como fonte directa de obrigações para os particulares fica dependente da

Porém, o que em rigor pretendemos é convocar a problemática jurisdicional da aplicabilidade normativa e da fundamentação das decisões judiciais e não tanto a temática cruzada e paralela da vigência e da eficácia das normas da UE no ordenamento jurídico estatal e consequente disponibilidade para invocação em juízo. Não obstante a relevância e a proximidade com o tema do efeito directo *supra* mencionado, este não é o sentido que apontamos nas nossas presentes reflexões. No plano específico das normas de direitos fundamentais da UE interessa-nos antes, com ajustamentos, o sentido usado no plano constitucional e da CEDH e que conduziu à contraposição entre o conceito de *eficácia horizontal directa* e o conceito de *eficácia horizontal indirecta*, bem como ao desenvolvimento da tese dos deveres de protecção estatal relativamente aos particulares.

No que toca à dualidade *eficácia horizontal directa* e *eficácia horizontal indirecta*, no primeiro dos casos inserem-se as situações de actuação privada – situadas no âmbito de aplicação do Direito da UE – em que a norma de direito fundamental da UE invocada constitui *per se* fundamento de invalidade do acto privado, inexistindo regulamentação nacional a regular a actuação do particular. Já no quadro do conceito de *eficácia horizontal indirecta* situam-se os casos de actuação privada em que a relevância da norma de direito fundamental é meramente interpretativa ou complementar da norma nacional que constitui fundamento principal da decisão judicial, ou então, constitui fundamento para o afastamento do Direito nacional incompatível. Neste sentido, a norma da UE desempenha um papel fundamental ou porque determina o sentido interpretativo do Direito nacional aplicável, ou então, porque fundamenta a decisão judicial de desconformidade do Direito nacional com o DUE. A relação jurídica no âmbito da qual a medida privada é contestada é fatalmente afectada ainda que obliquamente.

Na primeira das situações pode afirmar-se correctamente que a norma beneficia de um «efeito horizontal puro», ao passo que na segunda beneficia de um «efeito horizontal incidental»³⁷⁰. Note-se, porém, que em ambas as situações horizontais mencionadas o resultado repercute-se inevitavelmente na relação jurídica privada, ainda

observância pelos órgãos comunitários e pelos Estados-membros de um dever positivo de protecção dos direitos fundamentais»; segundo a A., uma «intervenção de tipo legislativo».

³⁷⁰ Registamos a preferência de E. SPAVENTA (...) que a propósito da temática concreta contrapõe as expressões: «efeito horizontal incidental» (equivalente a eficácia horizontal indirecta) e «efeito horizontal puro» (equivalente a eficácia horizontal directa).

que apenas com uma ressonância mediata como sucede nos casos de eficácia horizontal indirecta.

Contudo, no contexto académico esta matéria nem sempre tem merecido as mesmas opções de abordagem quanto ao tema. Há quem coloque o enfoque no conceito de ‘efeito directo horizontal’ que por sua vez se desdobraria em ‘efeito directo horizontal de substituição’ ou ‘efeito directo horizontal de exclusão’. É o que se verifica com M. de MOL que reserva a expressão ‘efeito indirecto horizontal’ para os casos em que a normas Direito da UE tem uma função meramente interpretativa relativamente ao Direito nacional aplicável e a expressão ‘efeito directo horizontal’ relativamente aos outros casos nos quais o Direito da UE poderia permutar o direito nacional (*efeito directo horizontal de substituição*) ou afastar o direito nacional desconforme (*efeito directo horizontal de exclusão*)³⁷¹.

É compreensível que as variações nocionais nesta área em concreto prejudiquem o entendimento do problema, mas convém ter a consciência que na base da dissonância está muitas vezes a diversidade de critérios subjacentes ao conceito de eficácia horizontal. Uma vez é adoptado o critério do impacto do Direito da UE sobre o Direito nacional³⁷² e noutras o critério do impacto que o Direito da UE tem relativamente à relação jurídica de Direito privado propriamente dita. Este é um dos aspectos que contribui para a apresentação de visões distintas aparentemente antagónicas³⁷³.

Quanto à doutrina das *obrigações positivas do Estado*, desenvolvida no domínio da CEDH, a sua recepção no plano dos direitos fundamentais da UE constitui uma proposta oriunda sobretudo da parte de alguns AG.

No que toca especificamente à questão da eficácia das normas comunitárias de direitos fundamentais, com a consciência de que os conceitos constituem categorias instrumentais para uma melhor análise e compreensão dos problemas, é nossa opção

³⁷¹ M. de MOL, «The novel approach...», *MJ*, 18, 1-2, 2011, pp. 109-135. Equivale às duas realidades que envolvemos no conceito de eficácia horizontal indirecta na nossa aceção.

³⁷² Caso de M. de MOL, «The novel approach...», cit. Segundo PECH «Judicial minimalism...», 2012, p. 1854, nota 46, é neste sentido que surge a distinção entre efeito horizontal de substituição e de exclusão e ainda o efeito horizontal indirecto.

³⁷³ Considerar também M. CLAES in Dorota LECZYKIEWICZ et al. (eds), *The involvement of EU Law in Private Law relationships*, Hart, 2013, pp. 41, nt 41 que destaca as diferenças de abordagem entre académicos publicistas e privatísticos; e HESSELINK..., idem, pp. 131.

usar os quadros conceptuais mobilizados para o tratamento da temática no plano das constituições nacionais e no plano das normas da CEDH. Repetimos, no entanto, a necessidade se atender à circunstancia de tais quadros conceptuais deverão ser transpostos *mutatis mutandis*³⁷⁴, pois, contrariamente ao que se passa com a realidade estatal, no âmbito da UE é necessário introduzir na equação o facto de se estar perante relações inter-ordenamentais³⁷⁵.

A perspectiva de análise que escolhemos apoia-se basicamente em duas razões. Por um lado, apesar do TJ não se ter comprometido com a expressão ‘eficácia horizontal’, a doutrina tem explorado a questão em relação a certas normas dos Tratados com recurso à expressão ‘*eficácia directa horizontal*’ e de acordo com uma metodologia equivalente à usada na aplicação das normas constitucionais à conduta de actores privados³⁷⁶. Sendo assim e tendo em mente as afinidades que aproximam as duas categorias não vemos argumentos para não adoptar no contexto dos direitos fundamentais a mesma abordagem. Por outro lado, foi essa a orientação conceptual e analítica utilizada pela AG V. TRSTENJAK no caso *Dominguez*³⁷⁷. Com efeito, a AG usou o conceito de efeito directo em sentido restrito, deslocando claramente para o plano dos direitos fundamentais a teoria clássica de origem germânica, designada por *Drittwirkung*³⁷⁸.

Alertamos, todavia, para o que enfatizamos previamente; porque estarmos no plano supranacional e porque com recorrência a concomitância de conceitos

³⁷⁴ C. MAK, ..., p. 9.

³⁷⁵ Ao passo que no contexto estatal subjacente à questão está um dado conceito acerca das relações entre dois ramos de Direito – o Direito constitucional e o Direito privado – pertencentes à mesma ordem jurídica, o mesmo não se passa no contexto da EU; é, por isso, inevitável trazer à consideração a complexa questão das relações entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas nacionais, em particular, a concepção vidente acerca do âmbito do primado do Direito da UE.

³⁷⁶ C. KREEN, «A missing piece...», *CMLR*, 49, 177, nota 6. O A. usa a expressão ‘*eficácia horizontal directa*’ para se referir aos casos de aplicação directa das normas dos Tratados (e.g. liberdades fundamentais).

³⁷⁷ Conclusões, §80. Ver em especial a distinção da nota 45, a análise de Direito comparado que apresenta e as considerações acerca dos deveres de protecção.

³⁷⁸ Em sentido oposto, E. ENGLE, «Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)», *HanseLR*, vol. 5, 2, 2009, p. 173, para que o conceito de eficácia perante terceiros é inadequado à realidade da UE por ser um conceito ambíguo e doutrinariamente contestado.

substancialmente diversos pode surgir na análise, inclusive na jurisprudência do TJ, não podemos esquecer que, numa perspectiva mais ampla, a noção de efeito directo horizontal surge frequentemente para ilustrar problemáticas típicas de ordens jurídicas integradas, mas diversas das da eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais de que nos ocupamos³⁷⁹.

1.4.2. *A eficácia horizontal das normas dos Tratados – o caso das liberdades fundamentais*

Em geral, as normas que consagram as liberdades de circulação dirigem-se não apenas aos Estados a cuja observância se impõe, mas também aos particulares; por um lado, modelando a sua conduta e, por outro, atribuindo posições jurídicas subjectivas susceptíveis de ser invocadas em juízo contra outros particulares, ou seja, em situações horizontais controvertidas³⁸⁰.

Como refere o TJ no acórdão *Walrave*, «[e]fectivamente, a abolição dos obstáculos à livre circulação de pessoas e à livre prestação de serviços entre os Estados-membros, objectivos fundamentais da Comunidade enunciados no artigo 3.º, alínea c), do Tratado, seria comprometida se a abolição das barreiras de origem estatal pudesse ser neutralizada por obstáculos resultantes do exercício da sua autonomia jurídica por associações ou organismos de direito privado» (§18)³⁸¹.

³⁷⁹ É nesta medida que o conceito de efeito directo horizontal das normas de direitos fundamentais pode aparecer nos trabalhos académicos em simultaneidade com o conceito da aplicabilidade directa das normas da EU, sempre que em causa esteja a regulação dos termos da vigência e a eficácia das normas da EU, em geral, no ordenamento jurídico estatal.

³⁸⁰ Para uma síntese e ponto da situação relativamente ao impacto das liberdades fundamentais na esfera de acção dos particulares, S. LEIBLE, «Fundamental freedoms and European Contract Law», in Stefan GRUNDMANN, *Constitutional values...*, cit., 2008, pp.63-84; S. WEATHERILL, «The elusive character of private autonomy in EU Law», in Dorota LECZYKIEWICZ, et al. (eds), *The involvement of EU Law in Private Law relationships*, Oxford, Hart, 2013, pp. 10-13; A. S. HARTKAMP, «Fundamental rights, fundamental freedoms and Contract Law», in S. GRUNDMANN, *Constitutional values...*, cit., 2008, pp. 88-96; H. SCHEPEL, «Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law», 2012, 18 *ELJ*, pp. 187 e T. KINGREEN, «Fundamental Freedoms», in BOGDANDY, *Principles...*, cit., pp. 545.

³⁸¹ Por outro lado, «(...) sendo as condições de trabalho nos diversos Estados-membros regidas tanto por via de disposições de carácter legislativo ou regulamentar como por convenções ou outros actos

Todavia, não há um regime homogéneo quanto à questão da eficácia horizontal *directa* das normas consagradoras das liberdades fundamentais da UE. Primeiro, porque nem todas as liberdades fundamentais beneficiam desse reconhecimento, segundo, porque apenas certos actos privados restritivos das liberdades fundamentais suscitam a aplicação *directa* das normas em questão. Com efeito, apenas foi reconhecida a eficácia horizontal *directa* da liberdade de circulação de pessoas – trabalhadores e prestadores de serviços³⁸² – e da liberdade de estabelecimento³⁸³. Quanto à livre circulação de mercadorias até recentemente o TJ não deixava dúvidas quanto ao facto desta não se aplicar directamente a actos restritivos de particulares³⁸⁴. Contudo, o recente caso *Fra.bo*³⁸⁵ tem sido interpretado por uma parte da academia no sentido proceder ao alargamento da eficácia *directa* horizontal à liberdade de circulação de mercadorias³⁸⁶. Quanto à livre circulação de capitais a questão continua mal definida.

celebrados ou adoptados por pessoas privadas, limitar a proibição em causa aos actos das autoridades públicas acarretaria o risco de criar desigualdades quanto à sua aplicação», (§19).

³⁸² Caso *Walrave e Laval*, *cit.* §98.

³⁸³ Caso *Viking* que envolve uma acção colectiva de organização sindical.

³⁸⁴ Sobre a justificação da distinção de tratamento entre as liberdades fundamentais, KRENN, «...», *CMLR*, 2012, pp. O A. defende a tese segundo a qual não há razões que justifiquem o não reconhecimento da eficácia horizontal *directa* à livre circulação de mercadorias. Ver a sua proposta pp. 197 ss. Já KRZEMINSKA-VAMVAKA, «Horizontal effect of fundamental rights...», *cit.*, 2009, pp. 29 crê que a exclusão se deve à convicção de que as restrições à livre circulação de mercadorias apenas podem advir da acção do Estado. Nos casos *Comissão vs França*, *cit.*, e *Schmidberger*, *cit.*, o TJ imputou ao Estado a conduta dos particulares, restritiva da livre circulação de mercadorias. Já nos acórdãos do TJ, 24-11-1982, *Comissão/Irlanda*, 249/81; 13-12-1983, *Apple and Pear Development Council*, 222/82; 05-11-2002, *Comissão/Alemanha*, C-325/00, a estratégia foi equiparar ao Estado as organizações privadas de promoção do consumo de bens nacionais envolvidas, considerando a sua base, estrutura e controlo. Em todos os casos foi possível ao TJ estabelecer uma conexão ao Estado.

³⁸⁵ *Cit.*

³⁸⁶ O caso diz respeito à conduta de uma associação de direito privado com poderes normativos para definir *standards* técnicos e certificar produtos usados no sector de abastecimento de água para consumo. Temos dúvidas quanto à correcção da leitura que vê na decisão uma mudança de perspectiva relativamente à eficácia de liberdade de circulação de mercadorias. Mais se afigura um caso de eficácia vertical por via da equiparação da associação privada em presença a uma entidade pública. O acórdão não é límpido neste aspecto, mas na verdade estamos em presença de uma associação privada com poderes regulamentares tipicamente públicos, de índole técnica (não laboral) e com estatuto de Direito quase-público semelhante ao que observamos nos casos em que TJ alargou o conceito de Estado-membro ao equiparar entidades privadas a entidades públicas. Se assim for, a associação de Direito privado em

Por outro lado, a declaração da eficácia *directa* horizontal das liberdades fundamentais cinge-se aos casos de regulamentações colectivas privadas adoptadas por particulares no âmbito das relações laborais ou de prestação de serviços. O exposto não significa que o TJ não tenha aplicado as normas dos Tratados a actos privados de outro tipo. De facto, constatou a pertinência da aplicação de normas dos Tratados a outras medidas adoptadas por entidades privadas no âmbito da sua esfera de liberdade individual³⁸⁷. Trata-se de outras medidas de entidades privadas que, caindo no âmbito de aplicação dos Tratados, se traduzem numa restrição que não obstante perpetrada por um particular afecta o exercício efectivo dos direitos de liberdade de circulação de outro particular. Contudo, para o efeito, o TJ adoptou um discurso argumentativo diverso e que não passou pelo reconhecimento da eficácia *directa* horizontal das normas. O procedimento aplicativo e a fundamentação das decisões do TJ permite-nos detectar fundamentalmente quatro vias que asseguram a projecção das liberdades fundamentais sobre a actuação privada (incluindo os casos de afirmação da eficácia *directa* horizontal)³⁸⁸.

a) Reconhecimento do efeito directo horizontal contra terceiros das liberdades fundamentais relativamente a actividades de regulamentação laboral

No caso *Walrave and Koch*³⁸⁹ há uma sujeição efectiva de entidades privadas no domínio relações jurídicas laborais e de prestação de serviços quando em causa estão

questão não é uma entidade privada ‘*tout court*’, pelo que não é possível falar-se de eficácia horizontal em relação a terceiros.

³⁸⁷ Entre elas contam-se acções levadas a cabo por organizações de profissionais liberais, empresas privadas, associações de regulamentação colectiva, entidades patronais privadas (incluindo os contactos pré-contratuais) ou até mesmo comportamentos de facto que constituem formas (legítimas ou não) de expressão dos particulares no espaço público.

³⁸⁸ Quanto às possíveis razões para o TJ dispensar um diferente tratamento teórico das situações, T. KINGREEN, «Fundamental Freedoms», in BOGDANDY (ed.), *Principles of European Constitutional Law*, pp. 545 ss.

³⁸⁹ *Walrave and Koch vs Union Cycliste Internationale*, 12-12-1974, proc. 36/74, 1974. Segundo o TJ, as proibições contidas nos artigos 7.º, 48.º e 59.º (respectivamente, os actuais artigos 18.º, 45.º e 56.º TFUE) aplicam-se não só às restrições que tenham origem em actos de autoridades públicas, mas também às resultantes de actos jurídicos praticados por pessoas ou associações de direito privado. Como refere o TJ, «[a] proibição desta discriminação impõe-se não apenas à actuação das autoridades públicas, mas abrange também as regulamentações de outra natureza, destinadas a disciplinar, de forma colectiva, o

actividades privadas de regulamentação colectiva. Inserem-se aqui os casos que envolvem organizações de regulamentação colectiva privada como é o caso das federações desportivas ou organizações sindicais na de elaboração de convenções colectivas ou de «outros actos celebrados ou adoptados por pessoas privadas»³⁹⁰⁻³⁹¹.

*b) Valorização autónoma do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade no âmbito do regime da livre circulação de trabalhadores*³⁹²

Casos que não envolvendo uma regulamentação colectiva privada se inserem no âmbito das relações jurídicas contratuais de tipo laboral. A actuação privada nesta esfera encontra-se *imediatamente* condicionada pelo preceito jurídico que assegura a liberdade de circulação de trabalhadores – uma vez situado o caso no âmbito de aplicação da norma³⁹³.

c) Alargamento do conceito de entidade pública estatal

trabalho assalariado e as prestações de serviços.» (§17). Ver também acórdão TJ, 03-10-2000, *Ferlini*, C-411/98, §50 e acórdão TJ, 27-10-2009, *ČEZ*, C-115/08 (este último, no âmbito de aplicação do Tratado CEEA).

³⁹⁰ *Walrave*, cit., §19. Ver na categoria de *outros actos*, as acções colectivas de organizações sindicais, *Laval*, §86 ss.; com visão análoga, o AG §159.

³⁹¹ Ver também casos *Bosman*, cit. e *Viking*, §58.

³⁹² Podemos acrescentar aqui o princípio da não discriminação no trabalho entre trabalhadores masculinos e femininos em matéria de remunerações, previsto no actual art. 157.º TFEU. O acórdão TJ, 08-04-1976, *Defrenne/SABENA*, 43/75, §39, confirmou a aplicabilidade directa e incondicional do preceito a todos os tipos de discriminações remuneratórias (privadas ou públicas) não justificadas que caíam no âmbito de aplicação da norma, fundamentando com o facto da discriminação em causa no local de trabalho prejudicar a realização do mercado comum.

³⁹³ Ver Acórdão TJ, 06-06-2000, *Angonese*, C-281/98 («Nestas circunstâncias, há que considerar que a proibição da discriminação em razão da nacionalidade, enunciada no artigo 48.º do Tratado, se aplica igualmente às pessoas privadas», §36); e Acórdão TJ, 17-07-2008, *Reccanelli*, C-94/07 («Assim, o Tribunal de Justiça concluiu, no que diz respeito ao artigo 39.º CE, que enuncia uma liberdade fundamental e que constitui uma aplicação específica da proibição geral de discriminação constante do artigo 12.º CE, que a proibição da discriminação se impõe igualmente a todas as convenções destinadas a regular de modo colectivo o trabalho assalariado, bem como aos contratos entre particulares (v. acórdãos de 8 de Abril de 1976, *Defrenne*, 43/75, *Colect.*, p. 193, n.º 39, bem como *Angonese*, já referido, n.ºs 34 e 35)» (§45). «Há, pois, que considerar que a proibição de discriminação em razão da nacionalidade, enunciada no artigo 39.º CE, se aplica igualmente às associações de direito privado como a MPG.», §46).

Nestes casos, a entidade vinculada é uma entidade privada que o TJ considera equiparada ao Estado pelo que a norma goza de uma eficácia vertical³⁹⁴.

d) Construção da tese dos deveres de protecção estatal

A regra firmada nos casos *Comissão/França* e *Schmidberger* é a de que, em princípio, das normas de liberdades fundamentais derivam para as entidades estatais deveres de protecção dos particulares. Portanto, as suas normas vinculam os particulares apenas indirectamente, pois a conduta privada lesiva das liberdades fundamentais é imputada ao Estado-membro que não adoptou as medidas necessárias para impedir ou minimizar a acção daqueles. Também aqui a vinculação em primeira linha é do Estado-membro, ou seja, a norma goza de uma eficácia vertical³⁹⁵⁻³⁹⁶.

Em suma, nas situações identificadas parece estar em comum o facto de o TJ, do ponto de vista funcional, fazer sobressair elementos que de algum modo permite associar à acção privada uma tonalidade pública. Ou porque a regulamentação em apreciação, embora de autoria privada, cumpre uma função normativa, no sentido de definir regras disciplinadoras do comportamento num dado sector de actividade em moldes de generalidade e abstracção equiparáveis à norma jurídica propriamente dita; ou porque as entidades privadas no âmbito das relações laborais ofendem o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, princípio estruturante da UE; ou porque as entidades privadas em causa se encontram no exercício de poderes públicos ao abrigo de uma autorização estatal; ou, finalmente, porque não exercendo poderes públicos se encontram sob a alçada do Estado a quem compete assegurar o respeito pela ordem pública. Portanto, na prática, as soluções desenhadas conduzem o TJ a proferir uma decisão equivalente à que aplicaria aos actos estatais.

³⁹⁴ Ver e.g. caso *Comissão vs Alemanha*, C-325/00, §14ss.

³⁹⁵ Ver casos *Comissão vs França*, cit. e *Schmidberger*, cit..

³⁹⁶ Ver o parecer de Thorsten KINGREEN, «Fundamental freedoms», in BOGDANDY (ed.), *Principles...*, cit., p. 548, que mostra uma maior simpatia pelo conceito dos deveres de protecção, porque (1) ao colocar nas mãos do Estado a função de proteger o particular, respeita as suas competências evitando a intrusão do Direito da UE nos sistemas de direito privado nacional; (2) é consentâneo com o conceito e função primordial das liberdades fundamentais e (3) evita as inconsistências processuais decorrentes da configuração do art. 226.º que coloca no seu âmbito apenas violações ao Tratado por parte de órgãos do Estado.

2. A vinculação dos particulares às normas de direitos fundamentais da UE

Verificamos que o tema da aplicação directa ou indirecta das normas jurídicas a actos privados não é um tema estranho no contexto do Direito da UE. Portanto, atento o actual estatuto da CDF, cabe averiguar agora da admissibilidade da vinculação dos particulares às suas normas de direitos fundamentais. Em síntese, importa saber se as normas de direitos fundamentais da UE vinculam os particulares em moldes que condicionem a sua liberdade de actuação.

Começaremos por avaliar se a CDF e a jurisprudência pertinente acomodam ou não a tese segundo a qual as normas de direitos fundamentais podem ser invocadas *directamente* para aferir a actuação dos particulares. Em caso de resposta negativa, indagaremos da possibilidade de identificação de um modelo teórico concreto de aplicação dos direitos fundamentais à actividade privada. A questão é saber em que medida e segundo que condições as entidades privadas se encontram vinculadas às normas que consagram direitos fundamentais, designadamente, no quadro de situações factuais geradoras de responsabilidade civil ou no quadro do exercício das faculdades intrínsecas ao direito de propriedade.

Depois de caracterizado o cenário neste plano, o passo seguinte será definir qual o formato das situações puramente horizontais que caem no âmbito de aplicação do Direito da UE para efeito de aplicação dos direitos fundamentais e saber se o discurso e a metodologia adoptada são equiparáveis ao usado nas situações de vinculação vertical. Em resumo, quando é que um acto privado constitui uma medida de aplicação do Direito da UE nos termos do art. 51.º 1 CDF. Questão fundamental que, como já avaliámos, antecede qualquer exercício aplicativo das normas de Direito da UE.

2.1. A questão da eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais à luz do artigo 51.º 1 CDF

Desde a entrada em vigor da CDF que o tópico que ora versamos tem sido objecto de um notório e crescente interesse da parte dos académicos. Mas, nunca foi um tema estranho à doutrina; já antes de 2009, B. de WITTE se pronunciava sobre a

questão defendendo que os direitos fundamentais comunitários não vinculavam *directamente* os particulares; primeiro, por serem protegidos na qualidade de princípios gerais não escritos e, segundo, pelo facto de a maior parte dos Estados-membros não reconhecerem expressamente a eficácia horizontal *directa* dos seus direitos constitucionais³⁹⁷.

Contudo, com a atribuição de força vinculativa à CDF os contornos da problemática alteraram-se e a controvérsia recrudescer com a doutrina a dividir-se relativamente à questão de saber se os particulares fazem ou não parte do leque de destinatários *directos* das normas da CDF ou se, de algum modo, a CDF influencia a actuação privada que se desenvolva no âmbito de aplicação do Direito da UE.

O principal argumento fracturante tem na sua base o teor linguístico da disposição horizontal que regula o âmbito de aplicação da Carta. Como já aferimos, o artigo 51.º, 1, 1.º segmento CDF afirma como destinatários da Carta as instituições e os Estados-membros omitindo qualquer referência aos particulares. Ora, tal facto conduz alguns a defender que esta circunstância implica inexoravelmente a exclusão da eficácia horizontal *directa* das normas da Carta. Assim, com esta leitura, apenas as instituições da União e os Estados-membros se encontrariam directamente vinculados às normas de direitos fundamentais da UE, ou seja, os direitos da CDF apenas gozariam de eficácia vertical.

2.1.1. A suposta exclusão da eficácia horizontal *directa* das normas da CDF

A falta de previsão expressa da vinculação dos particulares constitui o principal argumento da tese dos que entendem restritivamente que art. 51.º, 1 CDF não suporta a ideia da aplicação *directa* das normas da Carta nas relações entre particulares; alegam que o preceito ao omitir a referência aos particulares consequentemente pretende excluí-los do seu âmbito de eficácia imediata³⁹⁸. Com a omissão dos particulares do círculo de

³⁹⁷ B. de WITTE, «The Past and the Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», in ALSTON, (ed.), *EU and Human rights*, 1999, pp. 859.

³⁹⁸ Defendendo que os particulares não são destinatários *directos* da CDF à luz do artigo 51.º 1 CDF, a AG V. TRSTENJAK, nas Conclusões do caso *Dominguez*, cit., §80-83; 127-132. Entende que as disposições horizontais da Carta «apontam para uma restrição intencional do círculo de destinatários dos direitos fundamentais, que por seu lado permite clarificar o tipo de protecção dos direitos fundamentais visado pelo legislador». Ver também M. MOL, «Küçükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct

destinatários directos da Carta os seus criadores quiseram esclarecer qual o tipo de protecção de direitos fundamentais que o legislador da União pretendeu que fosse implementado, ou seja, uma protecção assegurada por via da imposição de deveres *directa e exclusivamente* dirigidos à União e aos Estados-membros³⁹⁹.

Em abono da tese, é ainda invocado o art. 51.º, 1, 2.º segmento que na determinação quanto ao exacto conteúdo da vinculação parece ter no horizonte apenas o poder público a operar no espaço da UE, pois só relativamente aquele faz sentido a consideração do tema “*competências*”. Acresce, por outro lado, o argumento extraído do artigo 52.º, n.º 1, da Carta. Como afirma a AG no caso *Dominguez*, «(...). [c]omo argumento suplementar contra um efeito directo em relação a terceiros dos direitos fundamentais em geral é ainda possível invocar o facto de os particulares também não conseguirem cumprir a reserva de lei prevista no artigo 52.º, n.º 1, da Carta (...). Esta exigência do Estado de direito em relação a ingerências nos direitos fundamentais apenas pode, por natureza, ser dirigida à União e aos seus Estados Membros como detentores do poder público. (...)», §83.

Já relativamente ao raciocínio segundo o qual a inclusão na CDF de normas protectoras das principais liberdades fundamentais de circulação, com um conteúdo equivalente ao previsto no Tratado – com o conseqüente reconhecimento da qualidade de direitos fundamentais e cuja eficácia *directa* horizontal foi pontualmente reconhecida pelo TJ – torna as correspondentes normas da CDF *directamente* aplicáveis a actos privados, KRENN previne criticamente que tal argumento, a ser estendido a todas as normas da CDF, implicaria «(...) the silent entrance of the concept of horizontal direct effect of fundamental rights in EU law through the backdoor.»⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹

Effect of a General Principle of EU Law: Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) Judgment of 19 January 2010, Case C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*», *ECLR*, 6, 2, pp 293 – 308 e J. KOKOTT and C. SOBOTTA, «The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon», *EUI Wp*, 2010/6, p. 14.

³⁹⁹ A AG V. TRSTENJAK no caso *Dominguez* rejeita em geral um efeito horizontal *directo*, embora admita a sua vinculação traduzida num «dever de protecção» em relação aos particulares; i.e., numa vinculação indirecta «através de regulamentações relativas à transposição do dever de protecção», §80-83.

⁴⁰⁰ KRENN, ... pp.188 (nota 76) e 189. Em concreto, o A. refere-se ao direito consagrado no art. 15.º 2 CDF («*Todos os cidadãos da União tem a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-membro*»). Segundo aquele, está em causa uma questão complexa que se encontra em aberto, pois, se a eficácia *directa* horizontal do art. 15.º CDF for

2.1.2. Contra-argumentos

Será acertada a posição defendida pelos que negam de forma peremptória a eficácia horizontal *directa* das normas da CDF? Temos fundadas dúvidas sobre a suficiência dos argumentos suscitados para afastar categoricamente a hipótese de eficácia horizontal *directa* das normas de direitos fundamentais. Contudo, não queremos com isso afirmar entendermos ser essa a abordagem correcta ou aquela que inequivocamente o TJ adoptou, mas tão só afirmar a insuficiência do argumento gramatical como fundamento principal para excluir a vinculação directa dos particulares quando actuam no âmbito de aplicação do DUE⁴⁰².

Como observa PECH, o teor literal da norma e das explicações não deve ser valorizado excessivamente tendo em conta as diversas deficiências de redacção detectadas, a sua ambiguidade e falta de clareza, pelo que o artigo 51.º 1 CDF «(...) would not seem to constitute a solid ground to defend the general proposition that all Charter rights should lack horizontal direct effect»⁴⁰³.

Por um lado, se observadas as disposições constitucionais dos Estados-membros, verificamos que a referência expressa à vinculação dos particulares não é a regra. Ao invés, na maioria dos instrumentos de protecção dos direitos fundamentais, entre os

negada, o preceito (na qualidade de norma de direito fundamental) não poderá *per se* ser fundamento de decisões judiciais que tenham por objecto um acto privado; nesse caso, normas idênticas quanto ao conteúdo beneficiariam de eficácia diversa consoante o estatuto com que se apresentassem – liberdade fundamental (Tratados) ou direito fundamental (CDF).

⁴⁰¹ Segundo P. CRAIG, *EU Administrative Law...*, cit., p. 500, em termos normativos esta circunstância cria uma tensão entre a possibilidade de aceitação da tese da eficácia horizontal e a sua negação.

⁴⁰² Em defesa do acolhimento da eficácia *directa* horizontal dos direitos fundamentais, M. DAUSES, *Der Schutz der Grundrechte in der Rechtsordnung der Europäischen Union*, 2010, p. 99 (*apud* AG V. TRSTENJAK no caso *Dominguez*, nota 50), que, ao fundamentar o seu entendimento jurídico, remete para a jurisprudência do Tribunal de Justiça, nos termos da qual, em determinadas condições, também os particulares podem ser obrigados a respeitar as garantias em matéria de direitos fundamentais, e.g. no caso de discriminações em razão da nacionalidade ou no domínio da igualdade de tratamento em razão do género.

⁴⁰³ PECH, «Between judicial minimalism and...» cit., p. 1868. No mesmo sentido, DOUGAN, «The Treaty of Lisbon...», cit., 45, pp. 617, 663.

quais podemos incluir a CEDH, não há referência expressa ao âmbito de destinatários das normas de direitos fundamentais, sem que, por isso, se conclua necessariamente pela exclusão dos particulares da esfera das entidades directamente vinculadas⁴⁰⁴. Com efeito, tal omissão não impede, pelo menos teoricamente, a possibilidade de aplicação directa das normas de direitos fundamentais nas relações de tipo horizontal, decisão que pertence ao intérprete dos direitos fundamentais a quem compete a construção da dogmática e da metódica que sustentará a vinculação (directa ou não) dos particulares. Portanto, o mesmo raciocínio pode valer, *mutatis mutandis*, no plano dos direitos fundamentais da UE.

Por outro lado, ainda do ponto de vista da exegese do preceito, nada parece apontar no sentido da rejeição da eficácia horizontal directa. Racionalmente, nada parecer indicar que o fim visado pelo legislador da norma do artigo 51.º 1 CDF tenha sido o de prever intencionalmente uma solução singular para o problema da eficácia horizontal das normas da Carta⁴⁰⁵. Fundamentalmente, a motivação da decisão legislativa terá sido a definição das condições da vinculação, em especial (embora não só) no que tange aos actos estaduais, decorrente da preocupação com a distribuição de competências. Portanto, essencialmente estão em causa inquietações de índole vertical no que toca à repartição de poderes entre UE e Estados-membros manifestadas através do estabelecimento de uma reserva quanto à questão das competências. Ao circunscrever a vinculação estatal aos casos localizados no âmbito de aplicação do Direito da UE evita-se assim a aplicação generalizada do novo parâmetro de protecção, pois a subordinação das entidades estaduais apenas seria activada relativamente aos actos de aplicação do Direito da UE. Desta feita, o artigo 51.º 1 revelaria da parte dos seus autores tão só um desassossego relativamente a uma potencial força axífuga da

⁴⁰⁴ A solução consagrada no artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa, segundo o qual os «preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas», constitui uma das poucas excepções nos textos constitucionais dos Estados-membros.

⁴⁰⁵ R. STREINZ, *EUV/EGV – Kommentar*, Munique, 2003, p. 2652, n.º 10 (*apud* AG no caso *Domínguez*, nota 50) é da opinião que a questão de um efeito directo ou indirecto em relação a terceiros dos direitos da Carta, tal como a questão dos deveres de protecção em matéria de direitos fundamentais, foi evitada e antes confiada à jurisprudência e à doutrina.

Carta de impulso federalista que importaria a aplicação da CDF sem restrições em toda a UE⁴⁰⁶.

Outro dos contra-argumentos possíveis é o da congruência sistemática relativamente às soluções apresentadas relativamente a outras normas de Direito primário da UE, em concreto, as normas que consagram as liberdades fundamentais do mercado interno⁴⁰⁷⁻⁴⁰⁸. Se constitui jurisprudência consolidada que, em certas circunstâncias, as normas consagradoras das liberdades fundamentais gozam de eficácia horizontal directa não seria coerente recusar essa mesma eficácia no caso dos preceitos equivalentes previstos na CDF. Um parecer dissonante representaria um retrocesso e uma discrepância de regimes difícil justificar logicamente⁴⁰⁹.

Ainda que por convicção doutrinal se entenda que o artigo 51.º 1 CDF não admite como hipótese plausível a solução por uma eficácia horizontal directa, tal não significa que a actividade privada não possa ser afectada, ainda que por vias diversas (indirectamente/deveres de protecção), pela força normativa dos direitos fundamentais. Entender que os particulares não estão de todo vinculados aos direitos fundamentais UE não constitui uma opção, pois também a sua acção é susceptível de violar normas de direitos fundamentais. Quem de todo nega a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, partilha de uma visão rígida e ultrapassada da divisão entre a esfera de actuação pública e privada. Além do mais, se em áreas de relevância comunitária os particulares estivessem dispensados de respeitar os direitos fundamentais a eficácia do Direito da UE ficaria comprometida ao arrepio do princípio do efeito útil e da unidade do sistema jurídico⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Assim também, PECH, 2012, *CMLR*, pp. 1872 ss.

⁴⁰⁷ Note-se que a CDF não contempla nas suas normas a livre circulação de mercadorias. O art.º 15, 2 CDF exclui das liberdades de circulação a livre circulação de mercadorias, o que significa que relativamente a esta liberdade não é possível estabelecer uma identificação com direitos fundamentais. Todavia, segundo C. KRENN, «A missing piece in the horizontal effect...», *cit.*, pp. 187-8, no domínio da livre circulação de mercadorias pode sempre invocar-se o direito consagrado no art. 16.º.

⁴⁰⁸ O mesmo vale para o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade (art. 157.º TFUE, linha *Angonese*).

⁴⁰⁹ Neste sentido, AG CRUZ VILLALÓN, nas Conclusões apresentadas a 18-07-2013 no caso *Association de médiation sociale*, C-176/12, §34-35 (pendente a 08-10-2013).

⁴¹⁰ Quanto aos argumentos do efeito útil do Direito da UE e da coerência da sua ordem jurídica, ver as Conclusões da AG V. TRSTENJAK no caso *Dominguez*, §119.

Também do ponto de vista do conteúdo e da organização interna da CDF não é possível delinear outra opinião que não seja a da aplicação das suas normas à actividade dos particulares, pois, apesar de alguns dos direitos se destinarem em primeira linha aos poderes públicos⁴¹¹, há outros que assumem uma projecção óbvia no contexto das relações horizontais⁴¹². É o caso do direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa previsto no art. 27.º CDF⁴¹³, mas também do direito das crianças que subordina a actuação privada ao interesse superior daquelas⁴¹⁴⁻⁴¹⁵. Mas, já não o princípio da igualdade ou não discriminação consagrado no art. 21.º da CDF⁴¹⁶. Com efeito, a CDF contempla normas

⁴¹¹ Note-se que nem todos os direitos da Carta têm por destinatários os Estados-membros. Por exemplo, o art. 41.º, 2 CDF consagra um direito dirigido unicamente às instituições e órgãos da União. Ver acórdão TJ, 21-12-2011, *Cicala*, C-482/10, §28.

⁴¹² Nas palavras de GROSSOUT, «(...) most, if not all, provisions of the Charter (...) are also capable of being directly effective in the context of judicial proceedings between individuals», §30.

⁴¹³ Assim, o AG CRUZ VILLALÓN, nas conclusões apresentadas no caso *Association de médiation sociale*, cit., §38-40 (pendente a 08-10-2013).

⁴¹⁴ O art. 24.º, 2 CDF menciona expressamente a vinculação das instituições privadas. Para P. CRAIG, *EU Administrative...*, cit., p. 500, esta disposição cria uma obrigação que recai, *inter alia*, sobre instituições privadas.

⁴¹⁵ Ver ainda o acórdão TJ, 24-11-2011, *Sacarlet*, C-70/10 (artigo 17.º, 2 CDF: direito de propriedade intelectual). Quanto ao direito ao livre exercício de uma actividade económica e suas refracções (artigo 16.º CDF), ver o acórdão TJ, 31-01-2013, *McDonagh*, C-12/1; o acórdão TJ, 12-07-2012, *Kokopelli*, C-59/11 e o acórdão TJ, 22-01-2013, *Sky Österreich*, C-283/11, §44.

⁴¹⁶ Em geral, a projecção do princípio da igualdade no domínio das relações entre privados é objecto de controvérsia tendo em conta o entendimento segundo o qual não se trata de um princípio informador do direito privado, logo não se pode reconhecer outra relevância que não seja hermenêutica. Neste sentido, a AG V. TRSTENJAK nas Conclusões apresentadas em 30-06-2009, no caso *Audiolux e o.*, C-101/08, §77. No processo estava precisamente em causa o reconhecimento pelo Direito da UE do princípio da igualdade de tratamento entre accionistas de modo a conceder aos accionistas minoritários de uma sociedade comercial direitos específicos relativamente aos demais no caso aquisição do controlo por outra sociedade. O TJ decidiu que o Direito da UE não contempla tal princípio alegando que «(...) os princípios gerais de direito comunitário situam-se num patamar constitucional ao passo que o princípio defendido pela Audiolux é caracterizado por um grau de precisão que exige uma elaboração legislativa que se opera, ao nível comunitário, por um acto de direito comunitário derivado. Por conseguinte, o princípio defendido pela Audiolux não pode ser visto como um princípio geral autónomo de direito comunitário» (acórdão TJ, 15-10-2009, *Audiolux e o.*, C-101/08, §63).

estruturalmente diversas quanto à natureza dos destinatários a que se dirigem; por conseguinte, recusar a eficácia horizontal equivaleria a contraditar esta realidade⁴¹⁷.

Do que acabamos de expor, parece ficar claro que do prisma normativo não é possível identificar uma orientação clara quanto a um qualquer formato de vinculação dos particulares. Nenhuma das formulações possíveis encontra apoio no art. 51.º 1 CDF. Por isso, *prima facie*, à sombra do art. 51.º 1 CDF, todas as opções teóricas são plausíveis. Porém, para conclusões mais precisas sobre a matéria há que analisar a jurisprudência do TJ para que com mais propriedade se avalie qual o modelo teórico de aplicação das normas de direitos fundamentais no cenário da UE.

2.2. O impacto das normas de direitos fundamentais nas relações horizontais à luz da jurisprudência da UE – alvos diversos e níveis de intensidade variável

Para entendermos o panorama quanto a saber se um acto privado pode ou não ser escrutinado directamente à luz do Direito da UE há que analisar qual a prática na jurisprudência da UE. Em geral, a questão da invocação por parte de um particular contra outro particular do Direito da UE e consequente aplicação judicial num contexto controvertido de tipo horizontal, pode dar-se fundamentalmente no quadro de dois contextos controvertidos: (i) A norma do direito da UE constitui o fundamento da pretensão individual aplicando-se directamente e *qua tale* (como *ratio decidendi*) para resolução do litígio⁴¹⁸, ou então, (ii) a norma de Direito da UE é convocada a pretexto da interpretação, ou para efeito de aferir do valor (no sentido de conformidade) da legislação aplicável como fundamento de decisão controvertida.

Do ponto de vista aplicativo e em consonância com dicotomia tradicional, na primeira das situações ilustradas a norma de Direito da UE goza de uma eficácia horizontal *directa* e na segunda de uma eficácia horizontal *indirecta*. Ora, neste último contexto há que ter presente que não obstante a relação ser do tipo horizontal, na realidade, o objecto de controlo no plano do processo controvertido é um acto público estatal. Portanto, embora a norma de Direito da UE afecte uma relação pertencente à

⁴¹⁷ Contudo, convém reter que a eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais, a ser acolhida, seria limitada aos direitos fundamentais vocacionados para influenciar relações inter-privados.

⁴¹⁸ Situações em que particular é destinatário directo da norma de Direito da UE, numa posição idêntica à verificada com as normas comunitárias de defesa da concorrência dirigidas às empresas.

esfera privada fá-lo incidentalmente ao contribuir para uma dada interpretação ou ao afastar a legislação nacional desconforme com o Direito da UE. Em rigor, a vinculação ao Direito da UE refere-se ao legislador estatal e não aos particulares enquanto destinatários imediatos.

Principiaremos por qualificar os casos em que as normas de direitos fundamentais afectam *indirectamente* a actuação dos particulares e, só após, os restantes.

2.2.1. Situações horizontais *reflexamente* afectadas pela aplicação de normas de direitos fundamentais – o panorama dominante

De acordo com a jurisprudência da UE, as situações horizontais em que as normas de direitos fundamentais gozam de um efeito *indirecto* podem apresentar formatos ou configurações distintas em função do objecto de controlo ser um acto jurídico da UE, uma medida estatal ou um acto privado.

a) *Situações horizontais com vinculação de entidades da UE*

Como já oportunamente notamos, é cada vez maior o número de relações jurídicas de natureza privada – em especial, de natureza contratual – disciplinadas materialmente por normas de fonte supra nacional. Portanto, não surpreende que as normas de direitos fundamentais da UE sejam suscitadas junto dos Tribunais no âmbito de litígios horizontais como fundamento de invalidade de actos comunitários de Direito privado.

É o que podemos observar, nomeadamente, no caso *McDonagh*⁴¹⁹, uma disputa que surgiu na sequência da celebração de um contrato de transporte aéreo regulado por legislação da UE. Na decisão de reenvio a validade do Regulamento aplicável era posta em causa por alegadamente violar a liberdade de empresa e o direito de propriedade consagrados no art. 16.º e 17.º CDF⁴²⁰. Exemplo equivalente pode ser encontrado no caso *Kokopelli*⁴²¹ onde é suscitada uma questão relacionada com o cumprimento de uma

⁴¹⁹ Acórdão TJ, 03-01-2013, *McDonagh*, C-12/11.

⁴²⁰ O que não veio a apurar-se. *Idem*, §59 ss.

⁴²¹ Acórdão TJ, 12-07-2012, *Kokopelli*, C-59/11. Ver ainda Acórdão TJ, 22-01-2013, *Sky Österreich*, C-283/11.

obrigação contratual e que conduz o Tribunal nacional a questionar-se quanto à validade de directivas em matéria de comercialização de sementes de produtos hortícolas, à luz do direito fundamental ao exercício da actividade económica e de outros princípios da União⁴²².

b) *Situações horizontais com vinculação de entidades públicas estaduais*

Atestamos anteriormente que a questão da conformidade de uma determinada conduta privada com os direitos fundamentais da UE pode colocar-se não só em disputas judiciais de tipo vertical (particular/entidade estatal), mas também de tipo horizontal (particular/particular).

Veja-se o exemplo do caso *Familiapress*, litígio entre privados que cai no âmbito de aplicação do Tratado, mas em que o que se questiona é a conformidade da legislação nacional aplicável com os princípios gerais de direito. Veja-se porém que em situações deste tipo a vinculação é estatal e não privada. É o acto estatal que é submetido a escrutínio para efeito de medição da sua conformidade com Direito da UE.

O mesmo vale para as decisões *Mangold*, *Bartsch*, *Kücüdeviçe*⁴²³ onde estão em jogo casos de conformidade de medidas estatais com os direitos fundamentais da UE. Ao não ter presente esta precisão alguns autores têm atribuído significados inexactos à jurisprudência do TJ, qualificando casos como de eficácia horizontal quando verdadeiramente não ilustram situações desse tipo para o fim pretendido, i.e., não constituem exemplo de casos de eficácia horizontal em sentido autêntico. A sua qualificação baseia-se na natureza da disputa judicial (particular *versus* Estado/particular *versus* particular) e não no objecto de controlo (a questão controvertida), sendo este o aspecto determinante para efeito de adjectivação de um caso como puramente horizontal⁴²⁴.

As realidades ilustradas revelam tratar-se de situações em que a aplicação da norma de direito fundamental invocada pelo particular afecta a relação jurídica privada,

⁴²² Também no caso *Kokopelli* a legislação comunitária foi considerada válida (§77-79).

⁴²³ Todos cit.

⁴²⁴ Com esta apreciação relativamente ao caso *Mangold*, ver E. SPAVENTA, «The Horizontal Application of ...», *cit.*, pp. 8-10. A A. identifica os casos citados como exemplos de «vertical effect with incidental effects on individuals». X. GROSSOUT et al. , «The Scope of Application of ...», *cit.*, pp. 30 ss., denomina este tipo de realidades por «Wachauf à l'horizontal».

mas de forma indirecta. A norma de direitos fundamentais surge com uma relevância hermenêutica relativamente à fundamentação da decisão em concreto que por sua vez assenta essencialmente numa disposição de Direito nacional a aplicar ou na legislação nacional que não se aplica em virtude da existência de Direito da UE que se opõe. Em ambas as situações, não obstante se estar perante uma situação horizontal, na verdade, não é possível falar-se propriamente de vinculação dos particulares às normas de direitos fundamentais no sentido da imposição imediata de obrigações ou de uma dada conduta aos particulares. A norma de direito fundamental constitui o padrão de referência para o escrutínio da conformidade de um acto de natureza pública, pelo que, a falar-se de vinculação será relativamente às entidades públicas⁴²⁵.

Contudo não devemos subestimar o impacto que uma decisão proferida neste contexto pode importar para um diferendo jurídico-privado. Tendo em conta o específico panorama processual nacional, nestas circunstâncias o impacto não é de somenos; pode estar em causa a diferença entre a declaração de um incumprimento contratual ou não⁴²⁶. Por isso, nas Conclusões do caso *Association de Médiation Sociale*, o AG CRUZ VILLALÓN afirma peremptoriamente que em termos práticos «haverá sempre uma parte a quem será imposta uma obrigação que inicialmente não contava assumir» (§79)⁴²⁷.

Os litígios horizontais mais frequentes apresentam um traçado deste tipo, inclusive aqueles que poderiam ser apreciados como casos estritamente horizontais, atendendo à circunstância da actuação contestada ser de natureza não pública. Parece ser o que se passa com o caso *Schmidberger* que poderia ter sido julgado como um caso entre particulares, i.e., entre os manifestantes e a empresa de transportes. Julgamos que motivos ligados fundamentalmente às restrições processuais de acesso à Justiça comunitária possam explicar que em concreto o panorama dominante em relação às normas de direitos fundamentais seja o contexto mencionado. Daí sobreabundarem as

⁴²⁵ Segundo SPAVENTA, « The Horizontal Application ... », *cit.*, p. 9, «[r]egardless of any spill-over effect on the contractual relationship between private parties , such application of Union law does not amount to horizontal effect.»

⁴²⁶ Ver caso *Kokopelli*, *cit.*

⁴²⁷ Conclusões apresentadas a 18-07-2013 no caso *Association de médiation sociale*, C-176/12 (pendente a 08-10-2013).

demandas no âmbito das quais os Tribunais procedem a uma aplicação das normas de direitos fundamentais atribuindo-lhes um eficácia indirecta.

Efectivamente, como refere o AG POIARES MADURO no caso *Viking*⁴²⁸, a matéria pode ser condicionada pelo modo como a questão é tratada internamente, reflectindo-se no modo como o processo é configurado. Há ordens jurídicas que não consentem que uma norma de direitos fundamentais possa ser directamente invocada numa acção judicial comum. Nestas situações a questão apenas pode ser colocada indirectamente ou por via da tese dos deveres de protecção estatal (i.e., a obrigação de intervenção legislativa e/ou judicial) que constitui uma alternativa à eficácia horizontal directa das normas constitucionais.

2.2.2. Situações horizontais, directa e imediatamente, afectadas pela aplicação de normas de direitos fundamentais – *situações horizontais com vinculação (directa) de entidades privadas*

Nestas situações, a actuação privada constitui o objecto controvertido sobre o qual recai o controlo judicial⁴²⁹. O controlo incide sobre o acto privado em sentido próprio por referência ao parâmetro constituído pela norma de direito fundamental da UE. Nos casos que integram este contexto horizontal, em comum, está a ausência de medidas da UE ou de medidas estaduais de implementação a ser contestadas na sua compatibilidade com DUE. Estão em causa, nomeadamente, cláusulas contratuais, situações de responsabilidade civil e até mesmo situações factuais ofensivas de direitos fundamentais (e.g., actos lesivos da propriedade privada)⁴³⁰. Na ausência de legislação aplicável para protecção dos particulares, é invocada directamente a norma ‘*constitucional*’ atinente.

Quanto ao grupo de casos assim configurados a jurisprudência não tomou posição quanto ao problema, na realidade, tudo indica que a jurisprudência seja omissa quanto à matéria. Apesar das opiniões difundidas⁴³¹, o TJ tem ladeado o problema da

⁴²⁸ Cit., § 39.

⁴²⁹ Para E. SPAVENTA, «The Horizontal Application ...», *cit.*, p. 10, «pure horizontal effect» ou «true horizontal direct effect».

⁴³⁰ Ver casos *Viking*, *cit.*, *Laval*, *cit.* e *Bosman*, *cit.*

⁴³¹ Designadamente, pela AG V. TRSTENJAK, nas Conclusões do caso *Dominguez*, *cit.*, (§69 ss).

eficácia directa das normas de direitos fundamentais da UE sempre que vislumbra soluções alternativas possíveis⁴³². Tal facto torna difícil retirar da jurisprudência uma orientação determinada quanto à matéria.

No caso *Dominguez*, onde se encontra em apreciação um contrato de trabalho e a eventual violação do direito a férias anuais pagas por parte da entidade patronal, a AG explora nas suas Conclusões o tema da aplicabilidade *directa* das normas de direitos fundamentais, em concreto, do preceito contido no art. 31.º 2 CDF. Perante o impedimento determinado pela manutenção da doutrina da ausência de efeito directo horizontal das normas da directiva aplicável e consequente impossibilidade de invocação da mesma no caso concreto, a AG propõe como forma alternativa para a satisfação da pretensão em causa, a aplicação *directa* da norma da CDF correspondente à situação ou do princípio geral de direito respectivo (§69 ss).

Apesar da sugestão, o TJ no seu acórdão não se deixou sensibilizar pela visão da AG. A única possibilidade que vislumbra para a invocação da directiva no caso é a entidade empregadora em causa ter uma natureza pública, apreciação que compete ao Tribunal de reenvio. Se assim não for entendido, a solução deverá ser a tradicionalmente aplicada em situações do tipo, i.e., a via da responsabilização do Estado-membro por violação do direito da UE. Por conseguinte, a resposta não passa pela responsabilização do particular por violação do Direito da UE.

Não obstante, fica muito claro que é, nomeadamente, em contextos do género ilustrado no caso *Dominguez* que a questão da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais pode emergir, o que se avista cada vez mais provável. Por um lado, não é possível interpretar a legislação nacional em sentido conforme com o disposto na directiva e, por outro, não pode invocar-se a directiva por esta carecer de efeito directo horizontal.

Veja-se ainda o caso *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt*⁴³³. A questão do efeito *directo* horizontal dos direitos fundamentais da UE para efeito de nulidade e não aplicação de uma cláusula inserida num contrato individual de trabalho foi expressamente colocada a título prejudicial pelo órgão de reenvio, mas o TJ não se pronunciou⁴³⁴.

⁴³² Há quem veja aqui uma atitude de evitamento.

⁴³³ Acórdão TJ, 07-06-2012, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt*, C-132/11.

⁴³⁴ Idem, §32. O órgão jurisdicional de reenvio perguntava se um Tribunal nacional, «em virtude do efeito directo horizontal dos direitos fundamentais do direito da União, [podia] considerar parcialmente

Da jurisprudência da UE percebe-se que, na esmagadora maioria das situações de horizontalidade (disputas particular/particular), os direitos fundamentais da UE são invocados contra actos privados de forma indirecta, ou seja, em ambientes marcados pela vinculação de entidades públicas. Quanto à eficácia horizontal directa a hipótese permanece nebulosa.

Consequentemente, em face do oferecido pelas circunstâncias e pela jurisprudência da EU, é compreensível a emergência de dificuldades sérias de conceptualização quanto ao modelo de vinculação dos particulares às normas de direitos fundamentais da UE. De uma óptica doutrinal, continua por definir qual matriz dogmática mais adequada para qualificar e sistematizar o tema.

2.3. A matriz dogmática mais ajustada – doutrina da eficácia directa e/ou doutrina da eficácia indirecta?

Verificado a existência de variadas perspectivas teóricas através das quais os direitos fundamentais podem atingir as relações entre particulares e isolado o grupo de situações mais problemáticas, designadamente, os casos de horizontalidade pura – situações horizontais com vinculação (directa) de entidades privadas – cujo objecto controvertido é um acto privado no quadro duma relação jurídico material não disciplinada pela legislação ordinária, importa agora reflectir acerca da melhor abordagem doutrinal para o enquadramento teórico do assunto. Na verdade, qual será esta a matriz dogmática mais ajustada às circunstâncias?

2.3.1. Eficácia directa

Trata-se de uma solução que não é de todo de descartar. A possibilidade de eficácia directa da CDF é uma questão em aberto, pelo menos no que se refere a algumas das normas contempladas. Com efeito, nas condições que anteriormente foram ilustradas, o TJ afirmou a eficácia directa das normas consagradoras das liberdades fundamentais do TFUE; normas que se encontram reproduzidas em termos equivalentes

nula e deixar de aplicar uma cláusula de um contrato individual de trabalho que viola indirectamente o artigo 21.º da Carta, o princípio da proibição de discriminação em razão da idade e/ou os artigos 1.º, 2.º e 6.º da Directiva 2000/78». Sugeriu ainda que se procedesse, por analogia, como a jurisprudência em matéria de acordos lesivos da concorrência (Idem, §20 2).

no quadro da CDF. Logicamente e por consequência é provável o TJ vir a atribuir a mesma eficácia directa à norma do artigo 15.º, 2 CDF tal como definido pela jurisprudência quanto às normas do TFUE⁴³⁵. Não cremos que outra resposta seja espectável. Primeiro, porque não seria coerente o TJ decidir de modo diferente em função da norma invocada ser a do TFUE ou a da CDF. Também não parece que a intensão do exercício de reprodução normativa tenha esse objectivo. Esta espécie de *clonagem* tem como principal consequência a atribuição formal às liberdades fundamentais do estatuto de direitos fundamentais, questão anteriormente objecto de controvérsia⁴³⁶.

Realidade análoga observa-se relativamente ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade. Em acórdãos como *Angonese*, por exemplo, foi reconhecida ao princípio eficácia directa horizontal num caso que envolvia a actividade contratual privada (no âmbito do regime das liberdades fundamentais). Por consequência, igual solução deve valer para o preceito do n.º 2, art. 21.º CDF. De igual modo, quanto ao princípio da igualdade entre homens e mulheres em matéria de remuneração, consagrado no artigo 157.º TFUE e no artigo 23.º CDF.

Em prol da eficácia directa horizontal, PECH convoca igualmente a jurisprudência anterior à entrada em vigor do TL na qual o TJ reconheceu que alguns direitos fundamentais constantes dos Tratados ou sob a forma de princípios gerais de direito têm eficácia *directa* quer vertical quer horizontal⁴³⁷, para afirmar que será difícil

⁴³⁵ C. MAK, «...», pp. 20-21, nota 72 e autores aí citados.

⁴³⁶ Recordamos que o caso *Van Gend en Loos*, cit., trouxe o conceito de liberdade fundamental como direito subjectivo dos particulares. O facto propagou alguma confusão na distinção entre a figura das liberdades fundamentais e a dos direitos fundamentais em particular nos casos de livre circulação de pessoas (trabalhadores) em que a relação com os direitos fundamentais é mais estreita. Agudizando a dificuldade o TJ procedeu a uma identificação dos dois conceitos no acórdão TJ, 13-07-1983, *Forcheri*, 152/82, §11, no acórdão TJ, 15-10-1987, *Heylens*, 222/86, §14 e no acórdão TJ, *Bosman*, cit., §129. Sobre este debate ver nossa tese de mestrado, M. N. SANTOS GONÇALVES, “*Civis europeus sum*”? A vinculação dos Estados Membros às exigências que decorrem da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária, pp. 66 ss. e KRENN, «A missing piece in the horizontal effect ...», cit., p. 186, nota 59.

⁴³⁷ Casos *Defrenne/SABENA*, cit. e *Angonese*, cit. PECH, «...», p. 1874, nota 111, entende que já os casos *Walrave*, cit. e *Bosman*, cit., não são um bom fundamento para a tese da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois em causa está a aplicação de liberdades fundamentais a organismos privados com poderes de regulação e por conseguinte de natureza quase pública.

conceber que o TJ venha a rever a jurisprudência precedente, no sentido de retirar aplicabilidade das normas de direitos fundamentais a litígios que envolvam particulares. Seria um retrocesso relativamente à protecção dos direitos fundamentais na UE⁴³⁸.

Todavia, cabe inquirir se a jurisprudência quanto à eficácia directa horizontal de certas normas dos Tratados que atribuam posições subjectivas qualificáveis como direitos fundamentais constitui argumento suficiente para afirmar a eficácia directa horizontal de *todas* as normas de direitos fundamentais. Julgamos negativamente, pois aquele argumento não pode implicar necessariamente que todas as normas da CDF devam partilhar da mesma eficácia horizontal directa. Pelo contrário, é de esperar respostas distintas, pois as diferenças estruturais e de densidade das normas de direitos fundamentais, bem como as feições casuísticas das decisões impedem uma solução generalizada quanto ao tipo eficácia horizontal das respectivas normas. Qualquer conclusão será apenas tendencial. Aliás, assim é quanto às normas dos Tratados e mesmo das constituições nacionais⁴³⁹.

Por outro lado, nestes casos é legítimo supor que as decisões judiciais venham a destacar a vertente económica das liberdades fundamentais e se fundamentem preferencialmente nas normas do TFUE, o que por inutilidade dispensará a apreciação das correspondentes normas da CDF por conduzirem ao mesmo resultado. Nestes casos de sobreposição a referência à CDF deverá ser meramente subsidiária, o que permitirá de certa forma ao TJ evitar a questão da eficácia horizontal em relação a terceiros das normas de direitos fundamentais.

Podemos contudo, questionar a possibilidade de extensão da jurisprudência *Mangold* a casos puramente horizontais, ou seja, para efeito de aplicação horizontal directa das normas de direitos fundamentais da UE. A questão é complexa mas pode colocar-se como proposta doutrinal a considerar. O raciocínio é o seguinte: se o acórdão *Mangold* autoriza a aplicação directa horizontal do princípio da não discriminação em razão da idade – enquanto manifestação do princípio da igualdade de tratamento – e se os direitos fundamentais do ponto de vista matricial e do ordenamento jurídico são protegidos na qualidade de princípios gerais de direito, então a mesma solução deve valer para os direitos fundamentais em geral.

⁴³⁸ PECH, «Between judicial minimalism...», *cit.*, p. 1879.

⁴³⁹ No caso português há normas constitucionais que expressamente determinam a vinculação imediata da esfera privada pelos direitos fundamentais (e.g., artigo 34.º 1 CRP) e outras não.

Porém, é de estar consciente que a adopção da visão da tese da eficácia directa horizontal para a generalidade dos direitos fundamentais, designadamente por via da projecção da jurisprudência *Mangold* em sede de direitos fundamentais, acarreta sérios obstáculos. Como alerta E. SPAVENTA⁴⁴⁰ a extensão da solução *Mangold* a casos puramente horizontais que envolvam direitos fundamentais (aplicação horizontal na ausência de disposições nacionais) constitui um movimento constitucional indesejado por via do qual no âmbito do Direito da UE se torna possível a aplicação horizontal dos direitos fundamentais/princípios gerais de direito em situações em que tal possibilidade não é autorizada ao abrigo de alguns sistemas constitucionais nacionais⁴⁴¹. Por outro lado, trata-se de uma interpretação que a ser válida deveria ter cabimento expresso na CDF, isto é, o teor literal o art. 51.º 1 CDF deveria contemplar expressamente esta solução, o que não se verifica. Finalmente, razões de segurança jurídica dos particulares não abonam em prol da posição⁴⁴².

Caberá ao TJ esclarecer estas e outras questões decorrentes do eventual acolhimento do efeito directo horizontal de determinadas normas da CDF.

2.3.2. Eficácia indirecta

Segundo PECH⁴⁴³ mesmo que não se concorde com a eficácia horizontal directa, no mínimo há que reconhecer que em qualquer caso «(...) *the Charter binds national courts where the national measure at issue in the private law dispute falls within the scope of EU law, as they constitute public authorities*». Para o efeito e citando P. CRAIG, defende que «(...) courts ought to give Charter rights, at a minimum, “*a degree of indirect horizontal effect*” (o destaque é nosso)⁴⁴⁴⁻⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ E. SPAVENTA, «The Horizontal Application ...», *cit.*, pp. 14, 17.

⁴⁴¹ O que em princípio deverá chocar com as *tradições constitucionais* dos Estados-membros cujo respeito é exigido pelo artigo 6.º CDF.

⁴⁴² Outra questão difícil é a da responsabilização dos particulares por violações dos direitos fundamentais. A jurisprudência *Francovich* será extensível a casos de violação do Direito da UE imputadas a particulares?

⁴⁴³ PECH, «Between judicial minimalism ...», *cit.*, pp. 1872 ss.

⁴⁴⁴ *Idem*, p. 1873.

⁴⁴⁵ P. CRAIG, «The Charter, the ECJ and national courts», in ASHIAGBOR et al (eds), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, CUP, 2012, pp. 88, 91 e P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2006, p. 501 que admite como mais razoável uma forma mais atenuada de eficácia horizontal (‘eficácia

Embora o A. não pareça enjeitar a tese da eficácia directa dos direitos fundamentais da UE, parece demonstrar maior firmeza e convicção de argumentos relativamente à tese da eficácia horizontal indirecta. Assim, no caso de a situação controvertida cair dentro do âmbito de aplicação do Direito da UE, os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais UE se e na medida em que o litígio incida sobre uma medida estatal cuja conformidade com Direito da UE esteja em discussão.

Mas, como bem nota, não estamos aqui perante um cenário de imposição directa de obrigações aos particulares⁴⁴⁶. Constitui pressuposto a presença de uma regulamentação estatal regulando a esfera da livre actuação privada. O facto leva o A. a autonomizar as questões em presença, isto é, a distinguir duas realidades independentes⁴⁴⁷. Uma é a questão de saber se o Direito da UE pode ser invocado no âmbito de um litígio entre particulares; e a resposta é claramente positiva nos casos em que a questão controvertida tem por alvo uma disposição de Direito nacional que cai no âmbito de aplicação do Direito da UE e a projecção dos direitos fundamentais na conduta dos particulares é incidental. Outra questão é saber se as normas de direitos fundamentais impõem *directamente* aos privados obrigações jurídicas de natureza privada cujo incumprimento possa ser reclamado junto dos Tribunais nacionais⁴⁴⁸.

2.3.3. Eficácia (*in*)directa?

Face ao exposto, resta saber se as teorias oferecidas pela doutrina para uma efectiva protecção dos direitos fundamentais em situações horizontais constituem soluções que se excluem mutuamente ou se os resultados alcançados diferem entre si de um modo significativo.

horizontal indirecta limitada'), i.e., uma eficácia indirecta expressa no dever dos Tribunais nacionais interpretarem o Direito nacional e europeu à luz da CDF. Também, R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, 2012, pp. 444-445.

⁴⁴⁶ Referindo-se aos casos *Mangold* e *Kücüdeviçe*, cit., Idem, p. 1876.

⁴⁴⁷ Seguindo a proposta de DOUGAN, «In defence of *Mangold?*», in A. ARNULL et al, *A constitutional order of States...*, cit. p. 224.

⁴⁴⁸ DOUGAN, «In defence of *Mangold?*» cit., in A. ARNULL et al, *A constitutional order of States...*, cit. p. 224.

. A distinção encontra-se também evidenciada no caso TEDH, 08-12-2009, Aguilera *Jiménez v. Spain*, 28389/06, §25.

As soluções ilustradas, ao invés de necessariamente se excluírem, complementam-se quando em confronto com as circunstâncias do caso concreto. É certo que por natureza a eficácia directa e indirecta das normas de direitos fundamentais num caso particular não pode verificar-se em simultâneo, mas nada impede que não podendo prevalecer a ideia de eficácia indirecta, subsidiariamente, se recorra à tese da eficácia directa. Ou seja, onde não houver legislação infra-constitucional apta à protecção dos direitos fundamentais, então pode invocar-se directamente a norma constitucional respectiva⁴⁴⁹.

Daí a distinção entre eficácia horizontal directa e indirecta aparecer por vezes desvalorizada, uma vez que, consistindo numa resposta a um problema jurídico, em termos práticos não representam alternativas que se excluem; ambas podem perdurar no mesmo sistema jurídico⁴⁵⁰. Por outro lado, em termos de resultados efectivos não há diferenças assinaláveis; antes estão em jogo vias diversas susceptíveis de conduzir ao mesmo resultado, i.e., a uma protecção efectiva e adequada dos direitos fundamentais dos particulares em relações de tipo horizontal. Como nota KRZEMINSKA-VAMVAKA, «(...) similar outcomes of balancing fundamental rights could be expected if that same system allowed only for direct effect, or both forms for that matter. It is the balancing that matter and not the formal framework within it is conducted.»⁴⁵¹⁻⁴⁵².

Em suma, as generalizações no que toca à doutrina mais adequada em matéria de eficácia normativa não são exequíveis e qualquer resposta será por natureza casuística e dependente do perfil do sistema jurídico no âmbito do qual surja⁴⁵³.

⁴⁴⁹ Neste sentido, KRZEMINSKA-VAMVAKA, «Horizontal effect of fundamental rights...», cit., 2009, pp. 7, 38, 55. Em relação aos sistemas que admitem a eficácia horizontal, a A. inclina-se expressamente para a solução da eficácia horizontal indirecta por lhe parecer a que melhor preserva a separação de poderes entre o legislador e os Tribunais. Contudo, em caso de necessidade e como último recurso deverá estar sempre aberta aos particulares a possibilidade de invocação directa das normas ‘constitucionais’.

⁴⁵⁰ Idem, p. 38-39.

⁴⁵¹ Idem.

⁴⁵² Ver AG POIARES MADURO, Conclusões no caso *Viking*, §39, para quem o problema da eficácia directa e indirecta é uma questão de forma e não de substância. Reportando-se às normas constitucionais, M. KUM, «Who is afraid...», GCJ.

⁴⁵³ Segundo, Eric ENGLE, «Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)», *HanseLR*, vol. 5, 2, 2009, p. 171-173, muitas das confusões teóricas inerentes ao debate doutrinal são evitadas se

2.4. A pertinência da doutrina das ‘*obrigações positivas do Estado*’ no contexto da UE – a teoria das ‘*obrigações positivas do Estado*’ relativamente à protecção dos particulares (*deveres de protecção*)

O facto do art. 51.º 1 CDF, articulado com a jurisprudência atinente, não consentir de forma concludente a defesa de um princípio geral de vinculação *directa* dos particulares aos direitos fundamentais não significa que no âmbito do Direito da UE os particulares estejam inevitavelmente desprotegidos. Pelo contrário, o próprio artigo 51.º 1 não impede a eficácia horizontal *indirecta* das normas de direitos fundamentais, como também não impede a título complementar e subsidiário uma eficácia *directa*. Na verdade, o preceito pode perfeitamente sustentar a ideia duma vinculação horizontal ao abrigo da leitura assinalada.

Contudo, no domínio do Direito da UE têm emergido propostas no sentido da questão da sujeição dos particulares aos direitos fundamentais no quadro da UE ser tratada pelo TJ em sentido idêntico ao do TEDH. Do ponto de vista metodológico e dogmático o procedimento não seria uma inovação. De facto, assiste-se na doutrina a uma propensão para a dogmática das ‘*obrigações positivas do Estado*’ relativamente à protecção dos particulares⁴⁵⁴.

T. KINGREEN é da opinião que uma leitura mais atenta do artigo 51.º, n.º 1 CDF não permite concluir que os direitos fundamentais enumerados na Carta produzam quaisquer efeitos em relação a terceiros; o preceito apenas vincula a União e os Estados Membros. Por isso, no entender do autor, as ofensas aos direitos fundamentais apenas

valorizadas as particularidades do caso concreto. Quanto à relação de dependência entre o problema teórico da eficácia horizontal e a estrutura e características dos sistemas jurídicos no quadro do Direito constitucional comparado, M. TUSHNET, «*The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*», *IJCL*, 2003, 1, pp. 79-98.

⁴⁵⁴ É o caso de J. KÜHLING, «Fundamental rights», in BOGDANDY (ed.), *Principles...*, p. 493-496; do ponto de vista doutrinal, o A. prefere reconstruir a temática do efeito dos direitos fundamentais entre particulares com base na perspectiva dos deveres de protecção estatal; nesse contexto, refere-se à problemática da vinculação directa/indirecta dos particulares aos direitos fundamentais como «*doubtfull construction*». Ver também, P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2012, p. 465; M. L. DUARTE, «União Europeia...», cit., pp. 362-363 e PECH, «Between judicial minimalism and ...», pp. 1872 ss.; L. JAECKEL, «The duty to protect fundamental rights in the EC», *ELR*, 2003, p. 508.

podem ser neutralizadas por via do exercício do dever de protecção soberano em relação a abusos por parte dos particulares⁴⁵⁵.

Tendo em conta que os destinatários da CEDH são os Estados contratantes, o TEDH na definição da sua posição encontrava-se limitado no acesso à tese da eficácia directa horizontal das normas de direitos fundamentais. Na sua orientação fez recair sobre os Estados contratantes (máxime, os Tribunais) o dever de respeitar e promover a aplicação dos direitos da CEDH sempre que em causa estivesse um litígio entre particulares ao qual se aplicasse uma medida estatal alegadamente incompatível com a CEDH. Tal medida deveria ser interpretada em harmonia com os direitos protegidos ao abrigo daquele instrumento. De acordo com a jurisprudência do TEDH a esfera de vinculação estatal abrange o dever dos Estados assegurarem activamente o dever de protecção dos particulares contra acções dos seus pares desencadeando as acções necessárias para o efeito⁴⁵⁶. Neste caso, o dever de protecção dos particulares recai sobre as entidades estaduais importando directamente para estas uma ‘*obrigação positiva*’, pelo que relativamente aos Estados, a CEDH constituiria fonte imediata de obrigações positivas para o Estado⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ T. KINGREEN, *EUV/EGV – Kommentar*, 3.ª ed., Munique, 2007, art. 51. ° GRCh, p. 2713, n.º 18, *Apud* AG V. TRSTENJAK nas Conclusões ao caso *Dominguez*, cit., nota 50.

⁴⁵⁶ Jurisprudência estreada no acórdão TEDH, 09-10-1979, *Airey v. Irlanda*, [6289/73](#), §32-33.

⁴⁵⁷ Em concreto, relativamente ao dever dos Estados protegerem a privacidade quando violada por particulares ver o excerto que transcrevemos do acórdão do TEDH, 24-09-2004, *von Hannover c. Alemanha*, 59320/00: «In the present case the applicant did not complain of an action by the State, but rather of the lack of adequate State protection of her private life and her image» (§56). «The Court reiterates that, although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see, mutatis mutandis, *X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, p. 11, § 23; *Stjerna v. Finland*, judgment of 25 November 1994, Series A no. 299-B, pp. 60-61, § 38; and *Verliere v. Switzerland* (dec.), no. [41953/98](#), ECHR 2001-VII). That also applies to the protection of a person’s picture against abuse by others (see Schüssel, cited above). The boundary between the State’s positive and negative obligations under this provision does not lend itself to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see, among many other authorities,

Em termos sucintos, são estes os principais contornos da doutrina do TEDH. É certo que a doutrina em sede de CEDH suscita dificuldades que não pretendemos tratar no momento⁴⁵⁸. Queremos, contudo, ver em que medida a teoria desenvolvida quanto às normas da CEDH tem cabimento no contexto dos direitos fundamentais da UE, conscientes que a transposição para o plano dos direitos fundamentais da UE a doutrina do TEDH, como alternativa à tese da eficácia horizontal indirecta, não constitui uma discussão bizantina. Como afirma VIEIRA ANDRADE, «(...) estas teorias do dever de protecção, embora sejam tributárias de uma ideia de aplicabilidade mediata, alargam a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do tradicional preenchimento das cláusulas de direito privado, impondo aos poderes públicos (ao legislador, à administração e ao juiz) a obrigação de velarem efectivamente por que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas»⁴⁵⁹.

2.4.1. As normas de direitos fundamentais da UE podem ser fonte de deveres de protecção ou tutela estatal em relação à acção de particulares?

Em primeiro lugar, há que analisar se o artigo 51.º1 CDF autoriza uma leitura consentânea com a perspectiva da construção teórica dos deveres de protecção estatal. De acordo com aquela construção, a vinculação estatal a que se refere o artigo 51.º1 da CDF abrangeria o dever dos Estados-membros protegerem os direitos fundamentais dos particulares no quadro da sua actuação privada desde situada no âmbito de aplicação do Direito da UE.

Keegan v. Ireland, judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, p. 19, § 49, and *Botta*, cited above, p. 427, § 33)», (§57) o sublinhado é nosso. Com a mesma argumentação, ver o recente acórdão do TEDH, *Ageyevy c. Rússia*, 18-04-2013, 7075/10, §219-220.

⁴⁵⁸ Dificuldades diversas, a começar pela sua justificação. Como recorda J. KÜHLING, «Fundamental rights», in BOGDANDY, *Principles...*, cit., pp. 492-496, do ponto de vista da construção dogmática da tese dos deveres de protecção estatal perante terceiros, há basicamente duas formas de colocar a questão (embora equivalentes do ponto de vista prático): os deveres de protecção constituem ‘derivações’ dos direitos fundamentais, ou seja, deles é possível retirar em certos casos deveres concretos de acção a que correspondem o direito de exigir uma intervenção soberana contra agressões de terceiros da parte dos seus titulares; ou então, uma agressão ao direito fundamental perpetrada por um particular equivale a uma agressão soberana quando compactuada pelos órgãos do Estado. Esta discussão foi apresentada e tratada pelo acórdão TEDH, 2003, *Hatton*, 36022/97.

⁴⁵⁹ VIEIRA ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., pp. 241-242.

Ora, se atendermos ao teor literal do preceito a opção pela abordagem dos deveres de tutela parece ser a mais conforme em contraste com a tese que sugere a dualidade que opõe a eficácia horizontal directa à indirecta. Por outro lado, o próprio artigo 51.º, 1 CDF corrobora a ideia se entendermos que a sua formulação aponta para a tese dos deveres de protecção estatal em relação à acção privada. Repare-se que o preceito materializa o conteúdo da vinculação dos Estados-membros incluindo não apenas o dever de respeitar os direitos fundamentais e observar os princípios *qua tale*, mas também o dever de ‘promover’ a aplicação dos direitos da CDF. Com efeito, a referência à vertente de ‘promoção’ do dever de protecção pode ser visto como um sinal no sentido a que aludimos⁴⁶⁰.

Ademais, em princípio, é uma abordagem consentânea com as *tradições constitucionais* dos Estados-membros. De acordo com o disposto no artigo 6.º, 3 TUE, no que toca à configuração material do sistema de protecção de direitos fundamentais na UE, o TJ deve atender aos «direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados membros». Apesar da controvérsia recorrente em torno da figura das tradições constitucionais comuns dos Estados membros, uma análise comparada permite afirmar trata-se da abordagem comum na doutrina constitucional⁴⁶¹.

Por outro lado, a visão segundo a qual a construção usada pelo TEDH deve ser adoptada pela doutrina dos direitos fundamentais na UE não põe em causa o disposto nos artigos 52.º 3 e 4 e 53.º CDF, segundo os quais o nível de protecção dos direitos fundamentais garantidos pela Carta não pode ser menor do que os padrões mínimos da CEDH. Portanto, não há o risco de uma redução do nível de protecção relativamente ao

⁴⁶⁰ Note-se, porém, que a fórmula verbal em causa é normalmente interpretada numa associação aos ‘princípios’ mencionados no art. 52.º, 5 CDF. No caso dos designados ‘princípios’ a produção de efeitos está dependente da adopção de medidas por parte da EE e dos seus Estados-membros. Contudo, não vemos por que não colher aí um argumento a favor da tese dos deveres de protecção dos direitos fundamentais dos particulares.

⁴⁶¹ Contudo, se observarmos os sistemas jurídicos na Europa, não é possível apontar uma tendência generalizada quanto à aplicação dos direitos fundamentais, pois nem todos são inequívocos quanto à identificação da tese dominante. Embora a Alemanha se tenha posicionado formalmente relativamente à eficácia horizontal das normas constitucionais, uma parte das ordens jurídicas mantêm o tema em perspectiva. Ver, G. BRÜGGEMEIER, (ed.), *Fundamental rights and private law in the EU: I – A comparative overview*, Cambridge UP, 2010.

regime vigente nos termos da CEDH. Esta leitura tem ainda a seu favor a frequência com que o TJ em matéria de direitos fundamentais da UE se tem apoiado nas soluções do TEDH, sem esquecer o seu papel enquanto fonte normativa do sistema de protecção⁴⁶². Em prol do acolhimento pela doutrina dos direitos fundamentais da UE da abordagem do TEDH pode ainda ser invocada a jurisprudência desenvolvida pelo TJ relativamente às liberdades fundamentais, nomeadamente os casos *Comissão/França*⁴⁶³ e *Schmidberger*⁴⁶⁴; a tese encontra ainda respaldo nalguns acórdãos em matéria de direitos fundamentais, e.g., *Familiapress*⁴⁶⁵ e *Promusicae*⁴⁶⁶.

Finalmente, o caminho teórico sugerido articula-se e combina com o facto da doutrina *Francovich*⁴⁶⁷ não abranger os particulares como sujeitos passivos da obrigação de ressarcir os danos causados pela violação do direito da UE. Do mesmo modo, no quadro da CEDH a condenação do Estado por violação do dever de protecção não implica uma co-responsabilização do particular a quem é imputada propriamente a violação do direito fundamental.

Facto é que o TJ não se comprometeu quanto à matéria em discussão. Não obstante, em prol da afirmação da doutrina das ‘*obrigações positivas do Estado*’ são férteis as opiniões manifestadas pelos AG⁴⁶⁸.

São de reparar, em especial, as considerações do AG N. JÄÄSKINEN no caso *Google Spain e Google*⁴⁶⁹. Está em análise um litígio que opõe a empresa multinacional Google Spain SL e Google Inc à Agência Espanhola de Protecção de Dados (AEPD) e a um particular a propósito de uma decisão das autoridades espanholas no seguimento de uma reclamação apresentada por aquele contra a Google. O particular invoca a violação

⁴⁶² O AG P. CRUZ VILLALÓN, Conclusões de 18-07-2013, ao caso *Association de médiation sociale*, C-176/12. O AG refere-se às *situações horizontais com vinculação de entidades públicas estatais* (*supra cit.*) estabelecendo o paralelo com a doutrina dos deveres de protecção estatal do TEDH.

⁴⁶³ Cit.

⁴⁶⁴ Cit.

⁴⁶⁵ Cit., §26.

⁴⁶⁶ Cit., §61.

⁴⁶⁷ Acórdão TJ, 09-11-1995, *Francovich*, §479/93.

⁴⁶⁸ Em sentido favorável à vinculação dos particulares à CDF pela via dos deveres de protecção estatal no contexto do art. 51.º 1 CDF, Conclusões do AG no caso *Dominguez*, cit., §81-83 e Conclusões do AG P. CRUZ VILLALÓN no caso *Association de médiation sociale*, cit., §36.

⁴⁶⁹ Conclusões do AG N. JÄÄSKINEN, apresentadas em 25 de Junho de 2013, no caso *Google Spain e Google*, C-131/12 (pendente a 09-10-2013).

do ‘direito de ser esquecido’ ao abrigo da directiva de protecção de dados interpretada à luz da CDF, ao passo que a Google contra argumenta com o direito à liberdade de expressão e de informação e o direito à liberdade de empresa. A questão é saber em que medida os particulares envolvidos estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais em tensão e de que cada um é titular.

Relativamente à ingerência da Google no direito à privacidade em matéria de protecção de dados, o AG dispõe: «(...) No caso em apreço, não estamos perante uma ingerência das autoridades públicas que necessite de justificação, mas da questão de saber em que medida a ingerência por sujeitos privados pode ser tolerada. Os seus limites estão estabelecidos na directiva e, portanto, baseiam-se na lei, conforme exigido pela CEDH e pela Carta. Por conseguinte, a interpretação da directiva deve ter precisamente por objecto os limites estabelecidos para o tratamento de dados por sujeitos privados à luz da Carta. Daí resulta a *questão de saber se a União e os Estados-Membros têm a obrigação positiva de opor, aos prestadores do serviço de motor de pesquisa na Internet, que são sujeitos privados, o “direito de ser esquecido”* (...). Isto conduz, por seu lado, a questões sobre a justificação da ingerência prevista nos artigos 7.º e 8.º da Carta, e sobre a relação com os direitos concorrentes da liberdade de expressão e de informação, e da liberdade de empresa» (§119). O destaque é nosso.

Mais além, o AG retoma a ideia defendendo que apesar do caso impor uma ponderação cuidada de todos os direitos fundamentais em presença, «(...) completamente diferente é afirmar que *os Estados têm obrigações positivas* de prever uma reparação eficaz contra o editor que viola o direito à vida privada, o que, no contexto da Internet, dizia respeito ao editor da página web.» (§134). O destaque é nosso.

2.4.2. Os óbices à perspectiva dos deveres de protecção

A adopção da tese dos deveres positivos do Estado não representa uma solução isenta de dificuldades no plano aplicativo ou da concreta realização do direito. Apontamos algumas dos óbices.

a) O conteúdo do dever de protecção

Um das dificuldades passa pela definição do conteúdo específico do dever de protecção. Por outras palavras, há que perceber para cada direito fundamental singular que tipo de protecção compete aos órgãos do Estado assegurar. Ora, em princípio, tal apenas parece alcançável casuisticamente de modo a poder obter-se uma protecção adequada às circunstâncias do caso em particular⁴⁷⁰. Há que ter a consciência que amiúde encontram-se em concorrência outros bens jurídicos a atender (e.g., a autonomia privada, princípio em relação ao qual já verificamos o Direito da UE não ser indiferente).

b) A densidade das normas de direitos fundamentais da CDF

O problema assinalado na alínea anterior avoluma-se se atendermos ao facto da CDF congregar normas de direitos fundamentais com um grau de concreção distinto. É o caso do direito à protecção ambiental (artigo 37.º CDF) e de outros que constituam a enunciação de *princípios* gerais na acepção do artigo 52.º, 5 CDF⁴⁷¹.

*c) 'A liberdade constitutiva do legislador'*⁴⁷²

A abordagem do problema da vinculação dos particulares do ponto de vista dos deveres positivos do Estado importa ainda o risco do condicionamento substancial da acção dos poderes públicos, designadamente do legislador e do poder executivo. Por isso, o dever de protecção deve limitar-se ao cumprimento de um dever de agir, e não implicar para o legislador uma determinação rígida quanto ao modo de agir⁴⁷³.

d) A vinculação dos órgãos da UE ao dever de protecção dos direitos fundamentais

⁴⁷⁰ A intervenção do Estado para efeito de protecção dos direitos fundamentais não deverá ser nem menos nem mais que suficiente. Na dogmática germânica para ilustrar esta ideia são usados os termos *Übermassverbot* versus *Untermassverbot*.

⁴⁷¹ Nessa linha, J. KÜHLING, «Fundamental rights», in BOGDANDY et al (Ed.), *Principles of European ...*, cit., pp. 486.

⁴⁷² Pedimos de empréstimo a expressão de VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, cit., p. 242.

⁴⁷³ Nesse sentido, J. KÜHLING, «Fundamental rights», in BOGDANDY et al (Ed.), *Principles of European...*, cit., pp. 486.

A adopção da doutrina mencionada no contexto do sistema de protecção de direitos fundamentais da UE trará inevitavelmente a questão da vinculação dos órgãos da UE a um dever de protecção geral equivalente ao dever estatal.

Apesar da AG V. TRSTENJAK a propósito do caso *Dominguez* parecer não ver impedimento na inclusão da UE no quadro do dever de protecção⁴⁷⁴, podem surgir dificuldades quanto ao tema se atendermos ao facto de a UE apenas possuir competências em áreas específicas⁴⁷⁵.

e) A manutenção de uma perspectiva dicotómica (dualidade eficácia horizontal directa/indirecta)

O modelo doutrinal em questão não garante a dissolução/eliminação da dicotomia eficácia horizontal directa /indirecta, nem evita os obstáculos decorrentes dessa dualidade, pois não oferece uma solução com potencial generalizado.

Contrariamente à CEDH, cujas normas pela sua própria natureza convencional não se dirigem *in totum* aos particulares, já o TFUE comporta normas em relação às quais se reconhece eficácia horizontal directa. Portanto, a sua adopção no quadro dos direitos fundamentais da UE terá de se articular com a eficácia directa horizontal de algumas normas do TFUE com assento na CDF.

3. Os actos privados situados no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE

3.1. Descrição do problema

Persuadidos que estamos da possibilidade de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE a actos privados no contexto de litígios horizontais⁴⁷⁶ há que voltar

⁴⁷⁴ Cit., §81.

⁴⁷⁵ J. KÜHLING, «Fundamental rights», in BOGDANDY et al (Ed.), *Principles of European...*, cit. pp 486, não vê impedimento a que a ideia dos deveres de protecção seja considerada no caso das instituições da UE, desde que convenientemente cuidado o limite das competências.

⁴⁷⁶ Independentemente da construção teórica que se entenda ser mais apropriada.

a trazer como questão prévia o requisito que constitui a condição geral de aplicabilidade de qualquer norma de Direito UE, i.e., que a realidade a apreciar ou a situação a decidir se situar no seu âmbito de aplicação⁴⁷⁷.

Já exploramos desenvolvidamente a questão do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais a propósito dos actos estatais ofensivos dos direitos fundamentais da UE no domínio da vinculação vertical. Concluiu-se então que o dever dos Estados respeitarem os direitos fundamentais apenas é activado se o domínio controvertido em questão estiver, de certo modo, relacionado com o âmbito de aplicação do Direito da UE, o que nem sempre se apresenta óbvio. Igual raciocínio deve proceder para os casos em que estão em causa actos privados (vinculação horizontal); também nestes casos, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais da UE deve restringe-se aos casos de aplicação do Direito da UE, o que quer que se entenda com a expressão neste contexto⁴⁷⁸.

Contudo, como já se pode antever, o problema que ora convocamos só adquire autonomia relativamente aos eventuais casos de pura ou verdadeira horizontalidade – *eficácia horizontal*. Os restantes casos possíveis caracterizarem-se pelo facto de ilustrarem casos de *eficácia vertical*; ou seja, não obstante os direitos fundamentais serem invocados num litígio que opõe particulares a agir no quadro da sua esfera de liberdade individual, o parâmetro de controlo constituído pelos direitos fundamentais é aplicado a um acto (ou omissão) de natureza jurídico-pública. Trata-se de casos em que o particular suscita a questão da desconformidade do Direito nacional aplicável ao caso com o Direito da UE para efeitos de desaplicação e onde o problema se coloca a nível da vinculação das entidades estatais, e.g. as detentoras de poder normativo. Nestes casos a solução passa pela consideração do art. 51.º 1 CDF e das respectivas anotações, bem como da jurisprudência quanto ao tema. Afastaremos os casos em que a apreciação do acto privado convoca a aplicação de uma medida estatal concreta, pois quanto a esses

⁴⁷⁷ Como refere PECH, «...», cit., 2012, p. 1880, a propósito aplicação das normas de Direito da UE a situações horizontais, constitui um imperativo clarificar a noção de âmbito do Direito da UE, fundamentalmente por uma questão de certeza jurídica; i.e., «(...) to enable private individuals, in particular in the context of employment relationships, to predict when a provision of national law may be said to touch upon a subject matter already governed or regulated by EU law».

⁴⁷⁸ Tal como avisadamente sublinham K. LENAERTS et al. «The constitutional allocation...», cit., p. 1642. Ver ainda P. CRAIG, *EU Administrative ...*, cit., p. 499.

valerá o enunciado anteriormente, em concreto, no que refere à delimitação dos actos estatais inseridos no âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais. Portanto, quanto a este tópico resta-nos remeter para as reflexões expendidas sobre o tema no capítulo anterior⁴⁷⁹.

A nossa atenção aqui incide sobretudo sobre situações horizontais controvertidas cujo controlo tenha por objecto a actuação de entidades privadas. Interessam-nos os actos privados analisados na sua conformidade por referência directa e sem mais (ou não) a uma norma de Direito da UE – casos autênticos de eficácia horizontal directa das normas de Direito da UE (ou não).

Se o objecto de controlo for um acto privado cuja validade se questiona e sem que exista legislação privada reguladora apta a ser aplicada que orientação utilizar? Certamente que casos deste jaez constituem uma mera hipótese teórica. Porém, também aqui a situação concreta não poderá deixar de apresentar uma ligação ao Direito da UE justificativa da aplicação da norma de direito fundamental. Para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é pressuposto que a actuação daqueles apresente uma relação com o DUE⁴⁸⁰.

Portanto, nesta esfera particular, emergem necessariamente as mesmas perguntas que colocamos relativamente à esfera pública, tais como: quando é que um acto de uma entidade privada, em si mesmo, se situa no âmbito de aplicação do Direito da UE? Qual a ligação exigível ao Direito da UE para efeito de mobilização do parâmetro de protecção de direitos fundamentais da UE? Quando se estabelece uma conexão relevante e suficiente entre a actuação do particular e o Direito da UE? Eis a questão.

Se os particulares se encontram vinculados aos direitos fundamentais, ainda que apenas indirectamente – como cremos ser a regra – e assumindo como estabelecido o seu carácter não universal, cabe saber quais as circunstâncias de aplicabilidade das suas

⁴⁷⁹ Parte II, capítulo 1.

⁴⁸⁰ Como afirma MOL, «The novel approach of the CJEU ...», cit., p.128, questões de competência e de certeza jurídica exigem que «[o]nly private legal relationships that have a genuine, profound and direct link with EU law must be considered as falling within the scope of EU law. When would such link exist?». Ver igualmente, M. W. HESSELINK, «The general principles of civil law», in Dorota LECZYKIEWICZ, et al. (eds.), *The involvement of EU Law in Private Law relationships*, Oxford, Hart, 2013, pp. 151.

normas. Iremos procurar transferir o padrão de análise concebido para os actos estatais fazendo uso, por analogia, das directrizes extraídas do art. 51.º 1 CDF para a actuação estatal. Não esqueçamos que se trata de uma construção concebida para actos estatais de aplicação do Direito da UE e não há registo de casos significativos que envolvam a aplicação de normas jurídicas da UE com as feições definidas, mas por razões de afinidade e de coerência tentaremos uma abordagem similar.

3.2. Os actos privados situados no âmbito de aplicação do Direito da UE

Os elementos disponíveis não nos permitem retirar conclusões sólidas sobre se nos casos de horizontalidade pura a definição do âmbito de aplicação do Direito da UE merece considerações específicas, no sentido de uma maior estreiteza dos laços entre a situação concreta e o DUE. De facto, são escassas as situações de horizontalidade pura na jurisprudência comunitária e, por consequência, o respectivo tratamento dogmático é escasso. Trata-se de um território relativamente inexplorado⁴⁸¹.

Creemos que esta realidade se deve fundamentalmente ao facto do debate se encontrar excessivamente focado no plano dos actos estatais de aplicação do Direito da UE, o que é compreensível uma vez que são estas as situações dominantes; com efeito, as situações de horizontalidade pura são raras se comparadas com o cenário vertical, em grande parte devido à sua excepcionalidade⁴⁸². Por outro lado, a discussão académica encontra-se centrada essencialmente na problemática dos termos da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou em saber se as normas de direitos fundamentais da UE gozam de eficácia directa ou indirecta; finalmente, não é indiferente o facto de se tratar de um problema que apenas despontou com grande vigor

⁴⁸¹ MOL, « The novel approach of the CJEU... », cit, p. 128, recomenda uma abordagem prudente no estabelecimento da conexão entre a situação e o Direito da UE e alerta para a necessidade de estabelecimento dum vínculo mais exigente e intenso para efeito de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Reconhece ainda que a jurisprudência existente não permite conclusões significativas.

⁴⁸² No sentido de estar em questão um recurso a que se lança mão apenas nos casos de ausência de legislação infraconstitucional aplicável para efeito de protecção efectiva dos direitos fundamentais. J. KRZEMINSKA-VAMVAKA, «Horizontal effect of fundamental rights...», cit., 2009, pp. 52-53, 55. Ainda que a A. se reporte essencialmente às normas de liberdades fundamentais, a mesma deixa claro que igual perspectiva pode ser aplicada *mutatis mutandis* aos direitos fundamentais. Idem, pp. 48-51, 55.

no seguimento da atribuição de força vinculativa da CDF⁴⁸³. Por conseguinte, não existe um quadro conceptual estável relativamente à aplicação dos direitos fundamentais a questões de índole privada⁴⁸⁴.

Contudo, apesar das dificuldades assinaladas, tentaremos testar a hipótese de um tratamento autónomo da questão do âmbito de aplicação do Direito da UE para efeito de mobilização do padrão de protecção dos direitos fundamentais da UE em situações puramente horizontais. Intuímos que as diferenças entre os casos que envolvem a apreciação de actos estatais e de actos privados, bem como a necessidade de equacionar em termos de discurso jurídico aspectos que são típicos da actuação privada, podem justificar o esforço. O nosso desígnio é delimitar e sistematizar as situações de tipo horizontal enquadráveis no âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais, o que implica questionar se os privados aplicam o DUE ou em que medida um particular age em aplicação do DUE. É evidente que à semelhança das situações de vinculação estatal o estabelecimento de uma ligação entre o caso concreto e o Direito da UE é um imperativo incontornável. A incerteza reside em perceber em que moldes essa relação pode estabelecer-se.

Como referido anteriormente, há diversas zonas de actuação privada que estabelecem contacto com o Direito da UE. Por um lado, porque há aspectos jurídicos de natureza privada directamente regulados por normas do Direito da UE (directivas e regulamentos⁴⁸⁵). Por outro lado, a actividade privada constitui uma área abrangida pelo âmbito de aplicação do regime jurídico das liberdades fundamentais. Por consequência, o estabelecimento de pontos de conexão entre um litígio de natureza privada e o Direito da UE partirá necessariamente destes pressupostos.

3.2.1. Os actos de implementação do Direito da UE

⁴⁸³ Com a atribuição de força vinculativa à CDF aumentou o número de questões prejudiciais que tocam aspectos relativos a relações jurídicas privadas; segundo C. MAK, cit., p. 20, a previsão é de um aumento desse número.

⁴⁸⁴ C. MAK, «Unchart(er)ed Territory: EU Fundamental Rights and National Private Law», *Amsterdam Law School Research Paper*, p. 1, 2013.

⁴⁸⁵ Pensemos e.g. na Directiva que regula o contrato de agência comercial, na Proposta de regulamento relativo a um direito europeu comum da compra e venda ou de protecção de dados. Em qualquer dos casos os actos jurídicos incidem sobre áreas susceptíveis de ter impacto em matéria de direitos fundamentais como o direito à privacidade ou a liberdade de expressão e informação.

Em sentido próprio, a missão de implementação actos jurídicos comunitários cabe às entidades estatais na medida em que estas se apresentam como agentes ao serviço da boa execução do Direito da UE. Naturalmente que não compete aos particulares a implementação do Direito da UE em sentido estrito tal como o concebemos para os actos nacionais. Contudo é possível conceber um acto privado que caia no âmbito de aplicação de um regulamento⁴⁸⁶ ou de uma lei nacional que transpõe uma directiva⁴⁸⁷⁻⁴⁸⁸ num cenário que constituiria o trampolim para a aplicação das normas de direitos fundamentais da EU, caso se entenda que em situações deste jaez a ‘hiperligação’ ao Direito da UE está estabelecida para efeito de aplicação da CDF⁴⁸⁹.

Esta dificuldade é visível em especial no caso das directivas, pois estas têm em primeira linha como destinatários exclusivos os Estados-membros. Não obstante, não pode afastar-se a hipótese de pontualmente a execução de uma directiva ficar a cargo de particulares. É o que ocorre, por exemplo, no caso contemplado no artigo 18.º da

⁴⁸⁶ E.g., um contrato de comércio internacional que cai no âmbito de aplicação do Regulamento (UE) n.º 1215/2012, 12-12-12, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I).

⁴⁸⁷ E.g., um contrato de agência comercial, cujo regime jurídico se encontra harmonizado no plano da UE pela Directiva n.º 86/653/CEE do Conselho, de 18-12-1986, relativa à coordenação do Direito dos Estados-membros sobre a agência comercial. Entre nós, a transposição concretizou-se através da Lei n.º 178/06, 3.7 (alt. DL n.º 118/93, 13-04). Imagine-se a hipótese de uma cessação unilateral de contrato de agência comercial por parte do principal com fundamento na gravidez da agente. O tribunal nacional aplicaria os direitos fundamentais da constituição nacional ou do DUE?

⁴⁸⁸ Ver no acórdão *Danosa* C-232/09 (§70-72) o caso de cessação de contrato de trabalhadora grávida no âmbito da Directiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho.

⁴⁸⁹ Em relação a este tipo de casos parece-nos possível estabelecer um paralelismo com o caso *Wachauf* e até designá-lo por ‘*Wachauf à l’horizontal*’, na expressão atribuída a GROSSOUT. Porém, os casos que GROSSOUT classifica como de «*Wachauf à l’horizontal*» (a pp. 30 ss) são casos que envolvem medidas estatais na sua conformidade com os direitos fundamentais, o que não é a situação que visamos.

Directiva 2000/78 do Conselho quando se refere à possibilidade dos parceiros sociais adoptarem disposições para dar cumprimento à directiva⁴⁹⁰.

Também nesta esfera é inevitável perguntarmos se é bastante que a actuação privada respeite a uma matéria jurídica regulada por uma directiva para que seja considerada uma medida de implementação do Direito da UE para efeito de aplicação dos direitos fundamentais da UE. A questão é complexa.

Para MOL não chega e até é desadequado tendo em conta que as directivas não têm como destinatários os particulares a quem não cabe a obrigação de transposição⁴⁹¹. Contudo, seguindo a linha do acórdão *Prigge e o.*⁴⁹², o TJ afirmou no caso *Tyrolean Airways*⁴⁹³ que «[c]onforme decorre da jurisprudência, quando adoptam medidas que entram no âmbito de aplicação da Directiva 2000/78⁴⁹⁴, a qual, no domínio do emprego e do trabalho, concretiza o princípio da não discriminação em função da idade, os parceiros sociais devem agir no respeito dessa directiva», §22. Note-se que o TJ considera estar perante privados vinculados por uma directiva que concretiza um princípio geral protegido juridicamente na qualidade de direito fundamental, caso a acção daqueles caia no seu âmbito de aplicação. Portanto, aquelas medidas (cláusulas de convenção colectivas) constituem medidas de aplicação do Direito da UE para efeito de aplicação de um direito fundamental densificado numa directiva.

3.2.2. Os actos restritivos das liberdades fundamentais do mercado

⁴⁹⁰ Segundo o disposto no artigo 18.º, §1, Directiva 2000/78 do Conselho: «Os Estados-Membros adoptam as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva o mais tardar em 2 de Dezembro de 2003 *ou poderão confiar aos parceiros sociais, a pedido conjunto destes, a execução da presente directiva, no que se refere às disposições que são do âmbito de convenções colectivas*. Nesse caso, devem assegurar que, o mais tardar em 2 de Dezembro de 2003, os parceiros sociais tenham introduzido, por acordo, as disposições necessárias, devendo os Estados-Membros em causa tomar as medidas necessárias para poderem garantir, a todo o tempo, os resultados impostos pela presente directiva». (o destaque pertence-nos). Cit. in MOL, «...», cit., p. 130.

⁴⁹¹ MOL, «The novel approach of the CJEU ...», cit., pp. 128-9.

⁴⁹² Acórdão TJ, 13-09-2011, *Prigge e o.*, C-447/09, §22. Caso de controlo de acordo colectivo à luz do direito fundamental à não discriminação em razão da idade.

⁴⁹³ Acórdão TJ, 07-06-2012, *Tyrolean Airways*, C-132/11.

⁴⁹⁴ Directiva que densifica um princípio geral de direito e que segundo o seu texto vincula quer o sector público quer o privado.

Já exploramos anteriormente a circunstância dos particulares se encontrarem também eles vinculados às liberdades fundamentais do mercado comum. Nessa medida podem invocar derrogações às obrigações daí decorrentes para justificar os seus actos restritos⁴⁹⁵.

Por conseguinte, devem valer as mesmas considerações expendidas no âmbito da jurisprudência *ERT*, no sentido de afirmar que também no domínio da actuação privada os direitos fundamentais constituem uma condição de procedência de uma excepção; neste âmbito as excepções por si adoptadas não podem ser incompatíveis com os direitos fundamentais. Do mesmo modo, também a acção dos privados é susceptível de lesar direitos fundamentais e ao fazê-lo constituir um entrave ao exercício das liberdades fundamentais. Os direitos fundamentais podem ainda ser invocados a título de interesse legítimo justificativo de restrições oriundas de acções de particulares⁴⁹⁶.

No que toca em particular à possibilidade dos privados justificarem restrições às liberdades de circulação com base nos direitos fundamentais, o tema tem sido explorado com recorrência na jurisprudência do TJ. Destacam-se principalmente as decisões nos casos *Bosman*⁴⁹⁷, *Viking*⁴⁹⁸ e *Laval*⁴⁹⁹, estas últimas no domínio do direito a desencadear acções colectivas.

Quanto ao problema observe-se ainda a sugestão da AG V. TRSTENJAK no caso *Fra-bo*⁵⁰⁰ no sentido da possibilidade do particular invocar «uma justificação resultante de uma razão imperiosa de interesse geral, destacando a sua natureza de [entidade de] direito privado». Prossegue, articulando que «[a] DVGW poderia também, alegando a sua natureza de organismo de direito privado, invocar a protecção dos direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tais como, por exemplo, a liberdade de empresa consagrada no artigo 16.º, e tentar demonstrar a existência de um conflito entre a liberdade de circulação de

⁴⁹⁵ No Acórdão TJ, 15-12-1995, *Bosman*, C-415/93, §87, o TJ concluiu a liberdade de circulação de pessoas se aplica às regras instituídas por associações desportivas como a URBSFA, a FIFA ou a UEFA, que determinam as condições de exercício de uma actividade assalariada por desportistas profissionais. Ver ainda, caso *Angonese*, cit., §42.

⁴⁹⁶ Ver HARTKAMP, «The effect of the EC Treaty...», *ERPL*, 18, 2010, 545 ss.

⁴⁹⁷ *Bosman*, cit., §86.

⁴⁹⁸ *Viking* §44-46.

⁴⁹⁹ *Laval*, §91, 93, 96 ss.

⁵⁰⁰ Conclusões da AG V. TRSTENJAK, no caso *Fra-bo*, cit.

mercadorias e um ou mais direitos fundamentais, que tivesse de ser resolvido garantindo um equilíbrio justo com base no princípio da proporcionalidade.» (§56) «Se a DVGW invocar, no processo principal, de um modo convincente, razões especiais de interesse privado, “considerações objectivas” ou uma posição protegida pelos direitos fundamentais, para justificar o entrave à liberdade de circulação de mercadorias (...) o órgão jurisdicional de reenvio deverá submeter outro pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça e solicitar detalhadamente esclarecimentos sobre se e, em caso afirmativo, em que condições estes argumentos invocados pela DVGW podem ser válidos num caso como o do processo principal. Em meu entender, à luz do estado actual da jurisprudência relativa ao limitado efeito directo horizontal contra terceiros das liberdades fundamentais e à relação entre liberdades fundamentais e direitos fundamentais, a resposta a estas questões ainda não se pode retirar inequivocamente da jurisprudência do Tribunal de Justiça.» (§57)

Com isto afigura-se demonstrada a eventualidade de aplicação horizontal de normas de direitos fundamentais a par ou em confronto com a aplicabilidade horizontal das liberdades do mercado comum, também no contexto da actuação privada⁵⁰¹.

⁵⁰¹ Ver E. SPAVENTA, « The Horizontal Application of Fundamental Rights ...», cit., p. 12 e MOL, «The novel approach of the CJEU ...», cit., p. 130.

PARTE III

Dos limites à potencial força convergente dos direitos fundamentais na UE

§ Capítulo 1 – Apreciação crítica do actual *status quo*

1. Considerações gerais

Neste ponto da dissertação o intuito é ordenar as principais ideias que paulatinamente foram sendo esboçadas e assinaladas no decurso da dissertação tendo em vista tentar responder à questão nuclear que foi por nós enunciada na abertura da investigação – qual a dimensão o âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE no que diz respeito à actuação dos Estados-membros e das entidades privadas?

Antes de cumprirmos o nosso objectivo, em jeito de sùmula, há que criticamente fazer o ponto da situação relativamente ao estado da questão (Cap. 1). Daí, seguimos no sentido de saber se, no actual estado de coisas, todo o espaço de aplicação dos direitos fundamentais se encontra identificado ou se, pelo contrário, há um âmbito latente sensível à aplicação dos direitos fundamentais da UE de tal modo que estes possam adquirir uma projecção ou relevância radical num sentido equivalente ao de uma aplicação generalizada (*de facto*) (Cap. 2).

2. O movimento difuso de ampliação progressiva do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais

Numa rápida retrospectiva podemos concluir que a evolução do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE pelas mãos do TJ segue num movimento de crescente expansão. O caso *Wachauf* foi o mote para o TJ abarcar no domínio da aplicação das normas de direitos fundamentais os actos de implementação do Direito da União. O impulso estendeu-se então às situações visadas pela jurisprudência *ERT* com os actos restritivos das liberdades fundamentais a cair na malha dos direitos fundamentais da UE e a engrossar o âmbito de aplicação do parâmetro de protecção.

Mas, a ampliação do âmbito de aplicação não ocorre só em largura, mas também em profundidade. Disso dão conta as derivações que o TJ extraiu das posições *Wachauf*

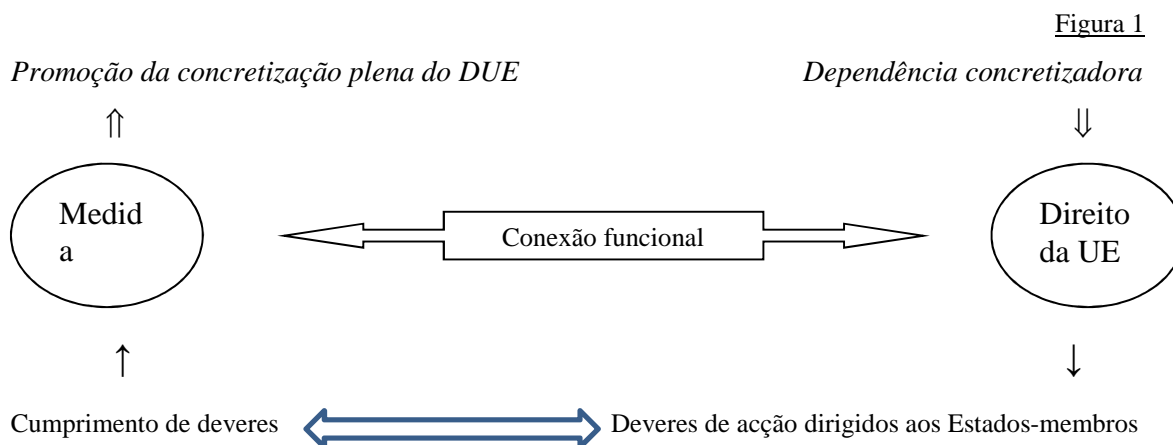
e *ERT*. Dos actos de implementação de regulamentos, o TJ estendeu a jurisprudência *Wachauf* a todos os actos estatais concretizadores de actos jurídicos da EU; da jurisprudência *ERT* que inicialmente se cingia a destacar os direitos fundamentais enquanto requisito de que dependia a viabilidade de uma medida restritiva das liberdades fundamentais, o TJ passou a perspectivá-los como causa de potenciais entraves às liberdades fundamentais ou como razões justificativas de uma restrição ao colocá-los face a face com as pujantes liberdades fundamentais do mercado comum.

Mesmo quando tudo apontava para um afrouxamento da pulsão jurisprudencial expansiva por força do deliberado travão instalado na CDF o TJ manteve-se no seu caminho de Damasco, legitimado e fortalecido pela força jurídica do padrão formal de protecção de direitos fundamentais, consubstanciado pela CDF. De certo modo, os recentes desenvolvimentos representam a prova da continuidade do movimento amplificador ou da tendência expansiva⁵⁰². Neste trajecto de alargamento em profundidade do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais, identificamos dois movimentos-chave subtil e habilmente utilizadas pelo TJ e que a nosso ver constituem pontos essenciais a examinar por contribuírem decisivamente para o engrandecimento do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE. São eles o alargamento do conceito de implementação do Direito da UE e o abrandamento do rigor no estabelecimento da conexão ao Direito da EU.

2.1. A reconfiguração do conceito de *implementação* do Direito da EU

A abrangência dos actos estatais no âmbito de aplicação do Direito da União nas situações do tipo *Wachauf* depende do estabelecimento duma relação de implementação entre a actuação estatal e a regulamentação da União. Do ponto de vista funcional, a medida nacional em questão no caso concreto deve encontrar-se a dar concretização a um acto jurídico da UE para, nessa medida, cair no âmbito de aplicação do Direito da União.

⁵⁰² E.g., o caso *Fransson, cit.*, a desenvolver *infra*.



Ora, a questão central e que marca a diferença em termos de tamanho do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da União é saber se no prisma do TJ o conceito de *implementação* é invocado em sentido restrito ou em sentido amplo. O exercício é fundamental para se perceber quando se estabelece uma relação de implementação entre a actuação estatal e a regulamentação comunitária; ou então, para se perceber em que medida uma regulamentação nacional procede à implementação de actos jurídicos da União para efeito da sua inclusão no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. É uma questão de sumíssima importância saber se na expressão ‘acto de implementação do Direito da União’ cabem só os actos de implementação propriamente ditos, ou também todos aqueles que se revelem necessários para a correcta exequibilidade das prescrições comunitárias⁵⁰³.

2.1.1. Acepção restrita – *implementação directa*

A temática começou por cingir-se restritivamente aos actos estatais que de forma explícita e directa procedessem à transposição de regulamentações comunitárias.

⁵⁰³ Conforme refere P. EECKHOUT, «The UE Charter ...», *cit.*, pp. 963-975, em especial, quando estamos em presença de actos estatais adoptados em domínios em que a actividade comunitária começa a ter visibilidade e nos quais a questão dos direitos fundamentais se coloca com acuidade. Segundo o A. é o das situações em matéria de asilo; questiona, designadamente, se a aplicação pelos Estados-membros do programa comunitário em matéria de asilo constitui ou não um acto de implementação para o efeito que se pretende.

São pelo menos duas as situações em que o estabelecimento de uma conexão funcional entre a actuação estatal e o Direito da UE se encontra relativamente simplificado. Por um lado, encontram-se os casos em que a legislação nacional na sua previsão expressamente refere o acto comunitário cujo cumprimento visa garantir. É o que se verifica, designadamente com as disposições nacionais de transposição de directivas ou com as que expressamente identifiquem o regulamento a que pretendem dar execução. No que toca aos regulamentos, a sua identificação pela medida nacional de implementação nem sempre se verifica; contudo, nas situações em que um regulamento comunitário impõe deveres aos particulares e os Estados-membros adoptam medidas nacionais de execução, estes devem proceder à publicação formal não apenas das medidas nacionais, mas também do acto comunitário respectivo. Nestes casos o cumprimento do imperativo, ao permitir o conhecimento da génese da medida nacional, facilita o estabelecimento de uma relação funcional entre esta e o regulamento comunitário para efeito de aplicação do parâmetro de protecção de direitos fundamentais da UE⁵⁰⁴.

Por outro lado, estão os casos em que a actuação administrativa estatal dá cumprimento a uma orientação definida num acto jurídico da UE a observar verificados os respectivos pressupostos. Estão aqui em causa actos de fiscalização da observância das obrigações que decorrem para os particulares directamente da regulamentação da UE e praticados no quadro do procedimento administrativo. Nestes casos as entidades responsáveis pelo procedimento devem actuar em cumprindo das exigências de protecção dos direitos fundamentais da UE⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Assim prescreve o acórdão TJ, 10-03-2009, *Gottfried Heinrich*, C-345/06. De acordo com o TJ, só assim é possível salvaguardar o princípio da segurança jurídica dos particulares (§45-47). Ver ainda o acórdão TJ, 10-11-2011, *Garenfeld*, C-405/10, no âmbito do qual a legislação penal alemã expressamente se reporta na sua previsão ao Regulamento (CE) n.º 1418/2007 ao prever as consequências decorrentes da sua violação ou o acórdão TJ, 14-09-2006, *Slob*, C-496/04, no que toca à legislação dos Países Baixos que institui o regime de imposição suplementar sobre o leite.

⁵⁰⁵ Ver o acórdão TJ, 17-01-2013, *Zakaria*, C-23/12, §40-41, relativamente a actos administrativos praticados no âmbito do procedimento administrativo de controlo da identidade das pessoas nas fronteiras; o acórdão TJ, 06-09-2012, *Deutsches Weintor*, C-544/10, §42-60: relativamente à aplicação administrativa de procedimento previsto em regulamento comunitário à actividade de comércio de bebidas alcoólicas; o acórdão TJ, 29-03-2012, *Interseroh Scrap and Metals Trading*, C-1/11, caso de omissão de indemnizações impostas por regulamento. O acórdão TJ, 18-12-2008, *Sopropé*, C-349/07, relativamente a procedimento aduaneiro com decisão de cobrança de dívida; o acórdão TJ, 15-06-2006,

Podemos ainda acrescentar os casos do tipo *Stefensen* em que a natureza executiva das medidas nacionais de natureza processual decorre do facto dessas medidas serem convocadas no contexto de acções judiciais de reclamação de direitos derivados do Direito da UE⁵⁰⁶.

Note-se ainda que no caso das directivas os termos da vinculação dos Estados-Membros aos direitos fundamentais da UE não se restringe aos actos de transposição *stricto sensu*, mas abrange na mesma medida os actos de execução das medidas nacionais de transposição (medidas de execução de segundo nível ou em cadeia), tal como se encontra evidenciado nos casos *Promusicae*⁵⁰⁷, *ASNEF*⁵⁰⁸ e *Bonnier Audio AB*⁵⁰⁹⁻⁵¹⁰. O caso *Promusicae* envolve uma lei de transposição de directiva bem como a respectiva regulamentação. Já no segundo caso (*ASNEF*), secundando o acórdão *Promusicae*, o TJ afirmou que «na transposição das Directivas (...), compete aos Estados-Membros zelar porque seja seguida uma interpretação das mesmas que permita assegurar um justo equilíbrio entre os diversos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da União». E prosseguiu afirmando peremptoriamente que «[e]m seguida, na *execução das medidas de transposição* das referidas directivas, compete às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com estas mesmas directivas, mas também zelar por que seja seguida uma interpretação destas directivas que não entre em conflito com os referidos direitos fundamentais (...)» (§56). O destaque é nosso

Dokter, C-28/05, §71, 70, quanto ao cumprimento de obrigações comunitárias previstas em directivas por autoridades administrativas neerlandesas no sentido da determinação do abate de animais suspeitos de febre aftosa.

⁵⁰⁶ Acórdão TJ, 22-12-2019, *DEB*, C-279/09e acórdão TJ, 18-03-2010, *Alassini e o.*, C-317/08.

⁵⁰⁷ Acórdão TJ, 20-01-2008, *Promusicae*, C-275/06 (§68).

⁵⁰⁸ Acórdão TJ, 24-11-2011, *ASNEF*, C-468/10 e C-469/10.

⁵⁰⁹ Acórdão TJ, 19-04-2012, *Bonnier Audio AB*, C-461/10.

⁵¹⁰ Dando eco da ideia da eventual necessidade de várias medidas nacionais de implementação de um acto comunitário, ver ainda acórdão TJ, 22-11-2005, *Mangold*, que declara: «O termo “aplicação”, utilizado sem qualquer precisão no artigo 8.º, n.º 3, do acordo-quadro, não se pode referir apenas à transposição inicial da Directiva 1999/70, (...), devendo igualmente abranger todas as medidas nacionais destinadas a garantir que o objectivo por ela prosseguido possa ser alcançado, incluindo as que, posteriormente à transposição propriamente dita, completam ou modificam as regras nacionais já adoptadas» (§51).

2.1.2. Acepção ampla – *implementação (in)directa*

Segundo uma acepção ampla integram igualmente o âmbito de aplicação do Direito da UE, e por consequência da Carta, os actos nacionais que incidem sobre matéria regulada por um acto jurídico vinculativo da UE ao qual devem conformidade. Trata-se de medidas estatais que embora não se destinem a transpor directivas ou a executar regulamentos comunitários *tout court*, apresentam outro tipo de relação funcional com o Direito da UE. Ainda assim, em sentido lato, tais actos implementam ou concretizam o Direito da UE.

Naturalmente que a aceitação desta perspectiva da implementação do Direito da UE favorece o alargamento do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais e é, por conseguinte, problemática. Na prática importa que qualquer questão controvertida envolvendo a aplicação de acto nacional que se ligue a uma matéria regulada pela UE, da qual decorrem obrigações estatais, cai no âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da EU.

Há algumas decisões do TJ que apontam no sentido do acolhimento desta abordagem que transcende a concepção restrita do conceito de implementação do Direito da EU⁵¹¹.

Neste aspecto, o caso *Fransson*⁵¹², é paradigmático pelo facto do TJ, para efeito de aplicação dos direitos fundamentais da UE, ter considerado como medida de implementação da directiva do IVA e do artigo ... do TFUE a lei sueca relativa a infracções por crime fiscal aplicáveis a caso de incumprimento das obrigações do IVA⁵¹³.

⁵¹¹ Com idêntica leitura quanto ao entendimento alargado da obrigação dos Estados-membros implementarem directivas, revelado pelo TJ, Heidi KAILA, «The scope of application...», in P. CARDONNEL et al. (ed), *Constitutionalizing the...*, cit., pp. 306-308, 311; M. de MOL, «The novel approach...», cit., pp. 125 ss. Finalmente ver, Editorial Comments, «The scope of application...», cit., pp. 1593, nt. 26 e a ideia aí expressa de que a obrigação dos Estados transporem a directiva inclui o dever de ‘colocar em ordem’ a legislação pré existente.

⁵¹² Acórdão TJ, 26-02-2013, *Fransson*, C-617/10.

⁵¹³ Idem, §28-29. Ver ainda, o acórdão TJ, 14-02-2008, *Varec*, C-450/06 que envolve a lei processual belga que regula o direito de acesso a documentos no quadro de recurso judicial administrativo e o acórdão TJ, 17-01-2008, *Velasco Navarro*, C-246/06, relativo à lei definidora dos termos de atribuição de indemnizações por despedimento ilícito.

Também merece aqui expressão o acórdão *Küçükdevci*⁵¹⁴. O caso envolvia uma directiva não transposta, mas que ainda assim permitiu justificar a aplicação da CDF ao caso concreto. Encontrava-se em questão a legislação alemã relativa ao despedimento e a violação da directiva que concretiza o princípio da não discriminação em razão da idade, cujo prazo de transposição já havia expirado. Para efeito de aplicação artigo 21.º, 1 CDF ao Direito nacional o TJ considerou que a situação caía no âmbito de aplicação do Direito da União. Também aqui o argumento aduzido para o justificar é o facto da legislação nacional conter uma matéria regulada pela directiva (§23-27). Como repara M. de MOL no comentário ao caso, à partida, a medida nacional em questão não constitui nem uma medida de implementação, nem uma derrogação ao Direito da UE⁵¹⁵.

No caso *Scattolon*, o AG Y. BOT⁵¹⁶, citando *Küçükdevci* e referindo-se em particular às directivas afirma expressamente que «(...) o conceito de aplicação do direito da União não se deve limitar apenas às medidas de transposição desta. Em [sua] opinião, este conceito deve ser entendido no sentido de que abrange as aplicações posteriores e concretas das normas enunciadas por uma directiva, bem como, de maneira geral, todas as situações nas quais uma regulamentação nacional “aprende” [no sentido de “contem”] ou “afecta” uma matéria regulada por uma directiva cujo prazo de transposição terminou» (§22-26)⁵¹⁷.

⁵¹⁴ Acórdão TJ, 19-01-2010, *Küçükdevci*, C-555/07.

⁵¹⁵ M. de MOL, «The novel approach...», cit., pp. 126.

⁵¹⁶ Conclusões apresentadas a 05-04-2011, C-108/10.

⁵¹⁷ Ver ainda as interessantes considerações da AG J. KOKOTT nas Conclusões apresentadas em 15-12-2011, *Bonda*, C-489/10. «Se para os Estados Membros pode resultar, a partir do direito da União, a obrigação de prever sanções penais quando esteja em causa um atentado aos interesses financeiros da União no âmbito das ajudas agrícolas, então também têm de resultar desse mesmo direito da União e, mais concretamente, dos direitos fundamentais da União, os eventuais limites da referida obrigação. A obrigação de sancionamento penal de violações de direito da União, que brota deste mesmo direito da União, só pode subsistir na medida em que não sejam afectados os direitos fundamentais dos interessados, garantidos ao nível da União. De resto, só assim se garante que a obrigação de salvaguarda dos interesses financeiros da União, que resulta do direito da União, permaneça sujeita a limites comuns em todo o território da União.» (§19); «A [seu] ver, para a obrigação de respeitar os direitos fundamentais da União no sancionamento de violações de direito da União não pode fazer qualquer diferença o facto de as medidas sancionatórias dos Estados Membros terem sido adoptadas *explicitamente* para transposição de Direito da União ou já existirem. Em ambos os casos destinam-se a executar o Direito da União. Finalmente, a aplicação de direitos fundamentais da União não pode depender da eventualidade de já

Já no caso *Sopropé* o TJ admitiu a possibilidade da Lei geral tributária (LGT) portuguesa que define prazos para exercício de direitos de defesa poder cair no âmbito de aplicação do direito comunitário para efeito de apreciação quando em causa está uma situação que envolve um processo por infracção aduaneira resultante da violação do Regulamento que estabelece o Código Aduaneiro Comunitário. Embora a definição dos prazos respectivos seja da competência dos Estados-Membros (o regulamento nada prevê quanto ao assunto), no caso de regulamentações nacionais que entram no campo de aplicação do direito comunitário, o TJ entende haver que respeitar os critérios que o mesmo estabelece (§33ss.)⁵¹⁸. Embora não inteiramente claro e expressivo tudo indica que TJ considera que a LGT constitui uma regulamentação que cai no âmbito de aplicação do Direito da EU⁵¹⁹.

Referindo-se à metodologia adoptada no caso *Küçükdeveci* MOL concluiu que estamos em presença de sinais de uma extensão injustificada do âmbito do Direito da UE que qualifica de ‘Pandora box’. Movemo-nos, pois, num domínio propício à discussão.

Em primeiro lugar, a expressão do TJ é ambígua quanto ao assunto, não só pela frugalidade da argumentação, mas também pelo facto de não convocar directamente a jurisprudência *Wachauf* na fundamentação das decisões⁵²⁰.

Em segundo, os casos invocados têm em comum o facto de reportarem-se a questões que em princípio pertencem ao foro do Direito nacional. Portanto, domínios sensíveis do ponto de vista das competências como é o caso do Direito fiscal ou do regime de cessação do contrato de trabalho.

Finalmente, a confirmar-se a posição jurisprudencial, o fundamento que legitima a categoria de casos denominados casos tipo *Wachauf*, i.e., o argumento segundo o qual o Estado actua como ‘agente’ ao serviço do Direito da UE, fica de algum modo corrompido. Segundo F. FONTANELLI o foco é desviado da intensão estatal na

existir uma norma penal ou de esta só ser adoptada para transposição de uma obrigação de Direito da União.» (§20). O destaque é nosso.

⁵¹⁸ *Sopropé*, cit.

⁵¹⁹ Só nessa medida faz sentido a consagração de critérios de apreciação dirigidos ao juiz que conhece do litígio no processo principal a quem cabe examinar se o prazo concedido pela Administração competente preenche aquelas exigências.

⁵²⁰ Editorial Comments, «The scope of application...», *CMLR*, cit.

implementação do acto vinculativo para a ligação objectiva da medida nacional controvertida ao Direito da UE⁵²¹.

Creemos, no entanto, ser necessário cautelas. No mínimo, parece-nos claro não bastar a invocação do acto jurídico da UE que alegadamente está na origem da medida nacional de execução no contexto processual da situação controvertida. O facto da existência de um acto jurídico da UE que regulamente um determinado domínio jurídico material não permite necessariamente concluir-se com rigor que a concreta regulamentação nacional (incidente sobre a mesma matéria) cumpre um propósito funcional ou executivo. É necessário que para efeito de aplicação dos direitos fundamentais da UE à regulamentação nacional, *in concretum*, os Tribunais estabeleçam fundamentadamente uma efectiva relação de implementação. Ou seja, impõe-se que os Tribunais avaliem e justifiquem a concreta conexão funcional entre situação jurídica controvertida e o Direito da UE invocado, indo além da condição de em ambas as esferas de regulamentação estar em causa o mesmo domínio jurídico material.

No nosso entender, o caso *Annibaldi*⁵²² ilustra isso mesmo ao demonstrar que não é suficiente o argumento da legislação nacional disciplinar uma questão do foro

⁵²¹ Filippo FONTANELLI, «*Hic sunt nationes: the elusive limits of the UE Charter and the German Constitutional watchdog: Court of Justice of the European Union. Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10, Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*», ECLR, 2013, 9, 2, p. 319 questiona nos seguintes termos: «Can someone qualify as an agent simply in light of the unintended effects of his action?»).

⁵²² Acórdão de 18-12-1997, *Daniele Annibaldi v. Sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio*, proc. C-309/96, Col.1997, p. I-7493. D. Annibaldi é dono de uma propriedade situada no parque natural e arqueológico regional da Inviolata, criado pela Lei regional n.º 22, de 20-06-96 e crê que esta lei ao proibi-lo de plantar um pomar numa zona de três hectares no interior do parque viola o artigo 40.º, n.º 3 do TCE e os princípios gerais de direito comunitário, em especial, os direitos fundamentais ligados à propriedade, à empresa e à igualdade de tratamento. Argumenta que, na prática, as autoridades nacionais procedem a uma expropriação sem pagamento da correspondente indemnização. Para dar resposta à pretensão de D. Annibaldi, o órgão nacional de reenvio pretende saber se «uma norma de direito nacional que imponha às empresas abrangidas por um parque natural e arqueológico que se abstenham de toda e qualquer actividade nas respectivas áreas – traduzindo-se numa verdadeira expropriação das empresas abrangidas pelo mesmo parque, sem que esteja prevista qualquer indemnização aos expropriados – viola os direitos fundamentais ligados à propriedade, à empresa e à igualdade de tratamento por parte das autoridades nacionais?» (§9). Quanto à demanda, o Tribunal de Justiça declarou-se incompetente para responder às questões submetidas, uma vez que as disposições da lei regional não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito comunitário. Chega e esta conclusão começando por recordar a jurisprudência *Wauchauf*, nos termos da qual o Tribunal de Justiça só tem

agrícola ou ambiental para justificar inevitavelmente a sua conexão à ordem jurídica comunitária e assim cair no âmbito da jurisdição comunitária. A simples circunstância da regulamentação comunitária ter instituído uma política agrícola e ambiental, por si só, não determina que todos os actos normativos adoptados pelas autoridades nacionais nesse âmbito caem no campo de aplicação do Direito da UE. Há que considerar, entre outros aspectos, se o objecto e os fins prosseguidos pelas disposições nacionais têm directamente em vista a execução duma concreta regulamentação comunitária.

Tal não significa que deva exigir-se que a legislação nacional expressamente identifique a regulamentação comunitária a que pretende dar execução, mas tal deve ser possível reconhecer de modo inequívoco, ainda que indirectamente, a partir da observação do seu objecto jurídico bem como dos fins apresentados.

2.2. Flexibilização do nexu exigível entre a situação concreta e o Direito da EU

Outro dos mecanismos que permitiu ao TJ amplificar o âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE foi afrouxamento ou enfraquecimento da conexão exigida entre o caso concreto e o Direito da UE nas situações do tipo ERT.

Constitui uma evidência que a aplicação dos direitos fundamentais UE aos actos estatais depende da existência de um nexu suficiente entre a situação concreta gerada no plano interno e o Direito da UE. Caso tal ligação não se estabeleça apenas o parâmetro nacional de protecção dos direitos fundamentais é susceptível de ser aplicado. Ao passo que nas situações geradas pela aplicação das medidas nacionais de implementação das disposições comunitárias a ligação ao Direito da UE (tipo *Wachauf*) é próxima e

competência na matéria a partir do momento em que uma regulamentação nacional entra no campo de aplicação do direito comunitário. O seu raciocínio leva-o a concluir que «no estado actual do direito comunitário, uma *regulamentação nacional* como a lei regional, que cria um parque natural e arqueológico a fim de proteger e valorizar o ambiente e o património cultural do território em questão, se aplica a uma situação que não é abrangida pelo direito comunitário.» (§ 24). Neste contexto, o Tribunal suporta a sua conclusão substancialmente em três razões. Primeiro, a lei em consideração não tem «como objecto dar aplicação a uma disposição de direito comunitário no domínio agrícola, no domínio do ambiente ou da cultura.» Segundo, a lei prossegue objectivos diversos dos da política agrícola comum e tem um carácter geral por visar a protecção e valorização do património cultural do território em questão. Finalmente, a lei respeita a uma área que é da competência dos Estados-membros, na medida em que, por um lado, não existe regulamentação comunitária específica em matéria de expropriações, e por outro, as medidas relativas à organização comum de mercados agrícolas não tem por efeito afectar os regimes da propriedade agrícola (§21-24).

relativamente perceptível, o mesmo não sucede com os demais actos estatais. Quanto a estes, o TJ elegeu o exercício de uma liberdade fundamental do mercado comum como o elemento de ligação da situação concreta ao direito comunitário para efeitos de definição do âmbito de aplicação do direito comunitário de protecção dos direitos fundamentais (tipo *ERT*). Desta feita, a medida nacional controvertida deve, antes de mais, afectar o titular de uma liberdade fundamental⁵²³. A esta circunstância o TJ acrescentou que a regulamentação nacional, aplicada indistintamente, deve constituir um entrave a essa liberdade⁵²⁴. Mais esclareceu que não basta a perspectiva meramente hipotética do exercício de uma liberdade fundamental para justificar a aplicação do direito comunitário de protecção dos direitos fundamentais⁵²⁵.

Atendendo que definir se está ou não a ser exercida uma liberdade fundamental ou se a medida nacional tem ou não uma natureza restritiva é da competência da jurisdição comunitária, neste domínio o TJ tem um certo espaço de discricionariedade que em função da abordagem ser mais ou menos rigorosa se reflecte sobre a medida do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais. Efectivamente, nem sempre as soluções que o TJ apresenta são incontroversas, pelo que, muitos autores têm criticado o modo como a configuração do âmbito de aplicação do direito comunitário se tem processado neste plano. Enquanto umas vezes é demasiado brando no enquadramento da situação controvertida no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais e em causa estão domínios em que é duvidoso se o controlo deve ser exercido, noutras parece afastar a sua jurisdição como forma de contornar áreas especialmente sensíveis do ponto de vista axiológico.

Referimo-nos concretamente às decisões *Carpenter* e *Grogan*, ambas criticáveis pelo elemento transfronteiriço definido pelo TJ e de cujo confronto se percebe a latitude de que o TJ dispõe na aplicação do regime jurídico das liberdades fundamentais e por consequências, dos direitos fundamentais.

No caso *Grogan*⁵²⁶, o Tribunal julgou que os estudantes não se encontravam a exercer qualquer liberdade fundamental do mercado comum, não sendo pelo facto

⁵²³ Acórdão de 04-10-1991, *SPUCI v. Stephen Grogan e o.*, cit.

⁵²⁴ Acórdão de 1-2-1996, *Processo-crime v. Gianfranco Perfili*, cit.

⁵²⁵ Acórdão de 29-05-1997, *Friedrich Kremzow*, cit.

⁵²⁶ Este acórdão foi amplamente comentado. Ver, entre muitos, G. de BÚRCA, «Fundamental human rights and the reach of EC law», cit., pp. 283-319; Genevieve KELLY, «Public policy and general interest exceptions in the jurisprudence of the European Court of Justice: towards a 'european conception

titulares de qualquer direito atribuído pela ordem jurídica comunitária⁵²⁷. O conceito restrito de serviço impediu o estabelecimento de uma ligação entre a situação dos estudantes e o ordenamento comunitário. Pelo facto, passou a caber à jurisdição nacional decidir se a dita proibição restringia ou não o direito à liberdade de expressão.

A adopção de um conceito de serviço menos exigente teria permitido ao TJ aplicar o parâmetro comunitário de protecção dos direitos fundamentais, o que para alguns se equacionava como viável⁵²⁸. Se a difusão por parte dos estudantes de informações sobre interrupção voluntária da gravidez fosse vista pelo TJ como uma prestação de serviços na acepção do Tratado seria indeclinável para o Tribunal o exame da compatibilidade da regulamentação nacional com o direito à liberdade de expressão consagrada no artigo 10.º da CEDH⁵²⁹.

O caso *Carpenter* é pertinente em sentido inverso. A conexão estabelecida entre a situação da Senhora Carpenter criada pela aplicação da legislação nacional e o direito comunitário afigura-se fraca, artificial e de consequências imprevisíveis. Recorde-se que o TJ reconheceu que a expulsão do cônjuge, nacional de um Estado não membro, de um cidadão comunitário constituía um obstáculo ao exercício da sua liberdade de

of values and fundamental rights?», *ERPL*, 1996, n.º4, pp.17-40; R. BIEBER, K. de GUCHT, K. LENAERTS e J. H. H. WEILER, *Au nom des peuples Européens. In the name of the peoples of Europe. Un catalogue des droits fondamentaux de l'Union Européenne. A catalogue of fundamental rights in the European Union*, cit., pp. 180-185; J. COPPEL e A. O'NEILL, «The European Court of Justice: taking rights seriously» *cit.*, pp. 685-689 e 691-692; J. H. H. WEILER, «Taking rights...», *cit.*, pp. 597-605 e R. PHELAN, «Right to life of the unborn v. promotion of trade in services: the ECJ and the normative shaping of the UE», *cit.*, p. 673.

⁵²⁷ Segundo o TJ a relação entre os estudantes e as clínicas era «demasiado ténue para que a proibição de divulgar informações possa ser considerada uma restrição abrangida pelo artigo 59.º do Tratado» (§24).

⁵²⁸ Alguns citam esta decisão para demonstrar que o TJ não leva os direitos fundamentais a sério. Ver J. COPPEL e A. O'NEILL, «The European Court of Justice: taking rights...», *cit.*, pp. 685-689 e 691-692.

⁵²⁹ Estamos, contudo, cientes das implicações que uma decisão em sentido inverso à adoptada convocaria. Chamando a atenção para as prováveis consequências do reconhecimento expresso pelo TJ da actividade dos estudantes como um serviço situado no âmbito de aplicação do direito comunitário, G. de BÚRCA, «Fundamental human rights and the reach...», *cit.*, p. 317. Criticando a metodologia do acórdão ver J. COPPEL e A. O'NEILL, «The European Court of Justice: taking rights...», *cit.*, pp. 685-689 e 691-692 e R. PHELAN, «Right to life of the unborn v. promotion of trade in services: the ECJ and the normative shaping of the UE», *cit.*, p. 673.

prestação de serviços, na medida em que ofendia o seu direito ao respeito da vida familiar.

O caminho trilhado pelo TJ ao culminar na aplicação do artigo 49.º TCE (actual artigo 56.º TFUE) interpretado à luz dos direitos fundamentais revela-se discutível⁵³⁰. Parte dos passos seguidos deixam dúvidas mercê da insuficiente argumentação no que tange à caracterização do factor de ligação ao direito comunitário⁵³¹. Em primeiro lugar, o TJ entendeu estar a ser exercido por parte do senhor Carpenter um serviço na acepção do Direito comunitário perante uma situação em que não há deslocação a outro Estado-membro, bastando-se com a circunstância de «haver uma proporção significativa de serviços prestados no exterior», o que constitui uma expressão vaga e incerta⁵³². Em segundo lugar, o aspecto mais controverso; o Tribunal não esclarece em que medida a regulamentação do Reino Unido em matéria de imigração ao visar o cônjuge do cidadão britânico, nacional de um Estado não membro, restringe a liberdade de prestação de serviços deste. Segundo demonstração sucinta do Tribunal, a situação da Senhora Carpenter liga-se ao Direito comunitário porque é casada com um cidadão comunitário a exercer uma liberdade fundamental do mercado comum e a decisão da sua expulsão constitui um obstáculo ao exercício dessa liberdade na medida em que ofende o seu direito ao respeito pela vida familiar⁵³³.

No que toca a determinação dos contornos do âmbito de aplicação do direito comunitário de protecção dos direitos fundamentais, o estilo lacónico e sombrio

⁵³⁰ Ver os comentários de S. ACIERNO, «The Carpenter judgment...», *cit.*, pp. 398-407; H. TONER, «Comments on Mary Carpenter...», *cit.*, pp. 163-172; L. VALENTINO, «La tutela del conjuge, cittadino di uno Stato terzo, entra a far parte della “famiglia” dei diritti fondamentali», *DPCE*, IV, 2002, pp. 1656-1660. Ver, por último, S. DOUGLAS-SCOTT, «The Charter...», *cit.*, p. 49.

⁵³¹ Os reparos incidem mais sobre a fundamentação aventada pelo Tribunal do que sobre a solução em si mesma. Apesar das fragilidades apontadas à decisão *Carpenter*, S. ACIERNO, «The Carpenter judgment...», *cit.*, p.407, reconhece que, no actual estado do direito comunitário, o caminho seguido foi o possível para a protecção dos direitos fundamentais. Em sentido coincidente, H. TONER, «Comments on Mary Carpenter...», *cit.*, p. 169.

⁵³² S. ACIERNO, «The Carpenter judgment...», *cit.*, p. 403-404. Segundo a A. o TJ sugere que é a quantidade de serviços prestados no exterior que constitui o factor relevante para tornar a protecção dos direitos fundamentais uma questão de direito comunitário, quando na realidade sempre que uma medida tem um efeito claro numa liberdade económica protegida pelo Tratado a quantidade não é relevante.

⁵³³ Como nota H. TONER, «Comments on Mary Carpenter...», *cit.*, pp.165, 169 e 171, o Tribunal sequer explora a questão da necessidade de prestação de cuidados aos eventuais filhos menores do casal, deixando em aberto todas as hipóteses.

utilizado no discurso judicial não ajudam. O facto impede de avaliar o real alcance da decisão deixando em suspenso a possibilidade de uma ampliação do âmbito de aplicação do direito comunitário de contornos e consequências incertas. Porém, embora a aplicação dos direitos fundamentais da União a um caso cuja conexão ao direito comunitário é ténue e indirecta possa dar azo a conjecturas sobre uma eventual extensão do seu âmbito de aplicação, no actual estado do processo de integração, uma interpretação lata da decisão *Carpenter* não se antevê acertada. Como adverte S. ACIERNO, há que pôr limites à aplicação dos direitos fundamentais protegidos pelo Direito comunitário a medidas nacionais restritivas das liberdades fundamentais, exigindo-se que a medida nacional em causa tenha um efeito directo e claro sobre uma liberdade económica protegida pelo Tratado, sob pena de serem equacionáveis cenários incompatíveis com o estado actual do Direito comunitário; por exemplo, a aplicação dos direitos fundamentais protegidos pelo Direito comunitário à situação dos que adquirem um livro via Amazon na medida em que exercem a sua liberdade de receber serviços. Por isso, nem todos os casos de exercício da liberdade de prestação de serviços devem justificar a protecção dos direitos fundamentais em moldes análogos aos do acórdão *Carpenter*⁵³⁴⁻⁵³⁵. A ligação à ordem jurídica comunitária deve ser mais intensa sob pena de caírem no âmbito de aplicação do Direito da UE situações indevidas⁵³⁶.

Caso não haja exigência na identificação do factor de ligação ao direito comunitário para o efeito em análise, *in extremis*, deixarão de existir *situações puramente internas* no que se refere à aplicação dos direitos fundamentais⁵³⁷. O Direito comunitário transformar-se-ia em Direito geral, anulando a validade da aplicação das ordens jurídicas nacionais, o que não se compadece com a natureza do ordenamento

⁵³⁴ Em sentido coincidente, F. MAYER, «La Charte... », *cit.*, p..., segundo o qual a partir da sentença *Carpenter* basta consultar a Internet noutro Estado-membro para se cair no âmbito de aplicação do direito comunitário.

⁵³⁵ Levantando dúvidas sobre a protecção comunitária dos direitos fundamentais nos casos de exercício de livre prestação de serviços, no sentido de excluir os meros receptores, D. S. BINDER, «The European Court of Justice and the protection of fundamental rights in the European Community: new developments...», *cit.*, pp. 17-18.

⁵³⁶ Para uma avaliação dos efeitos de uma leitura ampla do acórdão sobre os direitos dos imigrantes na União Europeia, H. TONER, «Comments on Mary Carpenter...», *cit.*, pp. 171-172.

⁵³⁷ Segundo H. TONER, «Comments on Mary Carpenter...», *cit.*, pp. 167 e 171, *Carpenter* dificulta a definição clara de um conceito de *situação puramente interna*.

comunitário⁵³⁸. Se é certo que na definição dos conceitos pertinentes no quadro do regime comunitário das liberdades fundamentais não se pode ser tão exigente, por outro lado, embora a realização da Justiça em matéria de protecção de direitos fundamentais o possa impor, a conexão não pode ser tão ténue e indirecta que permita a atenuação dos limites à aplicação do Direito comunitário a actos estatais ou a ampliação injustificada do âmbito de aplicação da ordem jurídica comunitária⁵³⁹.

2. Zonas problemáticas e questões em aberto decorrentes da metodologia do TJ em matéria de âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE

O movimento levado a cabo pelo TJ tem sido de sentido ascendente relativamente ao reconhecimento da relevância dos direitos fundamentais da UE no quadro de actuação desenvolvida no interior dos Estado-membros. A jurisprudência desenvolvida neste domínio para lá das dificuldades genéricas inerentes à fluidez e à incerteza do critério adoptado para a determinação das situações de dimensão comunitária, tem permitido a identificação de dificuldades concretas localizadas quer na categoria *Wachauf*, quer na categoria *ERT*.

Fazemos agora alusão a algumas das principais dimensões problemáticas que em concreto decorrem da aplicação da metodologia judicial quanto ao âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais, quer no que toca ao reconhecimento da relevância dos direitos fundamentais no domínio dos actos de implementação quer no domínio dos actos restritivos das liberdades fundamentais. Há aspectos em relação aos quais o TJ se pronunciou, outros que permanecem em suspenso.

2.1. Na categoria de actos de implementação – *Wachauf*

2.1.1. A execução de um acto jurídico da União ofensivo dos direitos fundamentais – uma vinculação estatal ‘*na medida do possível*’

O primeiro aspecto a salientar prende-se com os limites ao dever de respeitar os direitos fundamentais da UE imposto aos Estados-membros – o acto estatal de execução

⁵³⁸ S. ACIERNO, «The Carpenter judgment...», *cit.*, p. 404.

⁵³⁹ Sob pena de se dar guarida às especulações acerca das verdadeiras intenções do TJ na matéria.

deve ser escrutinado quando se está perante um acto jurídico da União ele mesmo ofensivo do parâmetro de protecção dos direitos fundamentais da EU?

Relativamente a cenários deste tipo a doutrina recorreu ao acórdão *Wachauf* para concluir que o respeito pelos direitos fundamentais da UE constitui um dever a observar *na medida do possível*⁵⁴⁰. A doutrina tem interpretado a expressão utilizada no §19 do acórdão do TJ, «*na medida do possível*» no sentido de que o respeito pelos direitos fundamentais constitui um princípio limitador da margem de apreciação dos Estados-membros, desde que o próprio acto comunitário a implementar não seja ele mesmo ofensivo dos direitos fundamentais comunitários. Assim, se o acto comunitário for em si mesmo lesivo dos direitos fundamentais da UE, a violação destes por parte das autoridades nacionais tem uma origem definida, não podendo ser-lhes imputada. Por essa razão o controlo judicial deve recair sobre o acto comunitário e não sobre a medida nacional de implementação⁵⁴¹⁻⁵⁴².

Por conseguinte, a vinculação estatal aos direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento comunitário na aplicação das prescrições comunitárias não é incondicional; antes depende da validade do próprio acto a executar.

Na jurisprudência da UE há registo de situações em que o problema da validade do acto comunitário constitui desde logo o objecto principal do pedido de reenvio, embora no processo principal a questão seja relativa a acto nacional de execução⁵⁴³; outras vezes o problema da validade do acto comunitário constitui a questão prejudicial

⁵⁴⁰ Ver acórdãos *Wachauf*, cit., §19 ; *Rombi*, cit, §65 e *B. Aquaculture*, cit., §88.

⁵⁴¹ N. PIÇARRA, «A Competência ...», cit., p.1421. Se a vinculação dos Estados-membros neste contexto está dependente da «*medida do possível*», significa que «se não for possível aos competentes órgãos dos Estados-membros executar uma norma comunitária sem violar direitos fundamentais, o controlo do Tribunal deve então incidir, antes de mais sobre essa norma, levando à anulação da mesma». Note-se, contudo, que a expressão na '*medida do possível*' usada no texto do acórdão *Wachauf* se tem prestado a interpretações nem sempre coincidentes. Ver J. COPPEL et al., «The European Court of Justice: taking rights seriously?», cit., pp. 2639-2640 e Joseph H. H. WEILER et al., «“Taking Rights Seriously” Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part II», *CMLR* 1995, 32, em especial, pp. 588-590, na apreciação crítica que faz da abordagem que J. COPPEL et al. apresentaram do mesmo caso.

⁵⁴² Se dúvidas subsistirem, ver com a autoridade devida, Francis JACOBS, «*Wachauf and the...*», pp. 137, in Miguel POIARES MADURO and Loïc AZOULAI (ed.), *The past and future of UE law: the classics of UE law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Hart, 2010.

⁵⁴³ Acórdão TJ, 26-06-2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05.

apresentada a título subsidiário, quando a título principal se coloca a questão de interpretação; noutros casos a questão não decorre do pedido de reenvio, mas é suscitada oficiosamente pelo TJ no respectivo acórdão⁵⁴⁴.

2.1.2. Os poderes discricionários dos Estados-membros na implementação do direito comunitário, em especial no domínio das *directivas*

Observamos que quando os Estados-membros assumem as vestes de executores do Direito da UE dando cumprimento a regulamentos, transpondo ou implementando directivas comunitárias, é assente a sua vinculação aos direitos fundamentais.

Contudo, como é sabido, na execução das regras comunitárias, não raras vezes é reconhecido aos Estados-membros uma dose de discricionariedade, o que torna pertinente saber se, nessas zonas de comprovada liberdade de apreciação estatal, é admissível e legítima a aplicação do parâmetro comunitário de protecção dos direitos fundamentais; ou seja, se a vinculação aos direitos fundamentais atinge todas as facetas da actuação estatal em cumprimento do Direito comunitário, incluindo aquelas em que os poderes públicos nacionais gozam de alguma liberdade de acção.

Num certo sentido, a vinculação estatal em áreas de discricionariedade poderia redundar numa redução da margem de liberdade atribuída aos Estados-membros no sentido de os *embaraçar* no exercício dos seus poderes. Estaríamos assim perante uma espécie de *intrusão* dos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária em domínios de atribuição estatal, subvertendo-se o esquema comunitário de distribuição de competências. A ser assim, aos actos estatais adoptados ao abrigo de um poder discricionário reconhecido pelo ordenamento comunitário caberia aplicar, tão só, o parâmetro nacional de protecção dos direitos fundamentais⁵⁴⁵; portanto, a margem

⁵⁴⁴ Casos que ilustram e corroboram a tese: acórdão TJ, 27-06-2006, *Parlamento/Conselho*, C-540/03, §105; acórdão TJ, 01-03-2011, *Test-Achats ASBL*, C-236/09, §12-14, 32 e acórdão TJ, 16-09-2010, *Chatzi*, C-149/10, §75 (no domínio das directivas). Acórdão TJ, 06-09-2012, *Deutsches Weintor eG*, C-554/10, §42 e acórdão TJ, 29-03-2012, *Metals Trading GmbH*, C-1/11, §46 (no domínio dos regulamentos). Acórdão TJ, 26-02-2013, *Melloni*, C-399/11, §45, 47; acórdão TJ, 03-05-2007, *Advocaten voor de Wereld VZW*, C-303/05 (no domínio das decisões-quadro).

⁵⁴⁵ Manifestando esse entendimento I. PERNICE, «The Charter...», *cit.*, pp. 19, «The Charter should not be applied when national legislators make use of their discretionary power. Thus, national provisions of

de livre apreciação reservada aos Estados-membros constituiria um espaço de relevância estritamente nacional.

Em princípio, a problemática identificada pode colocar-se relativamente a todos os actos normativos comunitários que careçam de execução no plano estatal. Assim, é indispensável perguntar-se se o TJ pode, sem restrições, controlar à luz dos direitos fundamentais o modo como um Estado-membro garante internamente a exequibilidade de um regulamento ou pode pronunciar-se sobre a compatibilidade com os direitos fundamentais do acto de transposição e/ou de implementação de uma directiva ou decisão-quadro.

Quanto aos actos estatais de implementação de regulamentos comunitários a aceitação da sua apreciação tem sido praticamente incontroversa; para o facto contribuiu a circunstância de estarem em causa actos normativos comunitários que conferem uma estreitíssima margem de apreciação aos Estados-membros na sua aplicação. Cuidados os elementos estruturais que caracterizam o acto, nestes casos, a vinculação é menos debatida. Todavia, se é certo que são actos normativos directamente aplicáveis e obrigatórios em todos seus elementos, restando uma escassa margem de apreciação aos poderes nacionais, convém ter-se presente a circunstância de o próprio legislador comunitário, por vezes, atribuir às autoridades estatais a prerrogativa de uma mais adequada composição dos interesses em presença. É o que sucede, designadamente, com a regulamentação comunitária em matéria de regime de imposição suplementar sobre o leite. Recorde-se que no caso *Wachauf* a legislação comunitária em execução, conferia aos Estados-membros um poder discricionário cujo exercício se encontrava

implementation which are not determined by European Community law are a matter for national fundamental rights». Para R. MOURA RAMOS, «A CDFUE – Alguns aspectos», in AAVV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Ed., 2001, p. 55, os direitos fundamentais protegidos na esfera comunitária apenas se aplicam aos Estados-membros quando «actuem em execução das obrigações assumidas para com a União e que excluam a liberdade de determinação das suas condutas». Portanto, parecem ficar de fora os actos de execução dos regulamentos que atribuem poderes discricionários e os actos de transposição e implementação de directivas, pelo menos no que toca à forma e aos meios a adoptar pelas autoridades nacionais. Referindo-se à CDFUE sustenta que ao se protegerem os seus titulares face aos Estados membros, ultrapassar-se-ia «a linha de demarcação entre as competências do Estado-membro e as da União ou das Comunidades». O A. vai mais além afirmando que «face aos comportamentos dos Estados» a protecção dos direitos fundamentais «resulta das Constituições nacionais e do mecanismo instituído pela CEDH».

circunscrito pelos princípios gerais de direito comunitário, em particular, pelos direitos fundamentais. Daí, dever integrar-se na discussão o caso dos regulamentos comunitários.

O tema já tem sido menos pacífico no que diz respeito aos actos estatais de implementação de directivas comunitárias. No que toca às directivas a questão coloca-se com maior acuidade, uma vez que a margem de liberdade estatal na sua transposição e implementação é uma componente inerente à própria configuração do acto normativo. Como dispõe o artigo 288.º do TFUE «[a] *directiva vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais competência quanto à forma e aos meios.*»⁵⁴⁶. Aqui a questão é entender se a margem de autonomia em matéria de escolha da forma e dos meios atribuída aos Estados-membros para a implementação da directiva deve ser ou não limitada pelo imperativo da protecção dos direitos fundamentais.

A dúvida desde cedo ficou esclarecida. No caso *Wachauf*, o TJ determinou que ainda que uma regulamentação comunitária atribuísse aos Estados-membros um poder discricionário, no âmbito dessa margem de apreciação, aqueles encontravam-se limitados na sua acção pelo facto de, ao executarem o Direito comunitário, deverem assegurar que tal execução se processa em conformidade com a exigência da protecção dos direitos fundamentais. Nestes termos, ficou claro que segundo o TJ os direitos fundamentais da União apresentar-se-iam como limites que os Estados-membros devem observar sempre que se encontrem no exercício de uma competência executiva ainda que dispondo de um certo grau de discricionariedade. A vinculação aos direitos fundamentais da UE verificar-se-ia, quer a discricionariedade estatal fosse promovida pelo acto comunitário (no caso dos regulamentos), quer fosse uma inerência ao próprio acto (no caso das directivas).

Ao longo dos anos o Tribunal do Luxemburgo não vacilou nesta matéria, como o demonstra o recente caso *N. S.*⁵⁴⁷. O caso envolve um regulamento que confere aos Estados-Membros um poder de apreciação e relativamente ao assunto o TJ afirmou que

⁵⁴⁶ Sobre o conceito e caracterização da directiva comunitária, ver R. M. MOURA RAMOS, *Das Comunidades à União*, cit., pp. 84-85 e 241-242. Para o tratamento do tema da transposição das directivas comunitárias na ordem jurídica portuguesa, M. REBELO DE SOUSA, «A Transposição das Directivas Comunitárias na Ordem Jurídica Portuguesa», in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia* (Studia Iuridica, 38), 1999, p. 65-81.

⁵⁴⁷ Acórdão TJ, 2011-12-21, *N. S.*, proc. C-411/10:

«(...) deve considerar-se que um Estado-Membro que exerce este poder de apreciação aplica o direito da União na acepção do artigo 51.º, n.º1 da Carta.» (§68) Assim, há que responder (...) que a decisão adoptada por um Estado-Membro com fundamento no artigo 3.º, n.º 2 do Regulamento n.º 343/2003, de analisar ou não um pedido de asilo pelo qual não é responsável, (...) desencadeia a aplicação do direito da União para efeitos do artigo 6.º TUE e/ou do artigo 51.º da Carta.» (§69)⁵⁴⁸. Em suma, não obstante as decisões serem adoptadas ao abrigo de um poder discricionário conferido pelos actos comunitários, não deixam de constituir actos de execução destes⁵⁴⁹.

Com efeito, quando um Estado-membro actua ao abrigo de um poder discricionário não deixa de estar a implementar o Direito da UE, pelo que para o efeito a relevância da margem de discricionabilidade reservada aos Estados-membros pela regulamentação comunitária não é determinante no sentido do afastamento ou atenuação da vinculação. Partilhamos da tese veiculada pelo TJ que integra no âmbito de aplicação do Direito da União todos os actos estatais de execução ainda que adoptados ao abrigo de poderes discricionários e independentemente da sua amplitude. É indefensável e insustentável no plano dos princípios que um Estado-membro se encontre livre do dever de respeitar os direitos fundamentais à luz do Direito da UE quando adopte medidas de execução de regulamentos ou de transposição e implementação de directivas⁵⁵⁰. Neste sentido, o respeito pelos direitos fundamentais apresenta-se, embora com limitações,

⁵⁴⁸ Em sentido análogo, ver as Conclusões da AG V. TRSTENJAK, apresentadas em 22-09-2011, §79-80, 84.

⁵⁴⁹ Sobre o tema é valiosa a leitura da argumentação da AG V. TRSTENJAK nas Conclusões ao caso *N. S.*, apresentadas em 22-09-2011, §69-83.

⁵⁵⁰ Assim, embora se reportando aos regulamentos comunitários, N. PIÇARRA, «A Competência...», *cit.*, pp. 1421, observa que a vinculação dos Estados-membros aos direitos fundamentais na execução de normas comunitárias «não depende do grau de discricionabilidade legislativa ou administrativa de que os executantes disponham para o efeito». Do mesmo modo, B. P. VERMEULEN, «The issue of fundamental rights in the administrative application and enforcement of community law», in J. A. E. VERVAELE, (Ed.), *Administrative Law application and enforcement of community law in the Netherlands*, *cit.*, p.60 e J. Temple LANG, «The sphere in which member states are obliged to comply with the general principles of law and Community fundamental rights», *cit.*, pp. 25. Já VIEIRA DE ANDRADE, «A Carta de Direitos Fundamentais e as Constituições nacionais», in AAVV, *Carta de Direitos...*, *cit.*, p. 83, parece hesitar aceitando que os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária se apliquem aos actos estatais que tenham «por finalidade a transposição de directivas – estas, tendo em conta a relativa liberdade de conformação do legislador nacional, pelo menos, no que respeita à prossecução das finalidades pré-determinadas».

como um princípio limitador da margem de apreciação dos poderes nacionais em matéria de cumprimento do direito comunitário⁵⁵¹.

Em abono deste entendimento, parece-nos argumento fundamental sublinhar que a vinculação estatal aos direitos fundamentais não embaraça necessariamente o exercício dos poderes discricionários estatais que, na sua essência, permanecem. A jurisprudência firmada revela-se inclusive desejável na perspectiva da aplicação uniforme do Direito comunitário e até mais consentânea com a força expansiva que o princípio do respeito dos direitos fundamentais tem granjeado na ordem jurídica comunitária⁵⁵². Como previne C. ENGEL, submeter estes actos exclusivamente ao sistema nacional poderia redundar num prejuízo para a protecção dos direitos fundamentais, decorrente das dificuldades colocadas pela diversidade de *standards* de protecção entre os Estados-membros⁵⁵³.

Se ao acto a executar se aplica o sistema comunitário de protecção dos direitos fundamentais, o mesmo deve suceder ao acto de execução⁵⁵⁴. Não devemos olvidar estar-se perante um poder estatal que radica no Direito da UE, ou seja, é o Direito da UE que confere a possibilidade de intervenção estatal para que a aplicação e a execução das suas prescrições se faça em consonância com as especificidades nacionais.

No entanto, a citada jurisprudência, embora à partida forneça uma argumentação de alicerces lineares e convincentes, encerra alguns embaraços, sobretudo no que toca à implementação das directivas. Neste domínio não se pode deixar de ter presente o alcance alargado da liberdade outorgada pelo Direito comunitário aos Estados-membros. Tal autonomia traduz-se na faculdade dos Estados destinatários adoptarem a nível nacional as medidas legislativas ou regulamentares que reputeem como as mais adequadas a dar execução ao resultado prescrito pelas disposições comunitárias, com

⁵⁵¹ A AG C. STIX-HACKL, nas Conclusões apresentadas em 18-03-2004 no caso *OMEGA*, C-36/02, sublinha este aspecto ao afirmar que «quando uma regulamentação comunitária deixa aos Estados-membros uma margem de apreciação ou a escolha entre várias modalidades de execução, estes devem exercer os seu poder discricionário respeitando os direitos fundamentais comunitários, de modo a aplicar esta regulamentação nacional em conformidade com a protecção comunitária dos direitos fundamentais.» (§ 64).

⁵⁵² F. JACOBS, «Human rights in the European Union», *cit.*, p. 333.

⁵⁵³ C. ENGEL, «The European Charter of Fundamental Rights. A changed political opportunity structure and its normative consequences», *cit.*, pp. 161-162.

⁵⁵⁴ J. H. H. WEILER et al., « A human rights policy for the European...», *The EU and Human Rights*, *cit.*, pp. 161-162.

ampla liberdade quer em termos de forma quer de meios. Não obstante, é possível contrapor com o argumento de que o princípio do respeito pelos direitos fundamentais constitui uma exigência imposta tacitamente pelo resultado a alcançar apontado pela própria directiva. Por essa razão, a vinculação aos direitos fundamentais não se cingiria aos actos adoptados tendo em vista o resultado a alcançar, mas estender-se-ia também à forma e aos meios adoptados para esse fim⁵⁵⁵.

2.1.3. *Quando o acto estatal excede o necessário para a implementação do acto jurídico da UE*

Frequentemente no contexto da margem de discricionariedade concedida os Estados-membros optam por adoptar medidas de execução que não só cumprem o que se impõe para cumprimento das metas fixadas pelo acto jurídico da UE, como também ultrapassam os objectivos visados. Nos casos em que a medida nacional supera o necessário para a implementação do acto comunitário, cabe perguntar se também a parte excedente da regulamentação cai no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da EU.

Embora se admita que a questão é complexa e requer uma análise casuística, tudo indica que a jurisprudência *Wachauf* não só não está dependente do grau de discricionariedade concedida pela regulamentação comunitária aos Estados-Membros, como não depende do facto da medida nacional ir mais além do que estritamente necessário para a sua implementação.

Veja-se o acórdão *Slob*⁵⁵⁶ no qual se abordava precisamente o tema da vinculação estatal aos princípios gerais de direito quando, em execução de uma regulamentação comunitária (regulamento), os Estados-Membros impõe aos produtores de leite estabelecidos no seu território obrigações contabilísticas suplementares mais amplas do que as decorrentes daquela. Segundo o TJ o regulamento em análise «confere [ao] Estado-Membro o poder de adoptar, na medida do necessário, uma regulamentação que impõe aos produtores de leite estabelecidos no seu território obrigações contabilísticas suplementares mais amplas do que as decorrentes do (...) regulamento»,

⁵⁵⁵ A favor da extensão da jurisprudência *Wachauf* ao controlo dos actos estatais de transposição e implementação de directivas comunitárias, B. de WITTE, «The past and future role of the ECJ in the protection of human rights», in P. ALSTON (ed.), *The EU ...*, cit., p.873.

⁵⁵⁶ Acórdão TJ, 24-11-11, *Slob*, C-496/04.

mas «[a]o exercer esse poder, o Estado-Membro deve respeitar os princípios gerais do direito comunitário.» (§41-42).

Já no caso *ASNEF*, envolvendo medidas nacionais de transposição da directiva relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, o TJ salientou vivamente que a «margem de apreciação de que os Estados-Membros dispõem (...) só pode assim ser utilizada em conformidade com o objectivo prosseguido (...)» pela regulamentação comunitária (§34)⁵⁵⁷. Por não caberem na margem de apreciação estatal, são proibidas as medidas nacionais que estabelecem exigências suplementares que alteram o alcance da regulamentação comunitária⁵⁵⁸.

2.1.4. *Quando o acto formal de execução do acto jurídico da UE agrega a regulamentação de domínios jurídico-materiais distintos*

O problema que agora se apresenta tem um cariz jurídico-formal. Não é incomum quando os Estados-membros transpõem directivas ou implementam regulamentos na respectiva ordem jurídica em simultâneo procederem à alteração do Direito constituído. Com efeito, uma directiva, e.g., pode ser transposta por uma lei nova ou através de alteração total ou parcial de lei antiga ou mesmo através de várias leis de transposição.

A questão é perceber se o acto estatal de execução cai no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da União integralmente ou apenas o segmento ou a parte que em concreto procede à implementação.

Não há registo de caso onde a presente interrogação tenha sido tratada. Porém, F. FONTANELLI⁵⁵⁹ é da opinião que a CDF pode aplicar-se apenas a uma parte da regulamentação nacional. O caso *Fransson* pode indicar alguma orientação uma vez que visão expressa pelo TJ revela uma percepção quanto ao facto da regulamentação

⁵⁵⁷ Acórdão TJ, 24-11-11, *ASNEF*, C-468/10 e 469/10 (§32-35).

⁵⁵⁸ Ver também, relativamente à transposição de directiva o acórdão TJ, 27-06-2006, *Parlamento c. Conselho*, C-540/03, §104-105 e o acórdão TJ, 23-04-2009, *Angelidaki*, C-378/07 a C-380/07, §80-81 e 85.

⁵⁵⁹ F. FONTANELLI, «*Hic sunt nations: the elusive limits of the UE Charter and the German Constitutional watchdog...*, cit. p. 327.

nacional poder regular matérias que caem no âmbito de aplicação do direito de UE e outras que não, mas que são despropositadamente atingidas⁵⁶⁰.

2.2. Na categoria de actos restritivos das liberdades fundamentais – *ERT*

2.2.1. Os poderes de controlo do TJ e os *standards* de protecção a aplicar nos casos de tipo *ERT* – questão de Direito da UE ou questão de Direito nacional?

Apurada a natureza restritiva da acção estatal, o controlo da observância dos direitos fundamentais da UE impõe-se sempre que os Estados-membros solicitem uma excepção ao regime das liberdades fundamentais.

No entanto, não obstante o reconhecimento da relevância dos direitos fundamentais da União neste quadro, parte da doutrina levanta objecções à forma como o respectivo controlo se processa. A principal dificuldade levantada neste âmbito reside no facto da medida nacional traduzir a materialização de opções políticas esboçadas no plano nacional. Enquanto nos casos do tipo *Wachauf* é possível reconhecer à medida nacional uma dimensão comunitária, nos casos do tipo *ERT* não há uma ligação imediata ao Direito da UE. Questiona-se, por isso, se o controlo dos direitos fundamentais por parte do TJ não o levará a pronunciar-se, indevidamente, sobre o mérito ou a bondade política da medida nacional controvertida. Tudo está em saber se o controlo do respeito dos direitos fundamentais da UE na apreciação de uma derrogação ao TFUE constitui uma questão de Direito da União ou uma questão de Direito nacional.

A doutrina em geral admite que o caso em apreço merece um tratamento diferenciado comparativamente com o dispensado aos casos do tipo *Wachauf*. O ponto da discórdia parece localizar-se no âmbito dos poderes jurisdicionais reconhecidos ao TJ e no *standard* de protecção a aplicar.

Para J. H. H. WEILER o controlo dos direitos fundamentais no quadro da apreciação da viabilidade de uma excepção ao TFUE é, sem dúvida, uma matéria de

⁵⁶⁰ *Fransson*, cit., §37. A «(...) Carta não se opõe a que um Estado-membro imponha, (...) em matéria de IVA, sucessivamente uma sobretaxa fiscal e uma sanção penal, desde que a primeira sanção não revista carácter penal, (...)», o destaque é nosso. Portanto, a aplicação da CDF parece cingir-se à matéria de IVA e não ao domínio penal, área que em geral não pertence à esfera de competências da EU.

carácter comunitário⁵⁶¹. Se definir o que constitui uma violação das liberdades fundamentais por parte de um acto estatal bem como o respectivo regime justificativo é, substancial e jurisdicionalmente, uma questão de Direito comunitário a decidir pelo TJ, então também a apreciação do respeito pelos direitos fundamentais o deve ser. O facto não interfere necessariamente com o mérito da política prosseguida no plano nacional e ainda que tal interferência suceda, não será superior à que decorre da aplicação da CEDH. Entende, porém, que nos casos do tipo *ERT*, por estarem em causa medidas nacionais de aplicação de uma política estatal, o TJ não deve impor o nível de protecção da UE, mas bastar-se com a circunstância da medida respeitar o nível básico previsto pela CEDH. Nestes casos, o TJ apenas deve verificar se a medida está conforme às exigências da CEDH, pois o interesse comunitário deve ser o de prevenir a violação de direitos humanos nucleares e não o de aplicar um *standard* mais exigente a medidas nacionais do jaez considerado.

Já F. JACOBS, surpreendentemente, mostra-se muito crítico relativamente ao controlo dos actos estatais que constituem derrogações ao Tratado⁵⁶². Cuida que a apreciação destas medidas à luz dos direitos fundamentais, contrariamente ao que se passa com o controlo dos poderes exercidos pelos Estados-membros como agentes da União, não é uma questão de Direito comunitário e como tal o TJ não deve estabelecer qualquer padrão de controlo, mas sim valorizar a questão e relegá-la à jurisdição nacional. Para o autor, apurar o carácter restritivo de um acto estatal, bem como a procedência da razão justificativa invocada é uma questão de Direito comunitário. Já verificar a sua compatibilidade com os direitos fundamentais é uma questão de Direito nacional ou, eventualmente, da esfera da CEDH⁵⁶³. Se o Estado-membro age ao abrigo de uma competência própria «[why] then should those acts be subject to review by the ECJ for compliance with human rights as a matter of Community law?»⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ J. H. H. WEILER, *Constitution of Europe...*, cit., pp. 123-126. Opinando no sentido de estar em causa uma questão de Direito da UE, H. KAILA, «The scope...», 2012, p. 304.

⁵⁶² Considerada a suposta posição audaciosa que o autor assumiu nas Conclusões do caso *Konstantinidis*, cit.

⁵⁶³ F. G. JACOBS, «Human rights...», cit., p. 336. «Once it has been established that a restriction is justified from the perspective of Community law, the restriction might still be caught as infringing fundamental rights. But that would be a matter for national law, or possibly the European Convention on Human Rights, nor for Community law».

⁵⁶⁴ F. G. JACOBS, «Wachauf and...», in POIARES MADURO, *The past...*, 2010, pp. 137-138.

Prossegue argumentando que nem todos os princípios gerais de direito comunitário têm natureza, funções e âmbitos coincidentes. Por conseguinte, quando os Estados-membros invocam uma das exceções do Tratado estão sujeitos a certos constrangimentos do direito comunitário, mas não a todos. Por conseguinte, entende que o limite do respeito pelo princípio da proporcionalidade e da não discriminação deve ser fiscalizado pelo TJ, mas o mesmo não se verificará relativamente ao princípio do respeito pelos direitos fundamentais⁵⁶⁵. Conclui o seu discurso propondo uma reinterpretação da jurisprudência *ERT*, no sentido de que o que o TJ terá querido dizer é que os Tribunais nacionais devem examinar o respeito pelos direitos fundamentais, mas não que o exercício dessa função seja, em si mesmo, uma matéria a controlar pelo TJ. De outro modo, «all acts of Member States, in the fields covered by the E.C. Treaty, would be potentially subject to a general human rights review by the Court of Justice»⁵⁶⁶⁻⁵⁶⁷.

Enquanto J. H. H. WEILER reconhece competência de controlo ao TJ, embora entenda que o *standard* mais adequado a aplicar deva ser diverso do aplicado aos actos de natureza comunitária, para F. JACOBS, o TJ não deve estabelecer qualquer padrão de controlo, mas sim relegar a questão à jurisdição nacional. Com efeito, F. JACOBS, ao defender que a questão dos direitos fundamentais deve ser apreciada pelo Tribunal nacional, concebe a hipótese de uma medida nacional que viole tão só o parâmetro comunitário possa vir a ser justificada na sequência da avaliação efectuada pela jurisdição nacional. Esta observação também é válida para J. H. H. WEILER. Aplicar o *standard* mínimo equivale a admitir que uma medida nacional restritiva, violadora de direitos fundamentais protegidos pelo direito comunitário possa vir a ser autorizada. Acresce, por outro lado, que se o *standard* a aplicar aos actos estatais for diferente do

⁵⁶⁵ Salvo se os direitos fundamentais forem apresentados pelo Estado-membro como justificação à restrição. Nesse caso, «that is to be examined as part of the public policy derogation under the Treaty. Once that question has been answered, there is no further question of Community law». Idem, «Wachauf and...», in POIARES MADURO, *The past...*, cit., pp. 336-337. Assim, o TJ já poderá controlar a medida nacional se a restrição tiver por objectivo a promoção de direitos fundamentais.

⁵⁶⁶ Idem, «Wachauf and...», in POIARES MADURO, *The past...*, cit., pp. 338. Para o A. a sua perspectiva é reforçada pela letra da CDFUE. A omissão, no seu artigo 51.º, n.º 1, das interrogações ao Tratado não terá sido inadvertida.

⁵⁶⁷ Aludindo novamente a este risco e argumentando que as decisões subsequentes sobre cidadania da União provam que o risco é real, ao confundir a questão com a dos direitos humanos, Idem, «Wachauf and...», in POIARES MADURO, *The past...*, cit., pp. 138.

aplicado aos actos da União haverá uma duplicação de parâmetros de protecção; um parâmetro mínimo para os actos estatais derogatórios do Tratado, por um lado, e um parâmetro mais exigente para os actos comunitários e para os actos estatais nas situações do tipo *Wachauf*, por outro.

Argumentando neste sentido, P. EECKHOUT critica a visão estreita apresentada por F. JACOBS relativamente às derrogações ao TFUE⁵⁶⁸. Embora reconheça que o TJ não deve assumir as vestes de uma jurisdição de direitos humanos, entende que o Direito comunitário os deve assumir com seriedade, ou seja, sempre que um Estado-membro solicita a aplicação de uma das excepções às liberdades do mercado comum e onde a questão dos direitos fundamentais esteja intimamente ligada com a restrição a uma liberdade de circulação, o TJ não deve recuar na apreciação da questão dos direitos fundamentais. As derrogações e excepções que o Tratado autoriza não podem ser correctamente aplicadas pelo TJ se tal aplicação envolver a violação de direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento comunitário. Por conseguinte, para garantir a correcta aplicação das excepções é necessário que o TJ se pronuncie sobre os direitos fundamentais. Se assim não for «one would effectively accept that the relevant Treaty provisions can be interpreted in a way which tolerates such a violation. It is therefore submitted that the Court should not leave fundamental rights issues in derogation cases undressed».

Também a tese da aplicação do *standard* mínimo aos actos estatais justificados ao abrigo do Tratado é visada por P. EECKHOUT para quem a perspectiva dualista de WEILER não se coaduna com o carácter unitário da actual CDF que não distingue o núcleo dos direitos da CEDH do de outros direitos.

O panorama esboçado no que tange aos desenvolvimentos trazidos pela CDF bem como as recentes posições doutrinárias assumidas tem servido para alimentar a

⁵⁶⁸ O ensaio de F. JACOBS tem estado a ser interpretado pelos académicos como uma tendência de sinal negativo, com aparente suporte no texto do artigo 51.º, 1 da Carta, relativamente à apreciação da compatibilidade das medidas nacionais derogatórias do direito comunitário com os direitos fundamentais por parte do TJ. Ver P. EECKHOUT, «The UE Charter of Fundamental Rights and the federal question», *cit.*, p. 977., F. JACOBS parece ter revisto a sua posição relativamente à questão do âmbito de aplicação do direito comunitário para efeitos de aferição da compatibilidade dos actos estatais com os direitos fundamentais. Tudo indica perfilhar uma tese mais restrita que a revelada pelo autor em *Konstantinidis* e até mesmo mais limitada que a orientação decorrente dos acórdãos *ERT* e *Familiapress*. Ver também, P. CRAIG et al, *EU Law. Text, cases ...*, *cit.*, pp. 347-349.

discussão em torno dos reais poderes do TJ no controlo dos actos estatais derogatórios, o que, por sua vez, indicia que o debate em torno do tema controvertido está em curso⁵⁶⁹. Decisiva será a orientação que o TJ vier a firmar e o facto.

2.2.2. A discriminação em sentido inverso

Ao impor-se como requisito de aplicação do Direito da UE de protecção dos direitos fundamentais o exercício de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado, outra questão se coloca. Referimos agora a problemática da discriminação *em sentido inverso, ao contrário* ou *às avessas*⁵⁷⁰. Neste contexto, com a expressão pretende caracterizar-se a situação em que em vez de serem os nacionais de outros Estados-membros a invocarem tratamento menos favorável comparativamente ao dispensado aos nacionais do Estado-membro de acolhimento⁵⁷¹, são os nacionais desse Estado, quando não façam uso dos seus direitos comunitários, que são tratados desfavoravelmente em relação aos nacionais de outros Estados-membros ou mesmo em relação aos seus concidadãos a exercer uma liberdade fundamental.

O problema toca directamente na questão da repartição do âmbito de aplicação das diferentes ordens jurídicas em coexistência e está estritamente ligado ao facto da ordem jurídica comunitária conceder um tratamento mais favorável que o Direito nacional⁵⁷². Ao fazer-se depender a aplicação do Direito da UE do exercício de uma liberdade fundamental, caem dentro da alçada da ordem jurídica nacional todas as situações em que não está em exercício uma liberdade fundamental e denominadas de

⁵⁶⁹ Expressando a sua dificuldade em tomar partido no debate, Z. KÜHN, «*Wachauf and ERT ...*», in POIARES MADURO, ..., cit., pp. 157-158.

⁵⁷⁰ Sobre o tema, nas suas variadas vertentes, ver Stephen D. KON, «Aspects of reverse discrimination in Community Law», *ELR*, 6, 1981, n.º 2, pp. 75-101; E. CANNIZZARO, «Producing 'reverse discrimination' through the exercise of EC competences», *YEL*, 17, 1997, pp. 29-46; David M. W. PICKUP, «Reverse discrimination and freedom of movement for workers», *CMLR*, 1986, 23/01, pp. 135-156; M. POIARES MADURO, «The scope of european remedies: the case of purely internal situations and reverse discrimination», in KILPERTRICK, NOVITZ and SKIDMORE, *The future of remedies in Europe*, Hart, 2000, pp. 117-140.

⁵⁷¹ Conduta vedada aos Estados-membros por força do princípio geral plasmado no artigo 18.º do TFUE. O mesmo não sucede com os casos de discriminação inversa onde o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, tal como é entendimento corrente, é inaplicável.

⁵⁷² Joan David J. TORRENS, «El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación...», cit., p. 319.

puramente internas. Consequentemente, do ponto de vista subjectivo, concebe-se que um Estado-membro conceda um tratamento menos benéfico aos seus nacionais, simplesmente porque não está a ser exercida uma liberdade fundamental. Nestes casos a situação está sujeita exclusivamente ao Direito interno, afastando-se qualquer benefício conferido pela regulamentação comunitária.

A solução da jurisprudência comunitária nos casos *Singh*⁵⁷³ e *Carpenter* permite-nos ilustrar a figura que procuramos caracterizar no contexto da protecção dos direitos fundamentais. Se o Direito da UE apenas confere protecção aos cidadãos da União casados com cidadãos de terceiros países – reconhecendo o direito de residência aos respectivos cônjuges por via da necessidade de salvaguardar o respeito pela vida familiar – desde que estejam a fazer uso de uma liberdade fundamental, os cidadãos desse Estado-membro que não se encontrem a exercer os seus direitos comunitários, em iguais circunstâncias, passarão a ser objecto de um tratamento menos favorável relativamente aqueles. O Estado-membro passaria a assegurar a nacionais de outros Estados um estatuto de protecção de direitos fundamentais que negaria aos seus nacionais. Ao se protegerem os direitos fundamentais dos cidadãos da União casados com imigrantes e a exercer uma liberdade fundamental, gera-se potencialmente uma situação de discriminação relativamente aos cidadãos do Estado de acolhimento que nas mesmas condições não se encontram no exercício de uma liberdade fundamental⁵⁷⁴. Tratando-se de uma situação puramente interna, o direito comunitário é inaplicável. Os nacionais britânicos casados com cidadãos de terceiros países que não se encontram a exercer a liberdade de prestação de serviços, não podem obter do Direito da UE uma protecção capaz de obstar a expulsão dos seus cônjuges, ainda que o mesmo imperativo de protecção da vida familiar se coloque⁵⁷⁵.

No território de um Estado-membro pode conceber-se que situações semelhantes mereçam tratamento diferenciado em matéria de protecção de direitos fundamentais, pelo facto de nuns casos estar a ser exercida uma liberdade fundamental e noutros não. No primeiro dos casos citados, em que a situação revela uma dimensão comunitária, o Direito da UE dispensa protecção; no segundo, a situação é puramente interna, pelo que

⁵⁷³ Acórdão TJ, 07-07-1992, *Singh*, cit., pp. I-4265 e I-4294.

⁵⁷⁴ Minimizando este risco, ver as Conclusões apresentadas pelo AG F. JACOBS no caso *Konstantinidis*, cit., § 47 e 49.

⁵⁷⁵ Dando conta dos potenciais prejuízos gerados pela discriminação inversa em diversas situações colocadas perante o TJ, ver J. D. J. TORRENS, «El ámbito de aplicación ...», cit., pp. 314-316.

a sujeição ao Direito nacional pode determinar uma violação dos direitos fundamentais em presença na aceção do direito comunitário, designadamente o direito ao respeito pela vida familiar⁵⁷⁶.

Atendendo ao exposto, tratando-se, por ora, a discriminação inversa de uma área estranha às preocupações comunitárias⁵⁷⁷, parece competir às autoridades nacionais a adopção de medidas tendentes a eliminar os efeitos da discriminação inversa, designadamente, equiparando o estatuto dos nacionais de um Estado-membro que não exerçam uma liberdade fundamental aos cidadãos desse mesmo Estado-membro ou de outro Estado-membro que se encontrem em circunstâncias análogas, mas a exercer no território uma liberdade fundamental⁵⁷⁸. No caso *Carpenter* esta solução equivale a proteger o direito à protecção da vida familiar não só dos cidadãos que exerçam no território uma liberdade fundamental, mas também dos cidadãos britânicos casados com estrangeiros e que não exercem uma liberdade fundamental⁵⁷⁹.

Contudo, a doutrina tem dissertado profusamente sobre outras formas de solucionar as dificuldades colocadas pela discriminação inversa. Destaca-se a proposta de recurso ao instituto da cidadania europeia como alternativa ao elemento de conexão actualmente definido como condição de aplicação do direito comunitário⁵⁸⁰. Assim, a aplicação dos direitos fundamentais protegidos pelo direito comunitário dependeria não

⁵⁷⁶ Ver as Conclusões da Advogada-geral no caso *Carpenter*, § 48-58.

⁵⁷⁷ Face ao não reconhecimento por parte do TJ da problemática da discriminação inversa como uma questão de direito comunitário, A. CASSESE, «1992 – What are our rights? Agenda for human rights plan», in A. CASSESE, et al., *European Union. The Human Rights Challenge*, vol. II, cit., p. 71, exorta o órgão de Justiça comunitária a rever a sua doutrina.

⁵⁷⁸ Segundo a visão de R. MEDEIROS, «A Carta...», cit., pp. 30 ss., o controlo dos actos estatais terá como consequência a adesão do Estado-membro ao padrão comunitário de protecção, aplicando-o indistintamente a cidadãos nacionais e europeus.

⁵⁷⁹ Nas Conclusões do caso *Carpenter* a Advogada-geral propõe esta forma de eliminar a discriminação entre cidadãos da União que exercem e não exercem direitos comunitários. Menciona inclusivamente vários Estados que já recorreram a esta possibilidade de criar uma espécie de «assimilação» (para o efeito cita uma lei de 15-12-1980, *Martin*, *Rev.DE*, 1996, p. 725). Coloca igualmente a possibilidade do legislador comunitário adoptar normas que atenuem a diferença de tratamento, designadamente fixando regras relativas ao agregado familiar (§ 58).

⁵⁸⁰ G. GAJA, «Les discriminations à rebours: un revirement souhaitable.», in *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, Bruylant, 1999, pp. 1000 ss; J. D. J. TORRENS, «El ámbito de aplicación...», cit. pp. 318-319.

do exercício de uma liberdade fundamental, mas seria apenas uma decorrência do estatuto de cidadão europeu.

A discriminação inversa só é possível porque se prestigia a dimensão económica exigindo-se o exercício de uma liberdade fundamental para que os benefícios do direito comunitário possam ser reclamados. Se se destacasse a posição de cidadãos europeus como elo de ligação à ordem jurídica comunitária o problema deixaria de se colocar uma vez que todos seriam objecto de um tratamento igual.

Neste sentido, a cidadania europeia serviria de «instrumento para dar una interpretación lo más amplia posible al principio de no discriminación por razón de nacionalidad, superando así la diferencia entre nacionales «sedentarios» y «nómadas». Ello redundaría en beneficio de la propia realización del mercado interior y permitiría que cualquier ciudadano, por el simple hecho de ser ciudadano de la Unión, pudiese disfrutar de los derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario en el propio país del cual es nacional»⁵⁸¹.

Porém, o TJ não tem reconhecido à cidadania da União a dimensão propugnada. Uma tal orientação conduziria a um controlo generalizado dos actos estatais face aos direitos fundamentais protegidos pela UE o que comportaria uma extensão da esfera de controlo dos actos estatais incomportável consideradas as circunstâncias actuais.

No caso *Uecker & Jacquet*⁵⁸² o TJ foi claro na afirmação de que «a cidadania da União, prevista no artigo 8.º do TCE, não tem por objectivo 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 objecto 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» (§ 23).

Também P. EECKHOUT⁵⁸³ coloca a questão da aplicação do parâmetro comunitário de protecção dos direitos fundamentais a todos os cidadãos da União, independentemente da sua mobilidade, como forma de combater a discriminação inversa. Outra via que equaciona é a invocação nos Tribunais internos, por parte dos

⁵⁸¹ J. D. J. TORRENS, «El ámbito de aplicación...», cit. pp. 318-319, sugere nestes moldes uma reinterpretação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade á luz do conceito de cidadania da União, o que segundo o autor tem fundamento no projecto de Tratado constitucional.

⁵⁸² Acórdão TJ, 05-06-1997, *Uecker & Jacquet*, cit., p. I-03171.

⁵⁸³ P. EECKHOUT, «The UE Charter...», cit., pp. 972-973.

cidadãos nacionais discriminados, do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado nos Estados-membros e, a partir daí, accionar o TJ no âmbito do processo de reenvio prejudicial no sentido deste se pronunciar sobre o nível de protecção conferido pelo ordenamento comunitário ao direito fundamental em apreço. Os casos *Reisch*⁵⁸⁴ e *Guimont*⁵⁸⁵ demonstram que apesar da situação ser interna o TJ não tem negado apreciar as questões prejudiciais formuladas, pelo que também aqui não haverá razões que o justifiquem.

O caso *Steen II*⁵⁸⁶ comprova a razoabilidade do caminho apontado por P. EECKHOUT. Com efeito, perante a dúvida do órgão jurisdicional da República Federal da Alemanha, o TJ declarou que apesar de não poder ser invocado numa situação puramente interna «[o] direito comunitário não obsta a que um órgão jurisdicional nacional analise a compatibilidade, com a sua Constituição⁵⁸⁷, de uma norma interna que coloca em desvantagem, relativamente aos nacionais de outros Estados-membros, os trabalhadores nacionais que se encontrem numa situação que não apresenta qualquer elemento de conexão com uma das situações reguladas pelo direito comunitário.» (§11; a nota de rodapé pertence-nos).

Todavia, a resolução, no plano interno, do problema da discriminação inversa mediante a aplicação das regras constitucionais, designadamente do princípio da igualdade, tem implicações altamente discutíveis. Com a extensão do parâmetro comunitário de protecção dos direitos fundamentais a situações puramente internas como forma de evitar a discriminação inversa, é nosso entendimento, que o parâmetro nacional de protecção dos direitos fundamentais ficaria nivelado pelo parâmetro comunitário, o que é contestável.

2.2.3. Cenários de conflito entre os direitos fundamentais da EU

a) A posição hierárquica dos direitos fundamentais relativamente às liberdades fundamentais do mercado comum

⁵⁸⁴ Acórdão TJ, 05-03-2002, *Hans Reisch*, cit.

⁵⁸⁵ Acórdão TJ, 05-12-2000, *Guimont*, C-448/98, § 22, Col. 2000, p. I-10663.

⁵⁸⁶ Acórdão TJ, 05-06-1997, *Steen II*, C-132/93, Col. 1994, p. I-2715.

⁵⁸⁷ Em causa estava a pretensa violação do artigo 3, n. 1, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que determina que «todas as pessoas são iguais perante a lei».

Verificamos, previamente, que a protecção dos direitos fundamentais é igualmente relevante no quadro das condições justificativas de medidas nacionais restritivas das liberdades fundamentais. O caso *Schmidberger*⁵⁸⁸ aditou às razões justificativas consagradas no artigo 36.º TFUE e às admitidas pelo TJ, a defesa dos direitos fundamentais por parte dos Estados-membros na qualidade de interesse legítimo susceptível de fundamentar uma restrição às liberdades comunitárias do Tratado.

As circunstâncias que rodearam o caso tornaram incontornável a apreciação pela jurisprudência comunitária da difícil questão das relações entre os direitos fundamentais e as liberdades do mercado comum, o que se afigurava como a oportunidade para elucidar os que lhe apontavam o ‘pecado’ de subjugar a protecção dos direitos fundamentais aos interesses da integração económica. A preferência demonstrada pelos direitos fundamentais, à partida, tornava sem fundamento as críticas dos que apontavam ao TJ uma visão funcionalista dos direitos fundamentais em prol ou benefício da concretização das liberdades fundamentais.

O TJ, ao privilegiar os interesses de protecção dos direitos fundamentais relativamente à livre circulação de mercadorias, tornou razoável a questão de se saber em que medida confere aos direitos fundamentais da UE «um certo primado valorativo sobre o direito primário “geral”»⁵⁸⁹. Assim, cabe saber se em caso de oposição entre os direitos fundamentais e as liberdades económicas do Tratado, o respeito pelos direitos fundamentais possuiu uma dignidade normativa superior⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Cit. O acórdão tem sido profusamente comentado; ver Rodrigo BALLESTER, «Fundamental rights vs. Fundamental freedoms: the Court’s ruling in Schimidberger», *EU Focus: essential developments in EU law and policy*, 2003, n. 128, 29, pp. 2-4; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, «El difícil equilibrio entre la libré circulación de mercadorias y los derechos fundamentales en matéria de libertad de expresión e de reunión: la sentencia “Schmidberger”», *GJUEC*, 2003, 227, pp.61-76; G. FACENNA, «“Eugen Schimidberger Internationale Transporte Planzüge v. Austria”: freedom of expression and assembly vs free movement of goods», *EHRLR*, 2004, n.1, p. 73-80 e A. BIONDI, «Free trade, a mountain road and the right to protest: european economic freedoms and fundamental individual rights», *EHRLR.*, 2004, n.1, p. 51-61; M. AVBELJ, «European Court of Justice and the question of value choices. Fundamental human rights as an exception to the freedom of movement of goods», *JMWP* n. 6/04, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html> (12-10-2013).

⁵⁸⁹ Questão formulada pela AG nas Conclusões apresentadas em 18-03-2004, *OMEGA*, C-36/02, § 50.

⁵⁹⁰ Interrogação já colocada por D. BINDER, «The European Court of Justice...», cit., p. 20 e Ole DUE et al., «Community fundamental rights as part of national Law», in *Scritti in onore di Federico Mancini*, cit., p. 416, ao pressagiarem um cenário do tipo *Schmidberger*. Já alguma doutrina, na sequência

Não nos parece ser esse o melhor entendimento. Não nos parece viável concluir dos termos do acórdão existir uma hierarquia entre os direitos fundamentais e as liberdades fundamentais ou mesmo entre direitos fundamentais. Antes da CDF a problemática tinha outro impacto uma vez que os direitos fundamentais eram protegidos na qualidade de princípios gerais de direito não escritos, podendo portanto discutir-se o seu valor relativamente às disposições do Tratado. Porém, com a CDF não resta dúvidas quanto ao facto de se estar perante preceitos jurídicos situados no mesmo patamar normativo de Direito primário da EU⁵⁹¹.

Posto isto, qualquer episódio de tensão implica necessariamente para o aplicador do Direito um exercício de conciliação ou concordância prática entre as exigências de protecção dos direitos fundamentais e os interesses da integração económica, alicerçada no critério da proporcionalidade⁵⁹². Do ponto de vista da *práxis* apenas casuisticamente é possível avaliar qual das exigências em tensão sobressairá. Nada impõe que prevaleça imperativamente nem as exigências de protecção dos direitos fundamentais, nem das liberdades fundamentais. Por conseguinte, à luz desta perspectiva não parece correcto ver na decisão *Schmidberger* uma absolutização dos direitos fundamentais relativamente às liberdades de circulação. Concordamos assim com C. BROWN, quando afirma que o TJ «is unwilling to countenance that human rights protection is hierarchically superior to the “fundamental” economic rights that it has 30 years protecting and enhancing. It prefers to see human rights narrowly reined in by the principle of proportionality as a justification for restricting economic rights that lie at the heart of the “constitutional” Treaty. Ultimately, it may simply be reflective of how the ECJ views (or continues to view) the European Union: not so much an organization

do acórdão *ERT* divisava a possibilidade dos direitos fundamentais serem invocados por um Estado-membro como razão justificativa de uma medida restritiva. Ver, entre nós, N. PIÇARRA, «A competência...», cit., pp. 1130-1132.

⁵⁹¹ Já antes da CDF se alcançava esta conclusão com fundamento na raciocínio segundo o qual o respeito dos direitos fundamentais como princípio geral de direito comunitário com base no art. 220.º CE e no artigo 6.º, n.º 2 TUE, fazendo parte do direito primário, na hierarquia das normas, encontra-se no mesmo patamar normativo do direito primário, em especial das liberdades fundamentais.

⁵⁹² Conclusões apresentadas em 18-03-2004, *OMEGA*, C-36/02, §49.

fully committed to the protection of human rights as an economic power accepting human rights as a breaking force on economic rights»⁵⁹³⁻⁵⁹⁴.

b) A posição do *princípio da autonomia privada*

Idêntica dimensão conflitual pode conceber-se no quadro da aplicação horizontal das normas de direitos fundamentais da UE à actuação privada.

Já anteriormente o princípio da autonomia privada foi mencionado enquanto corolário do individualismo liberal que habilita os particulares a expressarem e a estabelecerem entre si esquemas de regulação dos respectivos interesses⁵⁹⁵. Constitui um princípio básico estruturante e modelador de todo o ordenamento jurídico privado, mas sem um carácter absoluto. Daí que quando o exercício da liberdade inerente à autonomia privada importa a ofensa de direitos fundamentais aquela deve ceder em conformidade. Essa salvaguarda é umas vezes concretizada pelo legislador⁵⁹⁶, mas também os tribunais têm o dever de estabelecer o equilíbrio necessário entre os bens jurídicos em presença.

Transferindo a ideia para o plano da UE cabe perguntar, em primeiro lugar, se o princípio da autonomia privada tem recepção na ordem jurídica da UE e, em segundo lugar, em que medida a ‘invasão’ do Direito UE – em particular, dos direitos fundamentais – sobre o Direito privado nacional, bem como o impacto das normas de direitos fundamentais da UE sobre as relações jurídicas privadas no âmbito de aplicação

⁵⁹³ C. BROWN, «Case C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transport und Planzüge v. Austria*. Judgment of 12 June 2003, Full Court», *CMLR*, 2003, p. 1510. Aparentemente discordante, ver A. BIONDI, «Free trade, a mountain road...», *cit.*, p. 61

⁵⁹⁴ Comentando o acórdão *Schmidberger*, em especial no que refere aos factores políticos e jurídicos que terão estado na base da decisão do TJ, G. FACENNA, «"Eugen Schmidberger, Internationale...», *cit.*, p. 80. C. BROWN, «Case C-112/00, *Eugen Schmidberger...*», *cit.*, p. 1510.

⁵⁹⁵ Stephen WEATHERILL, The elusive character of private autonomy in UE law, in LECZYKIEWICZ, Dorota et al. (eds.), *The involvement of UE Law in Private Law relationships*, Oxford, Hart, 2013, pp. 7 ss.

⁵⁹⁶ A intervenção imperativa do Direito no sentido do estabelecimento de limites à autonomia privada tem na sua génese o imperativo da promoção da justiça social, isto é, de valores de natureza não económica, o que justifica, nomeadamente a legislação de protecção dos consumidores e dos trabalhadores. Sobre o impacto na autonomia privada e liberdade contratual, SAFJAN et al., «Horizontal effect of the general... private law», *ERPL*, 18, 2010, p.475.

do DUE. Ora, os Tratados não consagram explicitamente o princípio da autonomia da vontade, nem mesmo o consequente princípio de liberdade contratual⁵⁹⁷. Contudo, o princípio não é irrelevante para a UE; pelo contrário, a sua efectividade constitui um veículo fundamental para a intensificação da actividade económica dos particulares com benefícios evidentes para a promoção do desenvolvimento económico e social na Europa comunitária.

Por outro lado e ao invés, o exercício da autonomia privada pode também configurar um obstáculo ou uma restrição às liberdades fundamentais no mercado interno. Nestes casos, as liberdades fundamentais colidem visivelmente com exercício da autonomia privada, mas não estamos perante realidades inconciliáveis. A vinculação dos particulares ao regime das liberdades fundamentais não determina necessariamente o sacrifício da sua liberdade de auto-regular os interesses individuais. Na apreciação da conduta dos particulares relativamente à observância dos deveres decorrentes das disposições relativas às liberdades fundamentais, o TJ fará uma ponderação relativa da situação em função das circunstâncias do caso concreto e segundo padrões e metodologia judicial própria⁵⁹⁸. Portanto, embora sem aparente forma escrita o princípio da autonomia privada não está ausente do plano da UE, mas também não constitui um valor absoluto.

Tensão idêntica à descrita pode conceber-se entre o princípio da autonomia privada e os direitos fundamentais da UE, com especial acuidade sobretudo a partir do momento em que o TJ ‘constitucionaliza’⁵⁹⁹ o princípio da liberdade contratual. No acórdão *Sky Österreich*⁶⁰⁰, o TJ inclui o princípio da liberdade contratual no âmbito de

⁵⁹⁷ Embora o possamos encontrar contemplado em actos de Direito derivado. Por exemplo, no artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, 17-06-2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). O facto não impediu o TJ de se referir à liberdade contratual enquanto princípio orientador do direito dos contratos; ver, e.g., acórdão TJ, 18-07-2007, C-277/05, *Société thermale d'Eugénie-Les-Bains*.

⁵⁹⁸ Ver AG POIARES MADURO, Conclusões do caso *Viking*, cit., §49-54. Todavia, conciliar a eficácia horizontal das normas consagradoras das liberdades fundamentais com o imperativo da protecção da autonomia privada constitui uma tarefa complexa.

⁵⁹⁹ C. MAK, «Unchart(er)ed territory...», 2013, pp. 5-7.

⁶⁰⁰ Acórdão TJ, 22-01-2013, C-283/11, *Sky Österreich*. (controlo de uma directiva com apreciação de conflito entre direitos fundamentais, 16.º e 17.º CDF e art. 1.º do 1.º protocolo da CEDH).

protecção do artigo 16.º da Carta dispõe que «[é] reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito da União e as legislações e práticas nacionais»⁶⁰¹⁻⁶⁰².

Com o reconhecimento da natureza de direito fundamental a um princípio representativo do Direito privado, na prática, é provável que aumente o número de questões prejudiciais no âmbito de litígios que opõem particulares e, por consequência, fique aberta a porta para cenários de efectivo conflito entre direitos fundamentais. Perante um litígio entre dois particulares, cada um deles pode invocar um direito fundamental, ambos com assento no Direito da UE primário⁶⁰³.

Do mesmo modo, também este cenário requer uma justa e efectiva ponderação de valores conflituantes não só no domínio da produção legislativa de Direito privado, mas sobretudo no exercício de aplicação judicial das normas de direitos fundamentais da UE⁶⁰⁴. Evidentemente que o exercício de ponderação entre valores com igual estatuto jurídico é altamente complexo, sobretudo se na equação estiverem envolvidos valores de natureza diferente. O propósito inerente ao projecto europeu deve alertar-nos para o risco da balança tender para o lado do princípio da liberdade contratual pelo pendor

⁶⁰¹ De acordo com o TJ «A protecção conferida pelo referido artigo 16.º abrange a liberdade de exercer uma actividade económica ou comercial, a liberdade contratual e a livre concorrência, como decorre das explicações relativas a este mesmo artigo, que devem, em conformidade com os artigos 6.º, n.º 1, terceiro parágrafo, TUE e 52.º, n.º 7, da Carta, ser tomadas em consideração para a interpretação desta (acórdão de 22 de Dezembro de 2010, DEB, C-279/09, Colet., p. I-13849, n.º 32)» (§42). «Além disso, a liberdade contratual abrange, nomeadamente, a livre escolha do parceiro económico (v., neste sentido, acórdão de 10 de Julho de 1991, Neu e o., C-90/90 e C-91/90, Colet., p. I-3617, n.º 13), bem como a liberdade de determinar o preço de uma prestação (v., neste sentido, acórdãos de 22 de Março de 2007, Comissão/Bélgica, C-437/04, Colet., p. I-2513, n.º 51, e de 19 de Abril de 2012, F-Tex, C-213/10, ainda não publicado na Colectânea, n.º 45)» (§43).

⁶⁰² Com esta visão, D. LECZYKIEWICZI, *The Involvement of EU Law*, cit, pp. 7-9, para quem o princípio da autonomia privada constituiu uma manifestação do direito ao livre exercício da actividade económica previsto nos artigos 15.º e 16.º CDF.

⁶⁰³ No caso *Sky Österreich* (§44 e 66) coloca-se em confronto o direito fundamental derivado do princípio da não discriminação (ou outro) e a autonomia privada (livre auto-regulação de interesses).

⁶⁰⁴ Este ambiente marcado pela contingência do caso concreto e que influencia os termos da ponderação judicial é passível de colocar em risco a certeza e a segurança jurídica dos particulares. KRZEMINSKA-VAMVAKA, «Horizontal effect of fundamental rights...», cit., p. 52.

eminentemente económico que manifesta, o que pode chocar com as concepções de justiça social dominantes nos sistemas nacionais⁶⁰⁵.

O TJ manifestou esta sensibilidade no caso *Werhof*, C-499/04, §23-37. No seu acórdão admitiu que a directiva em questão tinha como propósito restringir imperativamente o princípio da autonomia da vontade tendo em vista a protecção dos trabalhadores em caso de transferência da empresa⁶⁰⁶. Contudo pondera que, no caso concreto, a derrogação ao princípio não pode colocar em causa o direito fundamental de associação do cessionário⁶⁰⁷.

2.2.4. A invocação dos direitos fundamentais consagrados nas Constituições nacionais como razão justificativa da restrição às liberdades fundamentais

O caso *Schmidberger*, embora de forma não declarada, faz renascer, embora num prisma diverso, a velha questão do primado do direito comunitário sobre as ordens jurídicas nacionais, em particular sobre as normas constitucionais. À semelhança do que sucedeu com os primeiros casos submetidos ao TJ, também agora o Estado austríaco recorre aos direitos fundamentais consagrados na sua Constituição para obstar à aplicação de disposições comunitárias, ou seja, para permitir uma limitação de uma das liberdades fundamentais consagradas no Tratado.

Visto deste prisma, a interrogação que pode aventar-se é a de saber se, a partir de agora, um Estado-membro pode invocar qualquer direito fundamental garantido pelas Constituições nacionais como causa justificativa de medidas restritivas das liberdades

⁶⁰⁵ C. MAK «Unchart(er)ed Territory: ...», cit p. 7. A A. refere-se ao risco de uma erosão acrescida dos valores sociais e dos direitos na UE e escreve: «The economic ambitions of the project of European integration are further entrenched and, thus, limit the space available to social rights».

⁶⁰⁶ Constatando igualmente que a regulamentação da União aplicável pode impor limites à liberdade contratual, ver acórdão TJ, 20-05-2010, *Arnold und Johann Harms als Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, C-434/08, §36.

⁶⁰⁷ Relativamente aos artigos 15.º e 16.º CDF e ao seu potencial gerador de conflitos com outros direitos fundamentais, observe-se ainda o caso *Deutsches Weintor* que embora colocando uma questão de controlo de um acto jurídico da União constitui um bom exemplo de ponderação entre direitos fundamentais; por um lado, o direito à liberdade profissional e de empresa e, por outro lado, o direito à protecção da saúde (artigo 35.º CDF). Acórdão TJ, 06-09-2012. *Deutsches Weintor*, C-544/10.

económicas, isto é, sempre que um Estado-membro invoque um direito fundamental da sua Constituição a medida nacional restritiva está à partida justificada?

Recorde-se que o TJ julgou o respeito do direito à liberdade de expressão e do direito de reunião e manifestação garantidos pela Constituição nacional como um interesse legítimo capaz de justificar uma restrição na medida em que os mesmos direitos beneficiam no plano comunitário de um acolhimento equivalente (§ 69-77). Por conseguinte, afigura-se que a análise da legitimidade do objectivo prosseguido por parte do TJ importa um juízo relativamente aos valores constitucionais nacionais.

O AG JACOBS ilustrou bem esta dificuldade ao observar que «à primeira vista, pode parecer excessivo e representativo de uma ingerência inaceitável colocar a questão de saber se um Estado-membro que invoca um direito fundamental reconhecido na sua ordem jurídica prossegue um objectivo de interesse público legítimo» (§ 96). Adverte contudo que «não se pode excluir automaticamente que um Estado-membro que invoca a necessidade de proteger um direito reconhecido como fundamental apesar disso prossiga um objectivo que deva ser considerado ilegal nos termos do direito comunitário.» (§ 98). O contrário passaria por admitir cenários inconcebíveis como o da invocação de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente mas incompatíveis com o ordenamento comunitário (e.g. o direito de ser protegido contra a concorrência desleal de outras empresas). Pelo exposto, entende que apenas «[q]uando um Estado-membro pretende proteger os direitos fundamentais *reconhecidos pelo direito comunitário*, prossegue necessariamente um objectivo legítimo.» (§ 102. O destaque pertence-nos). Assim, deverá competir ao TJ, nos termos do direito comunitário e à semelhança do que sucede com outras razões justificativas, estabelecer se a protecção dos direitos fundamentais reconhecidos pelo direito austríaco constitui um interesse legítimo capaz de justificar uma restrição às liberdades do Tratado⁶⁰⁸⁻⁶⁰⁹.

Daqui parece-nos razoável assumir que o padrão de protecção dos direitos fundamentais neste domínio é o da UE, uma vez que o parâmetro nacional pode ser desconforme. Sendo que apenas o respeito dos direitos fundamentais nacionais zelados

⁶⁰⁸ Acresce o teste da proporcionalidade. Para A. BIONDI, «Free trade, a mountain road...», cit., pp. 60-61, dado o carácter insuficiente do discurso judicial, o destaque deve caber aos Tribunais nacionais, os que estão melhor colocados para resolver um conflito entre liberdades económicas e valores fundamentais.

⁶⁰⁹ Evidenciando entendimento coincidente, a AG C. STIX-HACKL nas Conclusões apresentadas no caso *OMEGA*, §67-72.

em moldes similares pelo direito comunitário podem ser convocados como derrogação ao Tratado, é forçosa uma avaliação à luz do direito comunitário. Todavia, embora não fosse essa a situação do caso em apreço, admitimos com A. BIONDI que a questão não deixa de revestir especial significado nas situações em que o direito fundamental invocado não beneficia de protecção ou essa protecção se apresenta menos sólida no plano comunitário; nestes casos tudo aponta que o conflito seja solucionado em benefício do direito comunitário e em prejuízo dos direitos fundamentais⁶¹⁰.

⁶¹⁰ A. BIONDI, «Free trade, a mountain road...», *cit.*, p. 59.

§ Capítulo 2 – A abrangência do âmbito de aplicação do Direito da UE em matéria de protecção de direitos fundamentais

1. A ‘radiografia’ do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE

Desde o célebre acórdão *Wachauf*, em finais dos anos oitenta do século passado, a jurisprudência da UE tem contribuído progressivamente para a ‘radiografia’ do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE, pulsando entre as decisões que acolhem e as que rejeitam a inclusão das situações controvertidas naquele espaço.

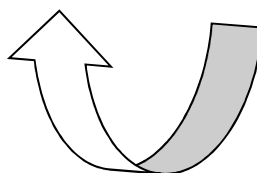
A metodologia seguida até à CDF para a determinação das situações localizadas no âmbito de aplicação das normas em referência apresentava um cunho estritamente jurisprudencial sem enquadramento jurídico-formal. Apenas com a CDF o TJ passou a dispor de um quadro de referência formal para efeito de delimitação do seu poder de controlo da conformidade dos actos públicos e privados com o parâmetro de protecção da União. Ainda assim a forma evolutiva com que o tema tem sido tratado, a aparição de obstáculos decorrentes da aplicação concreta da metodologia pretoriana e a indeterminação da fórmula ‘actos de aplicação do Direito UE’, não permitem encerrar a questão. Há inconsistências e indefinições na jurisprudência do TJ que não ajudam a esclarecer a matéria. Todavia, tudo conjugado, cremos ser possível identificar um âmbito de aplicação que apresenta alguma estabilidade no sentido de haver um alinhamento entre TJ, CDF e doutrina e em relação ao qual a doutrina maioritária é consensual, mas também, por outro lado, um espaço mais complexo em aberto.

1.1. Os níveis de grandeza do âmbito de aplicação – delimitação positiva

Podemos resumir o que até aqui temos vindo a descrever e a problematizar do seguinte modo:

Figura 2

ÂMBITO DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UE				
Níveis de grandeza ou intensidade de controlo				
+	<<	<<	<<	-
Aplicação a <i>todos</i> os actos	Aplicação a actos com (<i>qualquer</i> ⁶¹¹) conexão ao DUE	<i>Carpenter</i>	Aplicação a actos tipo <i>Wachauf e ERT</i>	Aplicação <i>só</i> a actos do tipo <i>Wachauf</i>
Leitura análoga à designada “ <i>Incorporation doctrine</i> ”	Leitura ‘ <i>extra-large</i> ’ do art. 51.º 1 CDF	<i>Fransson</i>	Leitura ‘ <i>ampla</i> ’ do art. 51.º 1 CDF	Leitura ‘ <i>restrita</i> ’ do art. 51.º 1 CDF
X	?	!	V	X



1.1.1. O princípio da aplicação restrita do parâmetro de protecção de direitos fundamentais da UE

Contrariamente a outros instrumentos de protecção dos direitos fundamentais, a CDF não se aplica a todos os actos jurídicos. Ficam fora do seu âmbito de aplicação os actos de poder que não caibam no espartilho do artigo 51.º, 1 CDF. Ao definir como destinatários os órgãos e as instituições da União, bem como os Estados-membros apenas quando apliquem o direito da União, a CDF sacralizou explicitamente o carácter restrito do âmbito subjectivo (passivo) de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE.

Antes da CDF, sob a égide do primitivo sistema de protecção não escrito, brotou a dúvida quanto à possibilidade da UE se encontrar a viver um fenómeno idêntico ao

⁶¹¹ Ainda que muito ténue e encurvada ou enviesada.

vivido nos EUA no sentido da generalização da aplicação das normas de direitos fundamentais por efeito da intervenção voluntariosa do TJ.

Verdadeiramente, o problema que temos debatido no contexto da UE não é singular como o comprova o sistema norte-americano de protecção dos direitos fundamentais. É antes um fenómeno típico de estruturas unificadas de poder no quadro das quais se estabelecem relações entre uma autoridade central (primária) e as suas partes constituintes. Não significa isso, mesmo em estruturas de tipo federal, que a imposição pelo poder central do seu padrão de protecção dos direitos fundamentais às acções estaduais seja uma evidência imediata. Pelo contrário, a experiência dos EUA demonstra que se trata antes de um processo gradual no âmbito do qual o poder judicial assume uma posição indispensável.

Dito isto, não surpreende o paralelismo estabelecido entre a realidade norte-americana e europeia. Todavia, hoje não resta margem para incertezas quanto à distância que afasta a realidade da UE da dos EUA, uma vez que os próprios autores da CDF através do disposto no art. 51.º 1 CDF não hesitaram em neutralizar terminantemente um movimento de sentido semelhante.

1.1.2. A controvérsia acerca do propósito disruptivo do artigo 51.º 1 CDF – a leitura ‘restrita’ do artigo 51.º, 1 CDF

Com a CDF colocou-se a dúvida sobre se o legislador pretendeu acolher a jurisprudência precedente em matéria de âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE ou se pelo contrário rompia com o *status quo*.

Nos anos que precederam a CDF assistiu-se pelas mãos do TJ a um movimento contínuo e progressivo de ampliação do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE o que gerou críticas da doutrina quanto à legitimidade judicial e um certo desconforto junto das instâncias nacionais pela associação necessária ao fenómeno norte-americano da ‘*incorporation*’. Este controverso activismo que esteve no centro das atenções aquando da redacção da Carta, aliado à formulação do artigo 51.º 1 CDF, aparentemente mais restrita que a utilizada pela jurisprudência, esteve na origem da controvérsia.

A perscrutada terminologia adoptada no artigo 51.º 1 CDF gerou junto dos intérpretes da CDF o que designamos por efeito ‘*babel*’. De acordo com o citado preceito a CDF aplica-se apenas a actos de ‘aplicação do Direito da União’. Mas se

atendermos às anotações do *Praesidium* a expressão parece equivaler a ‘agir no âmbito do Direito da União’⁶¹² ou ‘dar execução ao Direito da União’⁶¹³, que por sua vez surge associada à jurisprudência *Wachauf* (actos de ‘implementação’) e *ERT* (actos que derogam liberdades fundamentais).

Esta sobreposição de conceitos e as soluções de tradução que surgiram nas diversas línguas⁶¹⁴ deu azo a um certo alvoroço com alguns académicos a interrogarem-se acerca do seu efectivo contributo para a definição do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais quando como destinatários se apresentam os Estados-membros⁶¹⁵. Em causa está a identificação que a Carta faz dos actos estatais situados no âmbito de aplicação do Direito da União. *Prima facie*, «[q]uando apliquem o direito da União», é uma locução aparentemente mais estreita se confrontada com a linguagem usada pelo *Praesidium*, «quando estes agem no âmbito do direito da União. Neste particular, debatem-se fundamentalmente duas teses. Para uma parte da doutrina, a Carta constitui um avanço na medida em que corporiza as soluções ventiladas pela jurisprudência comunitária. Para outra, representa um recuo pela forma dúbia como expõe a solução.

A doutrina maioritária defende que o artigo 51.º, 1 CDF deve ser lido em consonância com a jurisprudência comunitária até então firmada sobre a matéria, abrangendo não só os actos internos de execução do Direito da União, mas também as medidas nacionais restritivas das liberdades fundamentais do mercado⁶¹⁶. Segundo esta

⁶¹² Na formulação das anotações pré-2007: «agir no quadro do Direito da União».

⁶¹³ Anotações, §2, *in fine*. No nosso entender, pelo contexto em que se insere a expressão, o termo está a ser usado em sentido amplo, como sinónimo de ‘aplicação’, abrangendo todos os casos que caíam no âmbito de aplicação da CDF e não apenas os que se reportam restritivamente à linha *Wachauf*.

⁶¹⁴ Em alemão: «(...) für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. (...)». Em inglês: «(...) to the Member States only when they are implementing Union law. (...)». Em francês: «(...) qu’aux États membres uniquement lorsqu’ils mettent en œuvre le droit de l’Union. (...)». Em espanhol: «(...) los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. (...)». Em italiano: «(...) agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione. (...)».

⁶¹⁵ Com uma posição crítica, ver X. GROSSOUT, «The scope...», 2011, p. 19. H. KAILA, «The scope of application...», in P. CARDONNEL et al. (ed.), *Constitutionalizing the...*, cit., pp. 304 ss.

⁶¹⁶ R. MEDEIROS, *A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português*, cit., pp.28 ss., embora consciente dos problemas que pode suscitar uma leitura ampla do artigo 51.º, 1 da CDF no sentido de abranger actos nacionais que estabeleçam derrogações às liberdades fundamentais, duvida que se tenha querido limitar o controlo dos actos estatais só a actos de execução do direito comunitário. Do mesmo modo, Paloma BIGLINO CAMPOS, «Derechos Fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton, cit., pp.

tese, do debate travado nada leva a crer ter sido intento dos elementos da Convenção declinar as soluções jurisprudenciais alcançadas⁶¹⁷; em causa terá estado a preferência por uma formulação menos imprecisa do que a usada pela jurisprudência comunitária. Por isso, muito embora tratando-se de uma espécie de interpretação autêntica, alegadamente, sem valor normativo, as anotações do *Praesidium* devem estribar uma visão ampla ao reiterarem a jurisprudência comunitária como fonte de inspiração da CDF. Há inclusive quem sustente, atendendo ao modo como linguisticamente a expressão «quando apliquem o direito da União» se apresenta nos diversos Estados-membros, ser defensável a concepção segundo a qual quando os Estados-membros invocam uma derrogação ao Tratado estão, num certo sentido, a aplicar direito da União. Portanto, mesmo a redacção do artigo 51.º, n.º1 comportaria um entendimento amplo da Carta⁶¹⁸. Junta-se em favor deste parecer, o princípio, a florado no preâmbulo e no artigo 53.º da CDF, segundo o qual a Carta não constitui um retrocesso em matéria de direitos e liberdades reconhecidos pelo direito da União, razão pela qual não «deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União», do qual faz parte a jurisprudência do TJ⁶¹⁹.

Os que fazem uma leitura mais restritiva entendem que a norma do artigo 51.º, 1 CDF vem condicionar a acção do TJ relativamente à apreciação da compatibilidade dos actos estatais com os direitos fundamentais, legitimando, *ut singuli*, o controlo dos actos

45-67, F. C. MAYER, «La Charte Européenne des droits fondamentaux et la Constitution UEuropéenne», *RTDE*, 39, 2, 2003, pp.175-196 e P. EECKHOUT, «The EU Charter of Fundamental Rights and the federal question», *CMLR*, 39, nº 5, 2002, pp.977-979.

⁶¹⁷ Ver a descrição das circunstâncias que rodearam o debate acerca da redacção do artigo 51.º, 1 da CDF in G. de BÚRCA, «The drafting of the European Union Charter of Fundamental rights», *ELR*, 26, 2001, pp. 126-138 e P. EECKHOUT, «The EU Charter of Fundamental Rights and the federal question», *cit.*, pp. 954-957.

⁶¹⁸ P. BIGLINO CAMPOS, «Derechos Fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *cit.*, pp. 55-56. A A. argumenta ainda que ao excluïrem-se as medidas nacionais beneficiárias de uma excepção às liberdades fundamentais, permitindo-se ficarem sobre a alçada das diferentes jurisdições nacional e da jurisdição do TEDH, prejudicaria a integração Europeia (p.58).

⁶¹⁹ F. C. MAYER, «La Charte Européenne des droits fondamentaux et la Constitution Européenne», *cit.*, pp. 186-187. Em abono da sua tese considera ainda uma decisão recente do Tribunal Constitucional alemão (*BVerfG*) na qual cita o artigo 51.º da Carta identificando a expressão que dele consta com a usada pelo TJ nas suas decisões (decisão de 22-11-2001, 2 *BvB* 1-3/01 - Interdição do Partido político NPD).

estatais de execução do direito comunitário, *máxime*, dos actos de aplicação dos regulamentos comunitários a nível interno⁶²⁰. Assim, neste prisma, a Carta efectivamente reduziria a protecção dos direitos fundamentais actualmente disponibilizada pela ordem jurídica comunitária ao excluir do seu âmbito de aplicação os actos estatais que pretendam beneficiar de uma excepção a uma liberdade fundamental do Tratado⁶²¹.

Entretanto, os desenvolvimentos ocorridos nos últimos anos fizeram a controvérsia perder expressão e hoje não subsistem reservas quanto à ideia de continuidade e ao facto da CDF não constituir propriamente um elemento de Direito novo. Conquanto o propósito não tenha sido o de repudiar ou sancionar *qua tale* a jurisprudência *ERT*, permanece válida a alegação quanto ao facto do artigo 51.º 1 CDF encerrar uma mensagem de advertência ao TJ em relação a futuras actuações na matéria⁶²². Tal pode conceber-se tendo em vista dois horizontes. Primeiro, um alerta no sentido do TJ ser mais cuidadoso na abordagem dos actos estatais que pretendam desfrutar de uma derrogação à aplicação do Direito da União. Segundo, a fixação de

⁶²⁰ G. de BÚRCA, «The drafting of the European Union Charter of Fundamental rights», *cit.*, pp. 134; P. CRAIG et. al, *UE Law. Text, cases and materials*, 3rd ed., *cit.*, pp. 347-349; L. BESSELINK, «The Member States, the national constitutions and the scope of the Charter», *MJECL*, 2001, 1; F. G. JACOBS, «Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice», *ELR*, 26, 2001, pp. 338-339; J. H. H. WEILER, Intervenção na Assembleia da República, Reunião conjunta das Comissões de Assuntos Europeus e de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 19 de Setembro de 2000, publicada in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – A participação da Assembleia da República*, Comissão de Assuntos Europeus, Assembleia da República, 2001, pp.163-192. Ver igualmente J. H. H. WEILER, «Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo», *cit.*, p.529.

⁶²¹ Como nota J. H. H. WEILER, Intervenção na Assembleia da República, *cit.*, p. 188, «com a Carta que está sobre a mesa, o Tribunal Europeu só será capaz de analisar os processos dos Estados-membros quando haja implementação e não quando só haja um pedido de excepção para uma liberdade fundamental. Nesta perspectiva, a Carta limita o *status quo* e protege menos que o *status quo*». O A. desvaloriza a força jurídica das explicações relativas ao texto da Carta e o seu préstimo como directriz de interpretação e invoca razões políticas e teóricas para excluir do controlo judicial os actos estatais restritivos das liberdades fundamentais que requeiram o funcionamento de uma das excepções previstas no Tratado.

⁶²² Com esta leitura segundo a qual agora o TJ tem que ser mais cauteloso dada a limitação expressa do 51.º 1 que não admite tendências expansivas, Jürgen KÜHLING, «...», in BOGDANDY, *Principles...*, 2011, p. 501.

uma barreira ao TJ no preenchimento da expressão *âmbito de aplicação do direito comunitário*; i.e., a ideia terá sido a de conter o tipo de actos nacionais enquadráveis no discurso da jurisprudência comunitária, de molde a impedir uma eventual apetência expansiva do mencionado espaço, autorizada pelos contornos amplos e fluidos da fórmula *âmbito de aplicação do direito comunitário*⁶²³.

1.1.3. Sobre a suposta existência de uma terceira categoria de casos localizados no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE

Observada a jurisprudência mais recente, o TJ parece supor a possibilidade de novas conexões ao Direito da UE para lá das identificadas, o que para alguns prova que a senda expansiva do TJ relativamente a 51.º 1 CDF não esmoreceu.

Com efeito, em *Vinkov*⁶²⁴ é asseverado que «[n]este caso, não resulta da decisão de reenvio que a regulamentação nacional constitui uma medida de aplicação do direito da União ou apresenta *outros elementos de ligação* a este último. (...)» (§58) (o destaque é nosso)⁶²⁵. Dito isto, é possível ver no uso da expressão: ‘*outros elementos de ligação*’ o sinal de uma tendência de alargamento do leque de casos a alojar no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Uma espécie de ‘*tertium genus*’ consentâneo com uma leitura ‘*extra large*’ do art. 51.º1 CDF.

⁶²³ Ingolf PERNICE, «The Charter of Fundamental Rights in the Constitution of the European Union», Research Institute for European Affairs, Vienna, <http://www.whi-berlin.de/pernice-fundamental-rights.htm>, pp.17-19; R. Alonso GARCÍA, «The general provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *ELR*, 8, 4, 2002, pp. 493-497; A. Saiz ARNAIZ, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión European y los ordenamientos nacionales: Qué hay de nuevo?», *CDP*, 13, 2001, p.157.

⁶²⁴ Acórdão TJ, 07-06-2012, *Vinkov*, C-27/11.

⁶²⁵ De igual modo, Despacho TJ, 22-09-2011, *Lebrun*, C-538/10, §19; Despacho TJ, 12-11-2010, *Estov*, C-339/10, §102; Despacho do TJ 22-09-2011, *Pagnould*, C-314/10, §24. No Despacho do TJ, 01-03-2013, *Chartry*, C-457/09, o TJ dispõe do seguinte modo, «(...) [o] litígio no processo principal, que opõe um cidadão belga ao Estado belga a propósito da tributação das actividades exercidas no território deste Estado-Membro, não apresenta nenhum *elemento de conexão* com qualquer das situações consideradas nas disposições do Tratado CE relativas à livre circulação de pessoas, de serviços ou de capitais. Além disso, o referido litígio não incide sobre a aplicação de medidas nacionais pelas quais o Estado-Membro em causa aplique o direito da União» (§25).

Porém, como alerta I. SÁNCHEZ⁶²⁶, embora o TJ vá mais além na argumentação do que o tradicional não pode daí extrair-se a conclusão de que TJ está a fazer uma abordagem expansionista quanto ao âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE. Não obstante, pensamos ser ingénuo ignorar que os casos *Carpenter* e *Fransson* já fogem um pouco da leitura mais ortodoxa dos tipos *Wachauf* e *ERT*.

1.2. Casos incluídos *versus* casos excluídos – delimitação negativa

À luz das anotações ao artigo 51.º1 CDF os cenários *Annibaldi* não constituem situações de ‘aplicação’ do Direito da União e, por conseguinte, não integram o miolo do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE. Deste modo, os autores da Carta reconheceram a importância que os casos de declaração de incompetência revestem para a definição dos contornos do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais.

Nem sempre é perceptível a delimitação entre os casos situados *vel non* no âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais. Embora pontuais, há decisões que surpreendem num ou no outro sentido. As incertezas residem em especial nas ‘zonas cinzentas’ onde o elemento de ligação que faculta o enquadramento dos actos nacionais no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais não é inteligível ou é discutível devido a sua fraca intensidade. Nesta perspectiva, os casos *Carpenter*, *Akrich* e *Zambrano* constituem exemplos que mereciam uma decisão de incompetência pela ausência de um *link* sólido e efectivo ao Direito da UE. Já os casos *McB*⁶²⁷, *Bartsch*⁶²⁸, *Gueye*⁶²⁹ apresentavam espaço para uma solução diferenciada, mas ao invés ilustram situações em que a conexão apontada entre as disposições nacionais e o Direito da UE

⁶²⁶ IGLÉSIAS SÁNCHEZ, « The Court and the Charter: ... », cit. p. 1587.

⁶²⁷ Caso de regulamento comunitário que faz apelo a um conceito de direito nacional (titular do direito de guarda) circunstancia que não permite colocar a legislação nacional em causa sob a alçada dos direitos fundamentais da UE.

⁶²⁸ No caso estavam em causa disposições de uma entidade privada que não foram ser avaliadas à luz dos direitos fundamentais da UE.

⁶²⁹ Caso de legislação penal que impõe uma sanção acessória de afastamento contra os autores de crimes de violência familiar que o TJ considera não entrar no âmbito de aplicação da decisão-quadro sobre a matéria e consequentemente também no âmbito de aplicação da Carta. O TJ declara-se incompetente para examinar se o direito espanhol é conforme aos direitos fundamentais pois a questão das penas a aplicar encontra-se fora do âmbito de aplicação do direito da União, §69-70.

não foi considerada relevante pelo TJ. Também os casos *Möllendorf*⁶³⁰ e *Küçükdeveci*⁶³¹ trazem realidades em que com alguma perplexidade o TJ validou a existência de um nexo funcional entre a legislação nacional e o Direito da União e acolheu as dúvidas quanto à conformidade com os direitos fundamentais da UE do Direito nacional cuja dimensão executiva de normas da UE, numa acepção restrita, não parece clara.

Apesar das inconsistências que a jurisprudência possa apresentar, para que uma linha de separação seja traçada com propriedade e se esclareça a extensão do nexo exigível entre a situação concreta e o Direito da UE, há que atender com interesse também aos casos em que o TJ denega a sua competência para aferir da compatibilidade dos actos nacionais com os direitos fundamentais. Com igual préstimo contribuem para o propósito⁶³².

Neste domínio a decisão de incompetência do TJ para apreciar a questão à luz dos direitos fundamentais pode basear-se em três razões principais: (i) na indisponibilidade da decisão de reenvio para fornecer elementos concretos que permitam ao TJ apreciar a existência de um nexo funcional entre a actuação nacional e a regulamentação comunitária; (ii) na falta de uma conexão ao Direito da UE a partir dos elementos concretos facultados; (iii) ou no facto de, apesar da indicação de elementos que apontam para uma alegada conexão ao direito da UE, a situação não se encontrar directamente regulada por ele.

Relativamente à primeira das razões, impõe-se que a decisão de reenvio contenha suficientes elementos concretos para o TJ poder considerar estar-se perante uma situação de aplicação do Direito da União. Nas situações em que tal não é observado o TJ declara-se liminarmente incompetente; assim, não basta invocar com autonomia a CDF se o Tribunal de reenvio não carrear os elementos concretos do caso que sustentem a sua ligação ao DUE. Com efeito, a activação da CFD depende da

⁶³⁰ Acórdão TJ, 11-10-2007, *Möllendorf*, C-117/06. Está em causa uma situação em que na sequência da aplicação de regulamento que invalida um contrato de compra e venda é convocado o direito alemão dos contratos que prevê consequências que por sua vez levantam dúvida quanto à sua conformidade com o direito de propriedade. A pertinência dos direitos fundamentais da UE decorre do facto da invalidade da compra e venda radicar no Direito da UE.

⁶³¹ Cit.

⁶³² Sobre o tema, LENAERTS, «Exploring the limits of the EU Charter...», cit. p. 386. e X. GROSSOUT, « The Scope of Application ... », cit.

ligação efectiva a uma regulamentação comunitária aplicável ao caso, ligação essa que desse ser sustentada por elementos concretos, como o demonstra o TJ nos casos *Sindicato dos bancários do Norte e o.*⁶³³, e *Estov*⁶³⁴.

Quanto ao fundamento da falta de uma conexão ao Direito da UE a partir dos elementos concretos facultados, a jurisprudência invoca dois argumentos: não resultar da decisão de reenvio que a regulamentação nacional constitui uma medida de aplicação do direito da União *ou* a decisão de reenvio não apresenta outros elementos de ligação a este último. *Chartry*⁶³⁵, *Vajnai*⁶³⁶, *Rossius*⁶³⁷, *Lebrun*⁶³⁸, *Pagnout*⁶³⁹ e *Vinkov*⁶⁴⁰.

Contudo, não é suficiente que exista uma regulamentação comunitária relativamente à matéria em questão para que a situação que envolve uma medida nacional entre no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais; é necessário ainda que a situação se encontre *directamente* regulada pelo direito da UE. Ou seja, apesar do caso envolver circunstâncias que o liguem ao Direito da UE, este não regula *directamente* a matéria em questão. Entramos assim no plano da terceira das razões anteriormente apontadas. Nestes casos, a principal razão aduzida para o TJ declarar a sua incompetência prende-se com a ausência de uma ligação *suficiente e adequada* entre o acto nacional contestado e a ordem jurídica da UE.

Vejamos então em que situações essa ligação não se estabelece, ou melhor, quais os casos que estão à margem do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE e aos quais a CDF não se aplica, bem como a respectiva fundamentação.

1.2.1. Annibaldi – *o argumento da inexistência de uma relação de execução entre a regulamentação nacional e o direito da União*

⁶³³ Despacho TJ, 07-03-2013, *Sindicato dos Bancários do Norte e o.*, C-128/12, §12. Caso em que se contestava a compatibilidade com a CDF da legislação portuguesa que estabelece reduções salariais para certos trabalhadores do sector público (Lei do Orçamento do Estado para 2011).

⁶³⁴ Cit., §14.

⁶³⁵ Cit., §25.

⁶³⁶ Despacho do TJ 06-10-2005, C-328/04, *Vajnai*, §13-14.

⁶³⁷ Despacho do TJ 22-05-2011, C-267/10, *Rossius*, §19.

⁶³⁸ Despacho do TJ 22-09-2011, C-538/10, *Lebrun*, §19.

⁶³⁹ Caso *Pagnould*, cit., §24.

⁶⁴⁰ Caso *Vinkov*, cit., §59.

De acordo com o TJ, para que os direitos fundamentais da UE se apliquem à situação controvertida é necessário que a medida nacional em questão se reporte a uma matéria regulada pelo Direito da União, mediante disposições directamente aplicáveis. Se assim não for, não é possível estabelecer uma conexão à ordem jurídica comunitária, na medida em que não se procede à execução do direito da União. A conclusão decorre basicamente das decisões proferidas nos casos *Defrenne*⁶⁴¹, *Demeriel*⁶⁴² e *Maurin*⁶⁴³.

⁶⁴¹ Acórdão TJ, 15-06-1978, *G. Defrenne v. Soc. A. B. N. A. Sabena*, 149/77, Col. 1978, p. 1365. O Tribunal, questionado sobre a conformidade da legislação nacional disciplinadora das condições de trabalho com o princípio da não discriminação entre trabalhadores masculinos e femininos, declarou-se jurisdição incompetente. Considerou não lhe caber controlar e garantir o cumprimento do princípio da igualdade em matéria de outras condições de trabalho que não sejam as remunerações, uma vez inexistirem, na época dos factos, disposições comunitárias reguladoras da proibição de discriminação entre trabalhadores masculinos e femininos que não fossem as referentes ao regime de remunerações. Não obstante a aplicabilidade directa da disposição do artigo 119.º TCE (actual artigo 141.º TCE) tal disposição seria inaplicável ao litígio concreto por se cingir ao princípio da igualdade exclusivamente em matéria de regime remuneratório. Nessa medida, e não obstante reconhecer que a eliminação das discriminações em razão do sexo faz parte dos direitos fundamentais que, por sua vez, fazem parte integrante dos princípios gerais de direito comunitário (§26-28), o Tribunal decidiu que não cabe à Comunidade a imposição do cumprimento desta norma de não discriminação «quanto às relações *de trabalho submetidas exclusivamente ao direito nacional*.» (§33. O destaque é nosso).

⁶⁴² Acórdão de 30-09-1987, *Demeriel c. Cidade S. Gmünd*, cit. Vejam-se as considerações infra expendidas a pretexto do caso. Segundo o TJ, apesar do acordos internacionais serem fonte de direito comunitário, para existir da parte da legislação nacional uma relação de execução é necessário que o direito comunitário em presença goze de aplicabilidade directa. Ou seja, segundo o entendimento do TJ, para que uma regulamentação nacional se situe no âmbito do direito comunitário deve encontrar-se a cumprir uma disposição de direito comunitário *self-executing*, ainda que de natureza convencional. Para ilustrar esta orientação o TJ afirma dever «velar pelo respeito pelos direitos fundamentais no domínio do direito comunitário, mas não pode[r] verificar a compatibilidade com a CEDH de uma regulamentação nacional que não se situe no âmbito do direito comunitário. Ora, no caso em apreço, tal como resulta da resposta dada à primeira questão, não existem actualmente normas de direito comunitário que definam as condições em que os Estados-membros devem autorizar o reagrupamento familiar dos trabalhadores turcos lícitamente instalados na Comunidade. Portanto, a regulamentação nacional em causa no processo principal não tinha que dar cumprimento a uma disposição de direito comunitário. Nestas condições o Tribunal não é competente para apreciar a compatibilidade de uma regulamentação nacional, com a que está em questão, com os princípios consagrados pelo artigo 8.º da CEDH». (§23. O destaque pertence-nos).

⁶⁴³ Acórdão de 13-06-1996, *Processo-crime v. Jean-Louis Maurin*, proc. C-144/95, Col.1996, p.I-02909. Segundo regulamentação francesa é proibida a detenção para venda de produtos alimentares cuja

Mas é com o caso *Annibaldi*⁶⁴⁴ que o TJ completa a sua a sua tese⁶⁴⁵. Na decisão oferece um raciocínio que não se limitou ao argumento da inexistência de uma relação de execução entre a regulamentação nacional e o Direito comunitário, mas invoca adicionalmente a natureza não comunitária dos objectivos que presidem às disposições nacionais bem como o facto da matéria em questão ser da competência dos Estados-membros (§9, 14, 24). Assim, de *Annibaldi* é possível extrair um elemento adicional para a identificação do âmbito de aplicação dos direitos da UE, ou seja, a condição da situação jurídica controvertida se encontrar regulada pelo direito comunitário e prosseguir objectivos de natureza comunitária⁶⁴⁶. Os casos *Cholakova*⁶⁴⁷ e *Polier*⁶⁴⁸ são exemplos que dão eco da jurisprudência *Annibaldi* no que toca ao requisito da situação em litígio se encontrar regulada pelo Direito da União para se considerar enquadrada no âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE⁶⁴⁹.

data limite de consumo já tenha expirado. Maurin foi acusado de possuir para venda géneros alimentícios nessas condições e pelo facto viu contra si ser desencadeado um processo penal relativo à verificação das infracções. Na sequência, o arguido levanta a questão da compatibilidade das regras processuais nacionais aplicáveis sobre as fraudes e falsificações em matéria de produtos e serviços – que não prevê que o auto de infracção seja assinado pela pessoa interessada pelas investigações – com os princípios gerais de direito consagrados pelo Tribunal de Justiça, designadamente com o princípio do respeito dos direitos de defesa e do contraditório. O Tribunal expressou que apesar da existência de uma directiva relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à rotulagem, apresentação e à publicidade dos géneros alimentícios destinados ao consumidor final, o direito comunitário não regulamenta a venda de produtos alimentares conformes com as regras que impõe em matéria de etiquetagem e não estabelece qualquer obrigação aos Estados-membros quando se trate da venda de produtos conformes com a directiva mas cuja data limite de consumo já tenha passado. Assim sendo, a sua regulamentação cabe aos Estados-membros (§12).

⁶⁴⁴ Acórdão de 18-12-1997, *Daniele Annibaldi v. Sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio*, proc. C-309/96, Col.1997, p.I-7493.

⁶⁴⁵ O *Praesidium* atendeu expressamente à jurisprudência *Annibaldi* nas anotações ao art. 51.º CDF.

⁶⁴⁶ Trata-se de uma jurisprudência incontornável e que mereceu a atenção do Tribunal Constitucional Federal Alemão que a elegeu como ponto de arrimo na sua decisão de subtracção da legislação nacional em matéria de protecção de dados da aplicação da CDF.

⁶⁴⁷ Despacho do TJ, 06-06-2013, *Cholakova*, C-14/13, § 28.

⁶⁴⁸ Despacho do TJ, 16-02-2008, *Polier*, C-361/07, §14.

⁶⁴⁹ Ver também com interesse, acórdão 10-12-2009, C-323/08, *Rodríguez Mayor e o.*, quando questionado sobre a compatibilidade de legislação espanhola relativa ao despedimento colectivo com, entre outros, o art. 30.º CDF o TJ determinou que «(...) uma situação como a que está na origem do

1.2.2. Grogan, Perfili, Kremzow e Kaur – *o argumento da inexistência de uma liberdade comunitária em efectivo exercício por parte de um cidadão da União, a ser restringida por medidas nacionais*

Também no domínio do controlo das medidas nacionais restritivas das liberdades fundamentais do mercado comum o TJ determinou limites à jurisdição comunitária. Seleccionamos quatro dos principais arrestos sobre a matéria nos quais o TJ se furtou a apreciar a regulamentação nacional em causa com base na ideia da mesma não se encontrar no âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais: *SPUC c. Grogan*⁶⁵⁰; *Processo-crime v. Gianfranco Perfili*⁶⁵¹; *Kremzow*⁶⁵²; *M. Kaur*⁶⁵³.

Escassos meses após o acórdão ERT, o caso *SPUC c. Grogan* tornou-se um modelo de exercício de auto contenção jurisdicional. O Tribunal de Justiça interveio no caso na sequência de uma acção interposta pela SPUC (sociedade que defende a vida humana desde a concepção, opondo-se à despenalização do aborto) contra os membros de uma associação de estudantes responsáveis pela divulgação no Reino Unido de informações sobre clínicas de interrupção voluntária da gravidez, utilizando para o efeito uma publicação estudantil. O órgão jurisdicional nacional cuidava que o direito aplicável fosse susceptível não só de constituir um entrave à livre prestação de serviços, mas também uma violação do direito à liberdade de expressão. Desta feita, dirigiu ao Tribunal do Luxemburgo questões prejudiciais relativas à interpretação do artigo 59.º do TCE e do artigo 10.º da CEDH.

Na sua decisão o Tribunal do Luxemburgo entendeu que não lhe caberia examinar se a proibição de divulgar informações sobre a interrupção voluntária da gravidez violava o direito à liberdade de expressão por se considerar incompetente para

litígio no processo principal não está incluída no âmbito de aplicação da Directiva 98/59, nem, portanto, no do direito comunitário», razão pela qual não se pronunciava quanto à questão.

⁶⁵⁰ Acórdão de 04-10-1991, *SPUC v. Grogan*, cit.

⁶⁵¹ Acórdão de 1-2-1996, *Processo-crime c. Gianfranco Perfili*, C-177/94, Col. 1996, p. I-161.

⁶⁵² Acórdão de 29-05-1997, *Friedrich Kremzow v. Republik Österreich*, proc. C-299/95, Col.1997, p. I-02629. A propósito do acórdão *Kremzow*, Florence ZAMPINI, «La Cour de Justice des Communautés européennes gardian des droits fondamentaux «dans la cadre du droit communautaire»», *RTDE*, n. 4, Oct.-Dec., 1999, pp. 599-707.

⁶⁵³ Acórdão de 20-02-2001, *The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte: Manjit Kaur, com a intervenção de: Justice*, proc. C-192/99, Col.2001, p.I-01237. Comentado na *CMLR*, 39, 2002, pp. 881-893.

apreciar legislação nacional «*que não se situe no quadro do direito comunitário*» (§31). Chegou a esta conclusão tendo em conta que a ligação entre os estudantes e as clínicas era «demasiado ténue para que a proibição de divulgar informações possa ser considerada uma restrição abrangida pelo artigo 59.º do Tratado.» (§24)⁶⁵⁴.

No caso *Processo-crime v. Gianfranco Perfilì* a jurisprudência *SPUC* revelou-se suficiente para no caso concreto dispensar o Tribunal de responder à questão da compatibilidade de uma regulamentação nacional com os direitos fundamentais⁶⁵⁵. No que se refere à questão da violação do direito consagrado no artigo 6.º da CEDH, o Tribunal o começou por relembrar a jurisprudência fixada quanto à matéria no acórdão *SPUC* segundo a qual o Tribunal não tem competência para conhecer da conformidade de uma regulamentação nacional com os direitos fundamentais se essa regulamentação não se situar no quadro do Direito comunitário. Associando essa jurisprudência ao conteúdo da resposta a primeira das questões apresentadas, o Tribunal declarou não existirem razões para responder à segunda das questões prejudiciais (§18 a 21). Ora, observando que na resposta à primeira das questões o Tribunal julgou que a medida nacional não tinha natureza restritiva das liberdades comunitárias, então é de inferir que a regulamentação em presença não entra no âmbito do direito comunitário para efeitos de aplicação do parâmetro comunitário de protecção dos direitos fundamentais.

⁶⁵⁴ O Tribunal ao relembrar que o artigo 59.º do Tratado apenas releva nos casos de prestações de serviços de cariz interestadual considerou que a regulamentação nacional visada se encontrava fora do âmbito de aplicação daquela disposição e, como tal, destituída de relevância no plano comunitário. Se a regulamentação nacional restritiva se enquadra no âmbito da competência do legislador nacional, então o juiz comunitário não dispõe de poderes de apreciação da mesma; por consequência, o Tribunal não considerou que a proibição de divulgar informações na Irlanda sobre a interrupção voluntária da gravidez fosse contrária ao direito comunitário (§ 24-27). Para mais desenvolvimentos sobre o acórdão ver a nossa dissertação de mestrado (2005).

⁶⁵⁵ Neste processo, as regras do processo penal italiano impedem a vítima de uma infracção penal de se constituir parte civil no âmbito de um processo penal, caso não tenha conferido ao seu representante um mandato especial e ainda que o direito do Estado-membro de que a vítima é nacional não preveja tal formalidade. Foi o que sucedeu com a companhia de seguros Lloyd's que de acordo com o direito inglês designou um representante geral em Itália para agir no âmbito de uma acção penal intentada contra G. Perfilì. De acordo com a Lloyd's, as regras do processo penal italiano ao impedi-la de se constituir como parte civil no processo dispensam um tratamento desigual entre as vítimas de nacionalidade italiana e as de nacionalidade britânica. Tal facto consubstancia não só uma discriminação em razão da nacionalidade proibida pelo direito comunitário, como uma violação do direito fundamental consagrado no artigo 6.º da CEDH (direito a um Tribunal independente e imparcial).

Ao passo que no caso *Grogan* a exclusão da jurisdição comunitária se funda na inexistência de uma liberdade comunitária em exercício, no presente caso, a exclusão tem por base o facto das liberdades comunitárias visadas (artigos 52.º e 59.º do TCE) não se encontrarem postas em causa pela circunstância de não ser possível aferir, em concreto, se a regulamentação nacional viola o princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade. Consequentemente parece não ser bastante estar em exercício uma liberdade comunitária, mas ser imprescindível que essa liberdade se encontre reduzida pela regulamentação nacional, ou seja, a medida nacional, quando aplicada indistintamente, deve ter uma natureza restritiva das liberdades comunitárias.

No caso *Kremzow* a constatação de que a regulamentação nacional aplicável no processo principal respeita a uma situação que não entra no âmbito de aplicação do direito comunitário foi mais uma vez o fundamento usado pelo Tribunal para se declarar incompetente para apreciar a sua conformidade da regulamentação nacional com os direitos fundamentais. Deste acórdão podemos tirar a lição de que o ordenamento jurídico comunitário apenas confere protecção aos titulares de direitos fundamentais que *efectivamente* se encontrem a exercer uma liberdade comunitária⁶⁵⁶.

No caso debatia-se, a título prejudicial, a compatibilidade com a CEDH das disposições nacionais de natureza penal que prevêm uma pena privativa da liberdade aplicada em audiência que decorreu sem a presença do arguido. Segundo o Tribunal, «o demandante no processo principal é um cidadão austríaco cuja *situação não apresenta nenhum elemento de conexão a qualquer das diversas situações previstas pelas disposições do Tratado relativas à liberdade de circulação de pessoas*. Com efeito, embora a privação da liberdade seja susceptível de impedir o exercício pelo interessado do seu direito à livre circulação, todavia, da jurisprudência do Tribunal de Justiça resulta que *a perspectiva meramente hipotética desse exercício não constitui um nexo suficiente com o direito comunitário para justificar a aplicação das disposições comunitárias*». (§16). Alega ainda estar em presença de «*disposições de direito nacional que não se destinavam a garantir o respeito das regras de direito comunitário*» (§17)⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ Ver mais recentemente o caso *Chartry*, cit., §25; Despacho do TJ, 06-06-2013, *Cholakova*, C-14/13, §22-25.

⁶⁵⁷ É curiosa a argumentação do AG ao defender que se a tese do demandante no processo principal vingasse «todas as sanções estabelecidas pelo ordenamento jurídico de um Estado-membro que implicassem penas privativas da liberdade caíam, automaticamente, sob a alçada do direito comunitário,

Finalmente, no caso *M. Kaur* o Tribunal excluiu a sua jurisdição sobre a regulamentação do Reino Unido respeitante à aquisição e perda da cidadania⁶⁵⁸. Serviu contudo para esclarecer que apenas os cidadãos da União, nos termos definidos pelos respectivos Estados-membros, podem reclamar da ordem jurídica comunitária a protecção dos direitos fundamentais que a integram⁶⁵⁹. No seu acórdão o Tribunal não se pronuncia sobre a eventual violação dos direitos fundamentais por parte do legislador britânico porque segundo o seu raciocínio não está na presença de uma cidadã comunitária (§21-28).

2. O potencial do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE

pois (...) limitam-lhe o gozo dos direitos e faculdades que lhe são conferidos pelo direito comunitário» (§7, Col., p. I-2635).

⁶⁵⁸ Stephen HALL, «Loss of Union citizenship in breach of fundamental rights», *ELR*, 1996, 21, pp. 129-143, entende que com o TUE uma medida nacional privativa da nacionalidade passou a fazer parte do âmbito de aplicação do direito comunitário, razão pela qual o TJ é competente para avaliar da sua conformidade com os direitos fundamentais que protege. Desta feita, os Estados-membros encontram-se limitados no exercício das suas competências relativamente à definição dos seus nacionais.

⁶⁵⁹ *M. Kaur* é cidadã britânica do ultramar e viu ser-lhe negado o direito de entrar e permanecer no Reino Unido em aplicação da legislação britânica de 1981 relativa à nacionalidade. Esta regulamentação revoga o estatuto de cidadão do Reino Unido e das Colónias, passando a definir diversas categorias de cidadãos britânicos aos quais reconhece diferentes direitos em função da natureza dos laços que os unem ao Reino Unido. Relativamente à categoria dos cidadãos britânicos do Ultramar, como é o caso da senhora *M. Kaur*, prevê a possibilidade de recusa de qualquer direito de imigração, como de facto veio a suceder. Contudo, a recorrente considera-se cidadã da União e como tal pretende exercer o direito de livremente entrar e permanecer, não apenas no Estado-membro de que é nacional, mas também no território de outros Estados-membros. Segundo ela, a legislação britânica da nacionalidade ao privar os britânicos de origem asiática do direito de entrarem no território do qual são nacionais está a infringir a CEDH e desse modo a violar os direitos fundamentais que fazem parte integrante do direito comunitário. Subtende-se da argumentação expendida por *M. Kaur* que o respeito pelos direitos fundamentais é uma exigência que decorre da sua condição de cidadã da União e, nessa medida, a legislação nacional viola o direito comunitário ao impedir que os seus nacionais exerçam os direitos que derivam daquela condição. Para o efeito, foram apresentadas ao Tribunal duas questões prejudiciais. Uma relativa à interpretação com o artigo 8.º do TCE e outra sobre a importância para o caso do artigo 3.º, n.º 2 do Protocolo n.º 4 da CEDH, segundo o qual ninguém pode ser privado do direito de entrar no território do Estado de que for cidadão (O Reino Unido não havia ratificado até então o Protocolo n.º 4 da CEDH).

2.1. A identificação de um *factor de conexão* relevante – critério funcional de natureza jurídico-conflitual

Em síntese recordamos que no caso das normas de direitos fundamentais da EU, para efeito de identificação do espaço aplicativo da Carta relativamente aos actos estatais, o artigo 51.º 1 CDF reconhece ter como alvo *apenas* os actos de aplicação do DUE. Do segmento do preceito “*apenas quando [os Estados-Membros] apliquem o direito da União*” resulta visivelmente que a Carta tem um âmbito de aplicação limitado e condicionado no que à actuação dos Estados-membros diz respeito. Nesse sentido o artigo 51.º, n.º 1 da CDF exclui do âmbito de aplicação da Carta realidades concretas e assim neutraliza qualquer possibilidade de uma aplicação generalizada⁶⁶⁰.

Ora, tal como podemos constatar nos capítulos anteriores, definir com exactidão o objecto de controlo, ou seja, o que constituem actos de aplicação do Direito da UE ou acções no âmbito do Direito da UE⁶⁶¹ para efeito de determinação do padrão de protecção aplicável não decorre directamente da CDF, nem é absolutamente claro e previsível para o intérprete a partir dos elementos disponíveis. Ainda que identificados os grandes blocos ou categorias de actos a submeter ao parâmetro de protecção dos direitos fundamentais da UE, persistem variadas zonas de incerteza e, à medida que a posição jurisprudencial se vai consolidando, emergem novas interrogações a cuidar. Porém, da retrospectiva que fizemos e com suporte na delimitação positiva/ negativa que traçamos é possível retirar como ensinamento central a conclusão de que, apesar das dificuldades normativas e das fragilidades e inconsistências jurisprudenciais o critério operativo desenvolvido pelo TJ apresenta uma natureza conflitual. Sabemos seguramente que é exigível o estabelecimento de um vínculo ou conexão entre a situação concreta e o Direito da UE de modo a activar o parâmetro de protecção da União. É este o critério fixado para a delimitação do âmbito de aplicação do Direito da UE. Apenas as situações jurídicas (públicas ou privados) que se encontrem ligados ao Direito da UE por via de um *factor de conexão relevante* são susceptíveis de mobilizar a

⁶⁶⁰ J. KÜHLING, «Fundamental rights», in A. BOGDANDI, *Principles of European constitutional law*, 2011, p. 501; H. KAILA, «The scope of application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States», in CARDONNEL, P. et al. (ed.), *Constitutionalising the UE Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart Pub., 2012, pp. 294-302.

⁶⁶¹ Como é especificado nas anotações.

aplicação do parâmetro de protecção dos direitos fundamentais da UE. As situações que não ocupem esse espaço mereceram a aplicação de um parâmetro de protecção distinto (nacional e/ou internacional). Nessa medida a disposição horizontal do artigo 51.º 1 CDF tem uma natureza conflitual ao permitir identificar qual o Direito aplicável, i.e., o padrão de protecção aplicável ao caso concreto.

Portanto, há que admitir encontrar-se estabelecido um critério abstracto ou uma linha de orientação⁶⁶². Sucede que não é neste ponto que reside particularmente a dificuldade que muitos destacam; o foco do problema está antes no grau de conexão exigível ao Direito da UE que pode oscilar entre o muito ténue e o muito intenso. Neste aspecto estará a diferença entre uma solução que toca a fronteira da aplicação generalizada e uma estreiteza tal que comprime o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais a um escasso punhado de situações jurídicas.

O desafio é perceber onde está o ponto certo e o exercício reclamado é importante a variados níveis. Primeiro, porque tem implicações na actividade jurisdicional de concretização dos direitos fundamentais, em especial no plano nacional. Caso uma actuação estatal se situe no âmbito de aplicação do direito da UE, em princípio, o Tribunal nacional tem o dever de aplicar preferencialmente a CDF. Em segundo lugar, a questão é significativa para a qualificação da competência do TJ sobre questões relacionadas com a interpretação da CDF que envolvam actos estaduais. Por último e em termos mais abrangentes, a questão é importante no que toca à gestão do quadro de competências estabelecido pelo TL⁶⁶³ e no figurino das relações dinâmicas estabelecidas entre as ordens jurídicas em contacto.

2.2. A interpretação do artigo 51.º 1 CDF, o caso *Fransson*, e o critério de preenchimento do conceito de ‘aplicação do Direito da União’

Até bem pouco, o TJ nunca se havia manifestado de modo sólido e evidente quanto ao sentido do artigo 51.º 1 CDF, nem quanto ao conceito de aplicação do Direito da UE. O desenho dos limites do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE que mostramos ao longo destas páginas não é o resultado de uma prescrição intencional

⁶⁶² O que contraria o entendimento dos que reclamam no pressuposto da sua ausência.

⁶⁶³ Com impacto particular no que toca ao fenómeno designado pela doutrina anglo-saxónica por ‘*competence creep*’.

da parte do TJ dirigida à interpretação do artigo 51.º 1 CDF, nem decorre directamente de uma tomada de posição expressa quanto ao alcance do critério adoptado para o preenchimento do conceito de âmbito de aplicação do Direito da UE. Embora partindo dos acórdãos em que o TJ, casuisticamente, é confrontado com o tema – por regra, sob a forma de um problema de competência jurisdicional – em articulação com o disposto no art. 51.º 1 CDF, a tipologia de actos que assinalamos, bem como o critério operativo que isolamos é essencialmente o produto de um esforço de sistematização teórica.

Pelo facto, muitos ansiavam da parte do TJ uma tomada de posição sólida capaz de apaziguar a algazarra que o assunto provoca. É que dependendo da posição adoptada quanto à jurisprudência produzida e quanto à interpretação do artigo 51.º 1 CDF o catálogo de actos situados no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE pode apresentar-se mais ou menos extenso.

Nessa medida, o recente acórdão *Fransson*⁶⁶⁴ constitui um marco, pois pela primeira vez, em resposta às insistentes exortações, o TJ debruça-se especificamente sobre a temática, esclarecendo quando se deve entender que uma autoridade nacional se encontra a aplicar o Direito da União para efeito de utilização do parâmetro de protecção dos direitos fundamentais da UE

O caso tem por objecto um litígio que opõe Å. *Fransson*, contribuinte sueco, ao Ministério Público relativamente aos processos judiciais em matéria de fraude fiscal em que o primeiro é visado. Antes da acusação pela prática do crime de fraude fiscal agravada, pelo facto de ter fornecido declarações fiscais inexactas em matéria de IVA, foi aplicada ao contribuinte em questão uma sobretaxa fiscal a título de sanção administrativa com fundamento nos mesmos factos de falsas declarações indicados pelo Ministério Público no processo penal (objecto do processo principal). Å. *Fransson* entende que a acção instaurada pelo Ministério Público deve ser julgada improcedente por incidir sobre os mesmos factos pelos quais foi anteriormente punido, o que traduz uma violação do princípio *ne bis in idem* enunciado na CEDH e na CDF.

Por ter sido contestada a sua competência para conhecer das questões, o TJ esclarece que a mesma decorre do facto da situação concreta se enquadrar no âmbito de aplicação do Direito da União, nos termos do artigo 51.º 1 CDF. No seguimento expõe o seu raciocínio quanto ao âmbito de aplicação da Carta.

⁶⁶⁴

Cit.

O TJ define o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE estabelecendo uma espécie de inferência lógica, afirmando que «não podem existir situações abrangidas pelo Direito da União em que os referidos direitos fundamentais não sejam aplicados. A aplicabilidade do Direito da União *implica* a aplicabilidade dos direitos fundamentais garantidos pela Carta.» (§21). Assim, a CDF será aplicável quando a situação concreta é regulada por uma medida nacional enquadrada no âmbito de aplicação do direito da UE. Portanto, o exercício fundamental para o aplicador do direito é determinar se o direito da União se aplica à situação concreta (no caso concreto o TJ invoca a Directiva do IVA⁶⁶⁵ e o art. 325.º TFUE⁶⁶⁶; em caso de resposta positiva, da aplicação do direito da União decorrem para os Estados membros não apenas as obrigações específicas previstas – no caso, a obrigação de adoptar medidas legislativas e administrativas necessárias para garantir a cobrança da totalidade do IVA e de lutar contra a fraude –, mas também, por consequência, a obrigação de «conformar-se com as exigências decorrentes dos direitos fundamentais garantidos na ordem jurídica da União.» (§18). Quando um Estado-membro actua em cumprimento do Direito da União, entre outras obrigações consta o dever de observar o disposto na CDF. Relativamente ao caso concreto, o TJ julgou que as sobretaxas fiscais e os processos-crime por fraude fiscal «constituem uma aplicação dos artigos 2.º, 250.º, n.º 1, e 273.º da Directiva 2006/112 (...) e do artigo 325.º TFUE e, portanto, do direito da União, na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta» (§27).

O acórdão descrito é emblemático a vários níveis por permitir extrair consequências significativas quanto ao tema do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE.

Em primeiro lugar, o TJ afasta qualquer dúvida quanto à interpretação do art. 51.º 1 CDF decorrente do uso da expressão «(...) apenas quando apliquem o direito da União». De acordo com algumas opiniões a expressão, de tom aparentemente restrito, conduzia à exclusão da jurisprudência ERT do âmbito daquele preceito, em ruptura com a abordagem jurisprudencial até então desenvolvida. Contudo, com base na sua jurisprudência constante, bem como as anotações respeitantes ao artigo 51.º 1 CDF, o

⁶⁶⁵ Directiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado (JO L 347)

⁶⁶⁶ Disposição que obriga os Estados-Membros a combater as actividades ilícitas lesivas dos interesses financeiros da União através de medidas dissuasivas e efectivas e, em particular obriga-os a adoptar, para combater as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União.

TJ não acolhe esta acepção restrita⁶⁶⁷. Antes abrange no sentido do art. 51.º1 todas as situações reguladas pelo direito da União e não apenas as situações de execução normativa (§19-20). Consequentemente fica sem suporte a visão que admitia a possibilidade de um âmbito de aplicação da CDF mais limitado que o dos direitos fundamentais enquanto princípios gerais de direito; desta feita assegura-se um tratamento uniforme da matéria, independentemente da fonte dos direitos fundamentais residir nos princípios gerais de direito ou na CDF.

Em segundo lugar, a decisão certifica a abordagem mais ampla quanto à latitude do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais; ou seja, legítima a leitura ‘*extra-large*’ do art. 51.º 1 CDF (v. *supra* figura 2). Se observarmos a substância do elemento de conexão entre a situação concreta e o Direito da UE – a directiva do IVA e o art. 235.º TFUE – verifica-se que a regulamentação nacional que serve de fundamento à referida sobretaxa fiscal e ao processo-crime não procede à execução do Direito da UE em sentido restrito. Ainda assim, contrariando o entendimento do AG Cruz VILLALÓN nas suas Conclusões, o TJ não hesitou em qualificar aquela regulamentação como medidas de aplicação do Direito da União, na acepção do art. 51.º 1 CDF⁶⁶⁸.

Em concreto, a regulamentação nacional – embora não se destinasse a transpor a directiva do IVA –, constitui uma medida de aplicação do Direito da União, na medida que se destina a punir as violações ao estabelecido na directiva e a dar execução à obrigação imposta pelo Tratado aos Estados-Membros de punir de forma efectiva os comportamentos atentatórios dos interesses financeiros da União (§27-28). Como nota F. FONTANELLI⁶⁶⁹, nesta questão o elemento decisivo não é a intensão do Estado aplicar o direito da UE – i.e., o propósito de transpor determinada directiva enquanto

⁶⁶⁷ Neste sentido, Sébastien PLATON, «La Charte des droits fondamentaux et la mise ...», *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2013, Chron. n.º11, in <http://rdlf.upmf-grenoble.fr> (2013-09-18); KAILA, « The scope of application of the Charter...» cit., p. 305-306, 311-312; F. FONTANELLI, «*Hic sunt nationes*: the elusive limits of the UE Charter and the German Constitutional watchdog...», cit. p. 323 e N. de BOER, «Addressing rights divergences under the charter: Melloni», *CMLR*, 2013, 50, p. 1095.

⁶⁶⁸ Em bem da verdade, o TJ trouxe para o domínio das directivas a expressão que tipifica a jurisprudência ERT, segundo a qual medidas nacionais situadas no ‘âmbito de aplicação do direito comunitário’ (§42).

⁶⁶⁹ Cit. 319.

‘agente’ da UE – mas a conexão objectiva entre os efeitos da medida (contribuição para o cumprimento do DUE) e o espaço de aplicação do direito da EU⁶⁷⁰.

Finalmente, em matéria de competência jurisdicional o TJ submete-se aos limites que decorrem do art. 6.º 1 TUE e do art. 51.º 2 CDF. Como a CDF não é de aplicação generalizada, então também a competência do TJ se encontra limitada. Onde o Direito da União não seja aplicável, o TJ não tem competência para conhecer da situação jurídica concreta. Acresce, por outro lado, que o TJ é claro quanto ao facto de não poder invocar autonomamente as disposições da Carta como base para alargar os seus poderes jurisdicionais e conhecer de situações não abrangidas pelo direito da União (§22-23).

Em suma, o âmbito de aplicação do DUE constitui a medida do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais e este, por sua vez, a medida da competência do TJ para conhecer de questões relativas à CDF que envolvam medidas nacionais⁶⁷¹.

De um prisma teórico, é evidente o interesse acórdão *Fransson*, mas, em rigor, não deve esquecer-se que o mesmo limita-se a consagrar um entendimento amplo quanto ao conceito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE que já se intuía à luz da própria jurisprudência comunitária. Em termos práticos, continua em aberto a questão da intensidade do vínculo entre a situação concreta e o Direito da União, enquanto condição para o enquadramento no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da Carta⁶⁷². No acórdão em análise constata-se uma simplificação do grau de conexão ao Direito da União em matéria de actos de execução o que permite, ainda

⁶⁷⁰ Não obstante, o TJ utiliza no §27 termos como ‘*pretende*’ ou ‘*visa*’ que apontam no sentido da conexão ao Direito da UE ser de natureza subjectiva. Segundo F. FONTANELLI, trata-se de um lamentável *lapsus* semântico da parte do TJ. Ao salientar a intensão da acção do legislador nacional como relevante, inadvertidamente, o TJ envia um sinal de sentido contraditório que não deixará de ser explorado pelas autoridades nacionais para se furtar à aplicação da CDF. Além do mais, o uso daqueles termos não é coerente com a decisão de aplicar a CDF, uma vez que as disposições nacionais em causa precedem (1971 e 1990) a adesão da Suécia à UE (1995), portanto, à data, o legislador nacional não poderia ter qualquer pretensão de cumprimento de obrigações comunitárias. *Idem*, p. 326.

⁶⁷¹ Encarando com naturalidade a decisão do TJ, S. PLATON, «La Charte des droits fondamentaux et la mise ...», p. 5.

⁶⁷² Ao invés, o AG Cruz VILLALÓN, §57, enfatiza significativamente este aspecto. Criticando o acórdão no que toca à falta de clarificação quanto a esta questão, N. de BOER, «Addressing rights ...», *cit.*, p. 1095. e F. FONTANELLI, «*Hic sunt nations: the elusive limits of the EU Charter...*», *cit.*, pp. 325 ss., embora concordando com a decisão é da opinião que a argumentação aduzida não é convincente.

que acidentalmente, o enquadramento da situação no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE.

Naquela medida, o acórdão parece desviar-se da jurisprudência *Annibaldi*, que exclui do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE a regulamentação nacional que apenas é afectada indirectamente pelo Direito da UE⁶⁷³.

Dito isto, não surpreende que esta decisão judicial faça renascer antigos receios pois não deixa de ser um tema que explorado radicalmente pode contribuir para o alargamento desmesurado do âmbito de aplicação da Carta agregando no seu seio medidas nacionais que apenas muito subtilmente estão ligadas ao Direito da UE.

2.3. Critérios alternativos de determinação do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE

A natureza casuística do conceito de âmbito de aplicação do direito da UE e a inexistência de um adequado enquadramento teórico da questão tem permitido que persista uma boa dose de nebulosidade quanto à matéria e de perplexidade perante algumas tomadas de posição do TJ. Com efeito, subsiste um espaço latente que se presta a especulações susceptíveis de criar equívocos quanto à dimensão do conceito de âmbito de aplicação do Direito da UE.

Contrariamente ao que é nosso entendimento, algumas vezes ambicionam uma maior previsibilidade relativamente ao tema através da construção dogmática de um critério abstracto apto ao estabelecimento de uma ligação apropriada entre a situação concreta e o Direito da UE para efeito de aplicação das normas de direitos fundamentais. Esta preocupação tem tido grande expressão junto dos AG, sobretudo nos tempos mais recentes quando o problema se tornou particularmente premente junto do TJ. Também da parte da doutrina se têm sucedido várias propostas na tentativa de clarificar convenientemente o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais; umas estarão mais próximas e outras mais distantes da prática discursiva do TJ⁶⁷⁴.

⁶⁷³ Assim sugere, Filippo FONTANELLI, «*Hic sunt nationes: the elusive limits of the UE Charter and the German Constitutional watchdog: Court of Justice of the European Union. Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10, Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*», ECLR, 9, 2, 2013, pp. 319.

⁶⁷⁴ Ver X. GROUSSOT, «*The Scope of Application...*», 2011, p14, 15 e 21.

2.3.1. A atribuição de um novo conteúdo às normas consagradoras das liberdades do mercado comum

a) *O caso Konstantinidis e a interpretação das liberdades de circulação do mercado à luz dos direitos fundamentais*

A proposta de maior impacto e a mais perturbadora pelas consequências que comportava em materia de âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais foi a de F. JACOBS nas Conclusões que apresentou no caso *Konstantinidis*⁶⁷⁵ em Dezembro de 1992. No caso em apreço estava em causa um cidadão grego, Christos Konstantinidis, a residir na Alemanha onde exercia a sua profissão de massagista e assistente de hidroterapia. No seguimento da celebração de casamento foi confrontado com o registo do seu nome no assento de casamento segundo uma grafia desconforme à transcrição fonética do mesmo.

O órgão jurisdicional nacional chamado a dirimir o litígio foi cotejado por dúvidas relacionadas com a compatibilidade com o Direito comunitário do sistema de transliteração adoptado pelas autoridades alemãs. Segundo ele a regulamentação nacional em vigor na Alemanha relativa à transcrição em caracteres latinos do nome de nacionais de Estados-membros que não utilizem o mesmo alfabeto, como sucede com os cidadãos gregos, era susceptível de violar o princípio comunitário da proibição da discriminação em razão da nacionalidade e colocar em risco o exercício da liberdade de estabelecimento.

Na opinião do AG F. JACOBS, as disposições do Tratado relativas à liberdade de circulação de pessoas deveriam permitir conferir aos cidadãos comunitários não apenas a garantia de não ser tratado de forma discriminatória, mas também, independentemente da discriminação ocorrer ou não, «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 CEDH. Por outras palavras, tem o direito de afirmar “*civis europeus sum*” e de invocar essa

⁶⁷⁵ Conclusões do AG F. JACOBS, apresentadas em 09-12-1992, no caso *C. Konstantinidis*, cit., Col. I-1192-1213. Aparentemente este caso não encerra especial relevância quanto à temática da protecção dos direitos fundamentais. Sucede que a projecção doutrinal de *Konstantinidis* deve-se menos à decisão do Tribunal que à suposta posição audaciosa do AG no que concerne à questão dos direitos fundamentais.

condição para se opor a qualquer violação dos seus direitos fundamentais» (§46. O destaque é nosso)⁶⁷⁶.

Neste prisma, as palavras do AG F. JACOBS foram interpretadas como a proposta de uma visão inusitada quanto à problemática da protecção dos direitos fundamentais face aos actos estaduais, ou seja, atribuindo às normas comunitárias consagradoras das liberdades do mercado comum um novo conteúdo⁶⁷⁷. Bastaria o exercício de uma liberdade fundamental protegida pelo Tratado para se poder exigir do Estado de acolhimento não só do direito de exercer essa liberdade em condições de igualdade, mas também o respeito por todos os direitos fundamentais protegidos pelo Direito comunitário, cuja violação pudesse condicionar o exercício dessa liberdade. A esta visão está subjacente a ideia de que sempre que está em causa um nacional da União se desloca a um Estado-membro para aí exercer uma liberdade económica, qualquer norma que viole os seus direitos fundamentais é susceptível de traduzir um entrave à plena realização das liberdades fundamentais previstas pelo Tratado. O nacional de um Estado-membro diferente do de acolhimento ficará inevitavelmente condicionado no exercício da sua liberdade fundamental, pelo que estará a ser postergado o próprio Tratado.

Contudo, no caso *Konstantinidis* a argumentação aduzida pelo AG não convenceu o TJ que, de acordo com a prática jurisprudencial corrente, nada disse relativamente à questão dos direitos fundamentais⁶⁷⁸.

⁶⁷⁶ Para ilustrar a imprescindibilidade da sua posição exemplifica com o caso de um Estado-membro que, em aplicação das disposições de um Código penal draconiano, pune o nacional de outro Estado-membro com a amputação da sua mão direita por ter furtado um pão. Para ele esta punição constituiria «uma lesão dos direitos da pessoa nos termos do direito comunitário (art. 52.º), mesmo que fosse aplicada de uma maneira não discriminatória.» (§45)

⁶⁷⁷ A antecipação por parte de F. JACOBS dos prováveis argumentos de discórdia (§ 48) demonstra a consciência do cunho arrojado da sua tese.

⁶⁷⁸ Considerando que a legislação do Estado-membro de acolhimento «obrigava um nacional grego a utilizar, no exercício da sua profissão, uma grafia do seu nome resultante da transliteração no registo civil, se tal grafia provocar a deformação da pronúncia do nome e esta deturpação exponha o interessado ao risco de uma confusão de pessoas junto da sua clientela» (§16), o Tribunal declarou a referida legislação incompatível com o artigo 52.º do Tratado. Com efeito, os Estados-membros que utilizem o alfabeto latino podem transcrever no registo civil um nome helénico em caracteres latinos, desde que, não coloquem em causa o direito de estabelecimento consagrado no Tratado, criando uma situação de desvantagem relativamente aos nacionais desse Estado-membro, de tal modo que a saia prejudicado no exercício daquele direito.

Embora durante largo tempo a perspectiva apresentada não tenha merecido acolhimento do TJ, tivemos oportunidade de verificar que o acórdão *Carpenter*, em larga medida, corrobora o sentido apontado por F. JACOBS. Pela primeira vez, o Tribunal comunitário analisou a liberdade de prestação de serviços consagrada no artigo 49.º do TCE (actual artigo 56.º TFUE) «à luz do direito fundamental ao respeito da vida familiar», ultrapassando a concepção estrita que reduzia aquela disposição ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade⁶⁷⁹. Segundo a previsão oferecida, as normas do Tratado que definem a liberdade dos nacionais de um Estado-membro se deslocarem a outro Estado-membro para aí exercerem uma actividade assalariada ou independente passam a comportar duas dimensões autónomas: uma dimensão económica, consubstanciada na proibição das autoridades nacionais discriminar os nacionais de outro Estado-membro, e uma dimensão humana, concretizada na obrigação dos Estados-membros garantirem aos nacionais de outro Estado-membro que exerçam no seu território uma liberdade fundamental a observância dos direitos fundamentais protegidos pelo Direito comunitário e independentemente do tratamento dispensado aos seus nacionais⁶⁸⁰.

Por comportar um alargamento incomensurável dos actos estaduais sujeitos ao escrutínio dos direitos fundamentais, foram muitas as vozes críticas à arrojada proposta de F. JACOBS^{681_682_683}.

⁶⁷⁹ Verdadeiramente, *Carpenter* causa ainda maior estranheza, pois enquanto em *Konstantinidis* o Advogado-geral se pronunciava num caso que envolvia a liberdade de circulação de trabalhadores, em *Carpenter* está em causa o exercício da livre prestação de serviços por parte de um cidadão britânico que não se desloca a outro Estado e, por via disso, vê o seu direito ao respeito da vida familiar acautelado.

⁶⁸⁰ Na óptica de F. JACOBS se o entendimento fosse diverso, um Estado-membro poderia violar direitos fundamentais dos nacionais de outros Estados-membros, desde que tratasse os seus nacionais da mesma forma, o que seria «insustentável» (§48, *in fine*).

⁶⁸¹ Também no caso *Carpenter*, como tivemos ensejo de observar, a inovação jurisprudencial não tem merecido uma recepção mais pacífica. Com efeito, da jurisprudência *Carpenter* traçada ultimamente resulta inevitavelmente a ampliação do espaço de protecção conferido pela ordem jurídica comunitária perante medidas nacionais lesivas dos direitos fundamentais e, por conseguinte, o alargamento do quadro da jurisdição do TJ. Na verdade, virtualmente, a aplicação irrestrita da jurisprudência *Carpenter* coloca sobre a alçada do Direito da UE todo o espaço normativo nacional.

⁶⁸² Ver J. WEILER, «Taking rights...», *cit.*, pp. 66-67 e o comentário do mesmo autor *in R. BIEBER et al*, «*Au nom des peuples européens...*», *cit.* pp. 334-335.

⁶⁸³ Ulteriormente, o próprio parece ter retrocedido na sua posição relativamente à matéria. Ver F. JACOBS, «Human rights...», *cit.*

b) *A violação grave e continuada dos direitos fundamentais num Estado-membro*

Pegando na proposta do AG F. JACOBS no caso *Konstantinidis* de considerar violações aos direitos fundamentais de cidadãos a exercer a sua liberdade de circulação, o AG POIARES MADURO⁶⁸⁴ nas Conclusões apresentadas no caso *Centro Europa*⁶⁸⁵ expõe uma visão mais restritiva quanto ao assunto. No entender do AG POIARES MADURO, perante as actuais competências da União, o TJ não dispõe de poderes para fiscalizar qualquer medida nacional que viole direitos fundamentais de cidadãos em trânsito. Por isso, a violação estatal de direitos fundamentais de cidadãos da União a exercer a sua actividade económica noutra Estado-membro não constitui, por si só, uma restrição às normas das liberdades de circulação. Mas, tal não significa que em determinadas circunstâncias o TJ não possa verificar se os Estados-Membros garantem o nível de tutela necessário em relação aos direitos fundamentais, para poderem adequadamente cumprir as suas outras obrigações como membros da União.

Assim deverá acontecer mas apenas num cenário de «*uma violação grave e continuada* dos direitos fundamentais num Estado-Membro, que torne impossível a esse Estado cumprir com as suas obrigações comunitárias e limite, de facto, a possibilidade de as pessoas beneficiarem plenamente dos direitos que lhes foram conferidos pelo direito comunitário. Seria difícil, por exemplo, imaginar cidadãos da União que exercem os seus direitos de livre circulação num Estado-Membro em que há lacunas sistémicas na protecção dos direitos fundamentais. Estas *lacunas sistémicas* corresponderiam, efectivamente, a uma violação das normas relativas à livre circulação» (§21).

Apenas no quadro traçado de «*violações graves e continuadas que evidenciam um problema de natureza sistémica na protecção dos direitos fundamentais no Estado-Membro em questão poderiam (...) qualificar-se de violações das normas relativas à livre circulação, em virtude da ameaça directa que representam para a dimensão transnacional da cidadania europeia e para a integridade da ordem jurídica comunitária. Mas, desde que a protecção dos direitos fundamentais num*

⁶⁸⁴ IGLÉSIAS SANCHEZ, « The Court and the Charter... » cit. e X. GROUSSOT, «The scope...» cit.

⁶⁸⁵ C- 380/05, 2008, §21.

Estado-Membro não seja, nesse sentido, seriamente insuficiente, considero que o Tribunal só devia fiscalizar a conformidade das medidas nacionais com os direitos fundamentais, quando essas medidas se enquadrem no âmbito de aplicação da competência do Tribunal de Justiça conforme definida na sua jurisprudência actual» (§22)⁶⁸⁶.

2.3.2. O critério da cidadania da União – *a identificação entre o âmbito de aplicação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade (artigo 18.º, 1 TFUE) e o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da União*

É certo que, numa certa óptica, esta abordagem de JACOBS não surpreende. É sabido que desde sempre a adopção por parte dos Estados-membros de medidas que dispensem um tratamento desigual aos não nacionais que exerçam uma liberdade fundamental constitui uma restrição incompatível com o Direito da União. A novidade está no reforço das garantias inerentes às liberdades fundamentais do mercado comum. Ou seja, a partir do momento que as disposições consagradas das liberdades económicas consentem uma interpretação segundo a qual a violação dos direitos fundamentais constitui um obstáculo ao seu exercício, o leque de medidas nacionais visadas alarga-se comparativamente com o que se conceberia à luz de uma interpretação mais restrita que excluísse aquela possibilidade. A extensão do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais não se dá por via da alteração do elemento de ligação ao direito comunitário, mas por via de uma reinterpretação dos artigos 49.º TFUE, com consequências brutais na matéria.

O discurso de F. JACOBS, em especial quando menciona o direito de afirmação “*civis europeus sum*” e de invocação desta circunstância para se opor à violação dos direitos fundamentais, pode admitir outra leitura, agora mais complexa e que nos conduz a um resultado ainda mais amplo⁶⁸⁷. Recorde-se que poucos meses antes da apresentação das Conclusões em análise foi assinado o TUE que introduziu a figura da cidadania da União e que no debate que o precedeu se discutiu o tratamento sistemático

⁶⁸⁶ Porém, o AG não se pronunciou sobre o enquadramento da situação no referido âmbito (§23), embora segundo o mesmo, deva ser acolhida pelo TJ (§17).

⁶⁸⁷ Nesse sentido, T. TRIDIMAS, *The general principles...*, cit., p. 232.

da cidadania relativamente aos direitos fundamentais. Nesta óptica, com a sua tese, JACOBS pode ter pretendido contribuir para a compreensão ou configuração do conceito recentemente introduzido, ligando, de forma indelével, a temática dos direitos fundamentais ao conceito de cidadania recentemente introduzido. Uma das dimensões da cidadania europeia seria a garantia de protecção dos direitos fundamentais protegidos pelo Direito comunitário sempre que um cidadão europeu se deslocasse a um Estado-membro para aí exercer uma das liberdades do mercado comum. A criação da cidadania da União teria como consequência para os nacionais dos Estados-membros o abandono da sua posição de meros agentes económicos e a sua conversão em *civis* perante acções estaduais atentatórias dos direitos fundamentais.

Independentemente da validade e das ilações desta interpretação é crível que a cidadania da União possa vir a constituir um elemento importante no tema da delimitação do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária⁶⁸⁸.

Segundo a jurisprudência relevante a aplicação dos direitos fundamentais a actos estaduais restritivos, nas suas três variantes, tem como condição o exercício por parte de um cidadão da União de uma das liberdades fundamentais do mercado comum. Ora, recordando-se que uma das componentes nucleares do estatuto da cidadania europeia é o direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-membros (artigo 21.º, n.º 1 TFUE), poderá um cidadão da União deslocar-se a um Estado-membro numa viagem turística e reclamar a protecção dos seus direitos fundamentais face a uma regulamentação nacional nos mesmos moldes que a ordem jurídica comunitária? Uma resposta positiva implicaria admitir que a decisão de um cidadão da União se deslocar a outro Estado-membro, independente dos motivos porque o faz, funcionaria como elemento condicionador da aplicação dos direitos fundamentais a medidas estaduais

⁶⁸⁸ Neste ponto seguimos de perto Piet EECKHOUT, «The UE Charter...», *cit.*, pp. 958-976 e Oliver de SCHUTTER, «The implementation of the UE Charter of Fundamental Rights through the open method of coordination», *Jean Monnet Working Paper* n. 7/04, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html>, em especial, as pp. 11-16. Sobre os prováveis desenvolvimentos jurisprudenciais e o estatuto do cidadão da União como critério identificador da legislação nacional situada no âmbito de aplicação do direito comunitário para efeitos de controlo da sua compatibilidade com os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária, K. LENAERTS, «Fundamental rights in the European Union», *cit.*, p. 593 ss. Ver também N. PIÇARRA, «A competência...», *cit.*, p. 1136.

ofensivas, em vez de se impor, como regra, o exercício de uma das liberdades fundamentais.

É notório o paralelo desta hipótese com o âmbito de aplicação do princípio plasmado no artigo 21.º, 1 TCE. Com efeito, constitui entendimento assente que basta que um cidadão da União se encontre no território de um Estado-membro para, independentemente do exercício de uma liberdade económica, ser protegido de qualquer discriminação com fundamento na nacionalidade⁶⁸⁹.

O exercício reclamado seria o de estender esta fórmula à protecção dos direitos fundamentais⁶⁹⁰. O argumento segundo o qual um Estado-membro nos casos que envolvem cidadãos europeus em trânsito nos termos do artigo 20.º do TFUE está, num certo sentido, a executar ou a implementar o Direito da União, pode servir de fundamento à aplicação da CDF contra actos estaduais ofensivos, o que se coadunaria com o disposto no artigo 51.º1 da CDF.

⁶⁸⁹ Ver acórdão de 24-11-1998, *Processo-crime v. Horst Otto Bickel e Ulrich Franz*, proc. C-274/96, Col.1998, p.I-07637; «(...) em virtude do artigo 8.º-A do Tratado, «qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas no presente Tratado e nas disposições adoptadas em sua aplicação». (§ 15) A este respeito, a possibilidade de os cidadãos da União comunicarem numa determinada língua com as autoridades administrativas e judiciais de um Estado, do mesmo modo que os nacionais, é susceptível de facilitar o exercício da liberdade de circulação e de permanência noutra Estado-Membro. Segue-se que pessoas como H. O. Bickel e U. Franz, quando exercem o seu direito de circular e de permanecer noutra Estado-Membro, têm, em princípio, o direito de beneficiar de um tratamento não discriminatório em relação aos nacionais desse Estado, nos termos do artigo 6.º do Tratado, no que diz respeito ao emprego das línguas que neste são utilizadas» (§16).

Atente-se, em particular, nas Conclusões do Advogado-Geral JACOBS: «quando um cidadão exerce o seu direito de circulação e permanência no território dos Estados-membros, a sua situação enquadra-se no âmbito de aplicação do Tratado no que se refere à proibição da não discriminação em razão da nacionalidade (...), ainda que esse cidadão não se encontre a exercer uma liberdade fundamental» (§ 21-22). Ver ainda acórdão de 02-10-2003, *Carlos Garcia Avello v. Estado Belga*, proc. C-148/02, Col.2003, p. 00000, § 20-29.

⁶⁹⁰ Cientes que numa certa óptica o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade constitui um direito fundamental. Recorde-se porém que os direitos fundamentais a que nos reportamos são os protegidos sob a forma de princípios gerais de direito comunitário. Sobre o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, M. F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, «Le principe de non-discrimination», in F. SUDRE, *Realité et perspectives...*, cit., pp. 187-198.

O caso *Garcia Avello*⁶⁹¹ atesta de forma patente o importância e as implicações do tema ao levantar a questão do reconhecimento por parte da ordem jurídica comunitária do direito dos filhos, na posse de dupla nacionalidade, à transmissão do apelido de família dos progenitores de acordo com o direito e as tradições do Estado de origem de um deles. Em concreto, questionava-se a compatibilidade com o direito comunitário da decisão da autoridade administrativa belga (registo civil) que indefere o pedido de alteração do apelido dos filhos de um cidadão espanhol e de uma cidadã belga, casados, a residirem na Bélgica⁶⁹². Segundo o TJ ser filho de um nacional de um Estado-membro a residir legalmente no território de outro Estado-membro representa o exercício de um direito integrante do estatuto de cidadão europeu, o que constitui o elemento de conexão ao direito comunitário para efeitos de aplicação da proibição em razão da nacionalidade (artigo 18.º TFUE). Segundo argumentação do Tribunal, a «situação de diversidade de apelidos de família é susceptível de criar aos interessados sérios inconvenientes de ordem profissional e privada, resultantes, nomeadamente, das dificuldades em gozar, num Estado cuja nacionalidade possuem, os efeitos jurídicos de actos ou documentos elaborados sob o apelido reconhecido noutra Estado-membro cuja nacionalidade também possuem.» (§ 36). Por conseguinte, o artigo 12.º TCE (actual artigo 18.º TFUE) conjugado com o artigo 17.º TCE (actual artigo 20.º TFUE) opõe-se à dita decisão administrativa.

O interesse reside no facto de crermos que o resultado teria sido provavelmente diverso caso fosse questionada, em vez da compatibilidade da medida estatal com o princípio plasmado no artigo 18.º do TFUE, a sua compatibilidade com os direitos fundamentais protegidos pelo Direito comunitário⁶⁹³. Perante a delimitação traçada pela

⁶⁹¹ Acórdão de 02-10-2003, *Garcia Avello*, cit.

⁶⁹² Enquanto nos termos do direito belga o conservador do registo civil deve fazer constar do registo de nascimento o apelido patronímico do pai, em conformidade com o direito espanhol, o apelido dos filhos de um casal é composto pelo primeiro apelido do pai, seguido do da mãe.

⁶⁹³ Embora a CDFUE não mencione expressamente o direito ao nome e apelido na sua qualidade de dimensão essencial da personalidade do ser humano, é de conceber que o seu artigo 7.º, à semelhança do que sucede com o artigo 8.º da CEDH, assegure a sua protecção enquanto dimensão da vida privada e familiar da pessoa. Aliás, é esse o sentido das anotações do *Praesidium* quando recorda que o artigo 7.º da CDFUE e o artigo 8.º da CEDH têm um sentido e âmbitos iguais. Ver a selecção da jurisprudência do TEDH sobre o direito ao respeito pela vida privada e familiar referida por Ireneu Cabral BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1999, pp. 188. Para um confronto entre a protecção do direito ao respeito pela vida privada e familiar pelo TEDH e pelo TJ, ver J.

jurisprudência, caso não se invocasse o exercício de uma liberdade económica específica, dificilmente a situação apresentaria uma conexão ao direito comunitário. Portanto, a convocação do direito que nos termos do artigo 20.º TCE integra o estatuto de cidadania da União não bastaria, a não ser que a jurisprudência procedesse ao alargamento do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais nos moldes reclamados por alguns.

Esta leitura parece consentânea com as palavras do Advogado-geral F. JACOBS: «(...) Concordo que o artigo 17.º torna mais clara a aplicabilidade do princípio da não discriminação a todas as situações que se inserem no âmbito de aplicação do direito comunitário, sem qualquer necessidade de apurar uma ingerência específica numa liberdade económica específica» (§ 61). Neste caso F. JACOBS é esclarecedor quando à dicotomia entre o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais protegidos pelo direito comunitário e o do princípio consagrado no artigo 12.º. Recordando as suas Conclusões no caso *Konstantinidis*, afirma que os direitos fundamentais são «garantidos a qualquer cidadão comunitário que exerça o seu direito de liberdade de estabelecimento» (§ 59), ao passo que para aplicação do artigo 12.º, conjugado com o artigo 17.º TCE, não exige analisar se foi exercida uma liberdade do mercado comum.

Esta perspectiva alargada que alguns sugerem por referência ao âmbito de aplicação demarcado para a aplicação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade revela-se conforme a ideia que presidiu à concepção da cidadania da União. O estabelecimento de uma mais forte ligação dos cidadãos à União sairia favorecida caso a protecção dos direitos fundamentais face a actos estaduais fosse apresentada, à semelhança do que ocorre com o protecção da não discriminação com base na nacionalidade, como um dos elementos básicos do estatuto de cidadania da União sempre que exercida a liberdade constante do artigo 21.º TFUE. Neste particular são lapidares as palavras do AG F. JACOBS nas Conclusões apresentadas no caso *Bickel & Franz* a propósito do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e que nos parece poderem ser transferidas para o contexto da protecção dos direitos fundamentais face a medidas estaduais ofensivas: «A noção de cidadania da

ANDRIANTSIMBAZOVINA, «Le droit au respect de la vie privée et familiale», in F. SUDRE, *Realité et perspectives...*, cit., pp. 268-277, em especial, p. 270, no que se refere à conclusão segundo a qual enquanto o TEDH reconhece o direito ao nome como uma faceta da vida privada e familiar, o TJ protege-o no quadro da liberdade de estabelecimento. Note-se, contudo, perante o exposto em roda pé, que um tal entendimento se nos afigura inadequado.

União implica uma comunidade de direitos e obrigações que unem os cidadãos da União por um vínculo comum que transcende a nacionalidade de um Estado-membro. A introdução deste conceito foi largamente inspirada pela preocupação de aproximar a União dos seus cidadãos e de exprimir a sua natureza como algo diverso de uma União puramente económica. (...)»⁶⁹⁴.

Assim, a aceitação da sugestão avançada representaria a coroação do movimento encetado em Maastricht no sentido da Comunidade abandonar as suas feições exclusivamente económicas e transformar-se numa União com uma vertente social voltada para o respeito do ser humano nas suas várias dimensões. Para além do mais, a cidadania da União sairia substancialmente enriquecida. Acresce, neste entrecho, o facto da recente CDF colocar precisamente o fundamento da sua existência na ideia de aproximação da União dos seus cidadãos através da atribuição de uma maior visibilidade aos seus direitos.

Por outra banda, face à filosofia que hoje inspira e alicerça a União, não apenas no que toca âmbito substancial que compõe o estatuto de cidadania europeia, como também no que concerne à consistência e ao firme propósito da protecção dos direitos fundamentais no plano comunitário, nada justifica que seja dispensada à questão do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais um tratamento diverso do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade.

Contra a extensão da jurisprudência relativa ao âmbito de aplicação do artigo 18.º aos direitos fundamentais pode invocar-se que o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade tem uma relevância capital para o processo de integração europeia, incomparável com o que sucede com o princípio comunitário do respeito dos direitos fundamentais. Contudo, por um lado, nada na CDF suporta a tese de que em questão estão princípios de dignidade distinta e, por outro, na perspectiva dos titulares, os direitos fundamentais são tão importantes quanto o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade. Como salienta P. EECKHOUT, um nacional de um Estado-membro que se desloque a outro Estado-membro ao abrigo do artigo 21.º TFUE teria dificuldades em compreender porque é que o Direito da União o protege de um tratamento desigual relativamente aos nacionais do Estado de acolhimento e não o

⁶⁹⁴ Acórdão TJ, 24-11-1998, *Processo-crime v. Horst Otto Bickel e Ulrich Franz*, cit., § 23.

protege de ofensas aos seus direitos fundamentais tal como a ordem jurídica comunitária os define⁶⁹⁵.

Se é certo que o exposto corporaliza uma construção que conduz a resultados mais amplos, pois não se exige o exercício de uma liberdade económica, até então, a aplicação das normas de direitos fundamentais não se revela tão extensa nem há sinais que apontem nesse sentido⁶⁹⁶. No limite, uma antevisão mais ampla que a exposta, e por isso mais improvável, seria aquela que aponta para uma protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos comunitários independentemente de se encontrarem em trânsito. Ou seja, deixaria de se apontar como elemento de ligação ao Direito da UE o facto de na situação concreta estar a ser exercida uma liberdade económica ou simplesmente a liberdade de circulação prevista no artigo 21.º TCE noutro Estado-membro para elevar o estatuto de cidadania da União a um lugar cimeiro. Assim, a cidadania da União importaria para os cidadãos nacionais a faculdade de, no patamar comunitário, verem os seus direitos fundamentais protegidos independentemente de se encontrarem no território do seu Estado de origem ou no de outro Estado-membro. Este vaticínio é, contudo, inverosímil por implicar um controlo generalizado da compatibilidade das medidas estaduais com os direitos fundamentais, de tipo federal, inconciliável com a realidade vigente⁶⁹⁷. Assim sendo, pelo menos no actual *status quo*, «[c]itizenship of the Union does not carry it the paramount feature of citizenship as understood in the context of the nation State, namely constitutional protection of core rights»^{698_699}.

⁶⁹⁵ P. EECKHOUT, «The UE Charter...», *cit.*, p. 970-971.

⁶⁹⁶ P. EECKHOUT, «The UE Charter...», *cit.*, p. 963: «Until now, it therefore appears that, even though the Court also regularly speaks of “the field of application of Community law”, in its fundamental rights jurisprudence, it is not prepared to construe that notion as expansively as “the scope of application of the Treaty” in Article 12 EC». Segundo T. TRIDIMAS, *The general principles...*, *cit.*, p. 233, o caso *Kremzow* parece suportar a rejeição da ideia de que basta ser cidadão da União para ver os seus direitos fundamentais protegidos, por se ter revelado imprecendente o argumento da cidadania.

⁶⁹⁷ Ver P. EECKHOUT, «The UE Charter...», *cit.*, p. 972. Apesar de equacionar esta hipótese como uma via para eliminar a problemática da discriminação inversa, o A. reconhece a sua impraticabilidade por exigir que a UE se torne numa organização de protecção de direitos humanos o que não se compadece com o seu perfil constitucional.

⁶⁹⁸ T. TRIDIMAS, *The general principles...*, *cit.*, p. 233. Ver também, R. M. Moura RAMOS, «A cidadania da União Europeia», in *Ideias de Europa: que fronteiras?*, in M. M. T. RIBEIRO (coord.), Quarteto, Coimbra, 2004, p. 53.

2.3.3. A existência de uma competência material da EU

De acordo com a AG SHARPSTON nas Conclusões que apresentou no caso *Zambrano*⁷⁰⁰, «(...) a longo prazo, a regra mais clara seria a regra que não fizesse depender a protecção dos direitos fundamentais da União Europeia de uma disposição do Tratado ser directamente aplicável nem de ter sido adoptada legislação derivada, mas da *existência e do âmbito de aplicação de uma competência material da União Europeia*. Decorre do §162 que a aplicação dos direitos fundamentais da UE ocorreria quando o domínio material concreto do direito envolvido fosse de algum modo da competência da UE. Dito de outro modo, a regra seria que, desde que a União Europeia tivesse competência (exclusiva ou partilhada) num determinado domínio do direito, os direitos fundamentais da União Europeia deviam proteger o cidadão da União Europeia *mesmo que essa competência não tivesse sido ainda exercida.*» (§163)

De acordo com a AG o actual *status quo* permita o que designa por usurpação de competências (§162), contudo, não explicado em que medida e escala ocorre a referida usurpação. Embora deixe crer que da sua utilização os direitos fundamentais da EU aplicar-se-iam a um espectro mais alargado de situações⁷⁰¹, a AG também não esclarece em que se traduziria a dita regra de competência em concreto.

2.3.4. Sobre a presença de um *interesse específico da União*⁷⁰²

Segundo o raciocínio do AG P. C. VILLALÓN, nas Conclusões apresentadas no caso *Fransson*, o poder de controlo da actuação estatal ao abrigo de poderes

⁶⁹⁹ Já András JAKAB radicaliza ao preconizar para a EU uma aplicação generalizada da CDF a todas as situações internas, sob pena do destino da integração europeia ficar em perigo. Para mais detalhes sobre a proposta ver András JAKAB, *Supremacy of the EU Carter in National Courts in purely domestic cases*, 2013, <http://www.verfassungsblog.de/hungary-taking-action-andras-jakab/> (13-10-2013).

⁷⁰⁰ *Zambrano*, *cit.*

⁷⁰¹ §171 ss, a AG sugere que tal importaria uma ampliação do âmbito de aplicação equivalente ao norte americano.

⁷⁰² Cit. in IGLESIAS SÁNCHEZ, « The Court and the Charter: The impact ...», *cit.*, Editorial Comments, «*Ultra vires – has the Bundesverfassungsgericht shown its teeth?*», *CMLR*, 2013, 50, pp. 926, F. FONTANELLI, «*Hic sunt nations: the elusive ...*», *cit.*, pp. 320-322.

discricionários⁷⁰³ reside originariamente nos Estados-membros. Apenas excepcionalmente, estes podem transferir para a União a responsabilidade pela garantia dos direitos fundamentais no exercício do poder estatal, o que sucederá quando for possível identificar um *interesse específico da União*⁷⁰⁴. «O mero facto de esse exercício ter a sua génese no direito da União não é, por si só, suficiente para se considerar que se trata de uma situação de “aplicação”» (§40). Segundo a concepção proposta, está em causa o *interesse* da União «em que esse exercício do poder [estatal] esteja em conformidade com a concepção dos direitos fundamentais por parte da União.» (§40). Tal sucede nos «(...) casos em que a legitimidade da *res publica* europeia pode estar em causa, e esta consideração tem de encontrar uma resposta adequada» (§41). Portanto, apenas nestas circunstâncias estamos perante um caso de ‘aplicação do direito da União’ por parte dos Estados-membros, competindo ao TJ assumir directa e centralizadamente a garantia dos direitos fundamentais.

Para esta apreciação, o AG propõe que o exercício concretizador da fórmula do art. 51.º1 CDF se faça sucessivamente em dois tempos. Primeiro: a fundamentação da legitimidade da transferência dos poderes de garantia dos direitos fundamentais para a EU; e segundo, a representação de uma conexão entre o exercício do poder estatal e o direito da União, suficiente para fundamentar um interesse claramente identificável. Quanto ao primeiro dos momentos, a justificação da transferência de poderes depende da “*presença*” do direito da União na origem do exercício do poder⁷⁰⁵ «(...) ou até mesmo a prevalência do direito da União sobre o direito nacional patente em cada caso» (§41).

Contudo, não basta que a actuação estatal tenha a sua génese no direito da União para que uma situação se considere no âmbito de aplicação do direito da União. Dai a necessidade adicional de um segundo movimento, isto é, o da determinação de um grau suficiente de conexão ao direito da União, a partir das circunstâncias do caso concreto. Para o efeito, o AG distingue situações em que o direito da UE relativamente à actuação estatal constitui uma ‘*causa*’ mais ou menos próxima – ou seja, o motivo determinante ou o fundamento directo da acção – ou uma ‘*occasio*’ – isto é, a sua aparição é uma

⁷⁰³ Na hipótese de ausência de margem de discricionariedade, segundo o AG a legitimidade do controlo não se discute por se tratar de situações mais de «*reprodução*» que de «*aplicação*» (§20).

⁷⁰⁴ Sobre a relação de regra e excepção na proposta do AG, §35-39.

⁷⁰⁵ Em termos que permitam determinar ou influenciar em maior ou menor medida o conteúdo dessas manifestações do poder público no Estado-Membro (§33).

mera circunstância de facto que não merece destaque. Só o primeiro dos casos cai no âmbito de aplicação da CDF. De acordo com o AG, o facto do direito estatal estar ao serviço dos objectivos estabelecidos pelo direito da União, tal como no caso concreto, constitui uma mera '*occasio*' que não é suficiente para justificar o «interesse qualificado da União em assumir directa e centralizadamente a garantia desse direito» (§60). Pareceria desproporcionado considerar situações deste tipo como casos de aplicação do direito da União no sentido do artigo 51.º, 1 da Carta. Por consequência, apreciadas todas as circunstâncias do caso, o AG propõe que o TJ se declare incompetente para responder à questão (§63-64).

2.4.Redireccionamento do problema do âmbito de aplicação das normas para o domínio da argumentação jurídica

Parte das teses conhecidas quanto à questão do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais não revelam propriamente uma preocupação no sentido da teorização da questão isolando o critério adoptado, mas oferecem antes propostas de critérios alternativos. Basicamente sugerem uma categoria de casos suplementar ou tentam formular um critério abstracto alternativo de identificação de situações que caem no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais, na convicção de melhor enquadrarem a questão. Algumas destas propostas se aplicadas conduziriam provavelmente a uma generalização da aplicação dos direitos fundamentais da UE às situações internas. Outras não constituem alternativas úteis por sugerirem um critério que conduziria à mesma conclusão, sempre depende de uma apreciação casuística que implica necessariamente uma mediação judicativa.

Prima facie, cumpre saber se do ponto de vista metodológico é acertado reclamar com rigor o conhecimento dos contornos exactos do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais. Parece-nos uma pretensão difícil de realizar em termos gerais. Com efeito, a questão do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE surge mergulhada numa ordem jurídica em movimento de amadurecimento. O âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais acompanha a evolução do âmbito de aplicação do Direito da UE. Quanto maior é este âmbito, mais extenso será aquele, até porque mais facilitado se torna o estabelecimento de uma conexão entre a situação controvertida e o Direito da UE. Por conseguinte, não pode esperar-se que tal

âmbito possa ser objecto de uma cristalização ou aprisionamento como parece ser pretensão de muitos.

Dada a natureza volúvel da ordem jurídica da EU⁷⁰⁶, o âmbito subjectivo restrito das normas de direitos fundamentais da EU, bem como a exigência de um *link* específico entre a situação controvertida e o Direito da EU, é inevitável aceitar-se a mutabilidade do espectro de situações integradas naquele âmbito. Os factos têm revelado isso mesmo e a evolução segue no sentido de uma crescente agregação de novas situações na órbita dos direitos fundamentais da EU.

Consequentemente, apenas tendo por referência os elementos do caso concreto é possível avaliar da sua exacta conexão ao Direito da UE. Mas, a sustentação essencialmente casuística não equivale a uma ausência de um critério previsível, com um grau de abstracção que permita apoiar o aplicador do Direito na resposta à questão do parâmetro a aplicar. O busílis está é no modo como o critério é maneado, i.e., no modo através do qual se processa o posicionamento das situações no respectivo âmbito de aplicação. Na verdade, a amplitude do âmbito de aplicação da CDF depende da adopção de uma metodologia mais ou menos exigente.

Antes de mais, é ao intérprete e ao aplicador do Direito que incumbe em concreto o preenchimento deste pressuposto mediante a tradução da expressão '*âmbito de aplicação*' das normas de direitos fundamentais ou da expressão '*quando os Estados-membros aplicam o direito da União*'. Não podemos descorar que deixar o preenchimento de uma expressão ou conceito ao intérprete é também uma questão de opção legislativa. O recurso a expressões vagas ou a conceitos indeterminados constitui uma técnica frequente por parte do legislador sempre que pretende atenuar a rigidez que uma prescrição imperativa importaria com prejuízo para a justiça do caso concreto. Portanto, para o aplicador do direito o desafio passa por concretizar ou preencher casuisticamente o critério geral identificado, o que no caso das normas de direitos fundamentais implica um raciocínio de tipo jurídico-conflitual, pois é exigido que a situação jurídica em apreciação apresente elementos jurídicos e/ou factuais com uma ligação funcional ao Direito da UE. Do universo de situações e de actos jurídicos apenas aqueles que se encontrem ligados ao Direito da UE por via de um factor de conexão relevante são susceptíveis de activar a aplicação do parâmetro de protecção dos direitos fundamentais da UE e isso apenas casuisticamente é avaliável.

⁷⁰⁶

Parte I.

Quanto ao âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE a medidas nacionais há uma zona imersa de dimensão não visível que, a ser enquadrada no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE, pode conduzir-nos subtilmente para um desfecho ou um cenário factual equivalente ao de uma aplicação generalizada. Por um lado, estão disponíveis institutos jurídicos que de uma forma mais ou menos perceptível permitem sustentar uma argumentação nesse sentido; por outro lado, também do ponto de vista discursivo não parece muito complexo descortinar uma qualquer ligação entre a realidade nacional e a UE em face do alargado leque de matérias jurídicas que são alvo da intervenção do legislador comunitário.

Como previne F. FONTANELLI⁷⁰⁷, «(...) for every EU norm there is an area of state competences that are touched upon by the operation and effect of that norm, and all national measures falling within that area equally ‘implement EU law’ for the propose of Article 51 (1) of the Charter.». Na mesma linha, LAVRANOS⁷⁰⁸ nota que: « Since Union law continues to expand in ever new areas of law, it is practically always possible to construe a «connection» between a national law measure and Union law. This means that the Charter, and thus the level of fundamental rights protection as determined by the ECJ, will practically always have to be taken into account by national courts when assessing the compatibility of a national law measure with fundamental rights. Following this *significant expansion of the scope of the Charter* the ECJ is capable to *use the Charter as a tool for controlling and eventually harmonizing the level of fundamental rights protection within all Member States* whenever they are «implementing Union law». In this sense, Article 51 of the Charter obtains a central role which enables the ECJ to actively shape the level of fundamental rights protection in the Member States on the basis of a legally binding instrument instead of – as it used to be the case in past – on the basis of general principles and by reference to the ECHR.»

O critério conflitual estabelecido para aferir do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais, em abstracto, permite agregar no âmbito de aplicação do Direito da União um número indefinido de situações localizadas nos Estados-membros. É esta a circunstância que confere elasticidade ao âmbito de aplicação do Direito da UE; propriedade que faz deslocar a problemática para o domínio da argumentação jurídica. Ora, a questão do discurso jurídico no plano da fundamentação das decisões judiciais no

⁷⁰⁷ FONTANELLI, «*Hic sunt nationes: the elusive limits of the EU Charter...*», cit., p.326.

⁷⁰⁸ N. LAVRANOS, «The ECJ’s judgments in Melloni and ...», cit., p. 139.

quadro da UE não pode conceber-se sem a necessária consideração de todos os intervenientes de uma estrutura de controlo descentralizada e num ambiente de pluralismo jurídico.

Isso ilustra a reacção do Tribunal Constitucional Federal Alemão ao alertar para a necessidade de uma leitura apertada do acórdão *Fransson*⁷⁰⁹. Depreende-se das palavras do *Bundesverfassungsgericht* não considerar legítima uma interpretação radical do acórdão, caso em que o TJ estará a agir *ultra vires*.

Cremos que será no pulsar e na dinâmica processual que alimenta a relação dialógica sobretudo entre os Tribunais nacionais e o TJ que se revelará a linha intransponível do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE.

⁷⁰⁹ *BVerG*, 1 BvR 1215/07, 24 Abril de 2013, §88-91. Sobre o tema, JHR e LB, After *Åklagaren Fransson and Melloni*, *ECLR*, 9, pp. 169-175. Editorial Comments, «*Ultra vires* – has the *Bundesverfassungsgericht* shown its teeth?», *CMLR*, 2013, 50, pp. 925-930, 2013. F. FONTANELLI, «*Hic sunt nations*: the elusive limits of the EU Charter and the German Constitutional watchdog: Court of Justice of the European Union. Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10, *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*», *ECLR*, 9, 2, 2013, pp. 315-334.

Lista de acórdãos do Tribunal de Justiça da União

Europeia⁷¹⁰

- Acórdão de 04-02-1959, *Friedrich Stork & Co. v. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*, proc. 1/58, Col. 1959, pp. 293.
- Acórdão de 15-07-1960, *Consórcios de venda do carvão Ruhr «Präsident» e «Geitling», «Mausegatt», entreprise I. Nold K. G. v. Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*, proc. apensos 36/59, 37/59 e 40/59, Col. 1960, pp. 525.
- Acórdão de 18-11-1961, *Defrenne v. Sabena (Defrenne III)*, proc. 149/77, Col. 1961, p. 1365.
- Acórdão de 05-02-1963, *N. V. Algemene Transport – En Expeditie onderneming Van Gend en Loos c. Administração Fiscal Holandesa*, proc. 26/62, Col. 1963, p. 1.
- Acórdão de 15-07-1964, *M. Flamingo Costa c. E.N.E.L.*, proc. 6/64, Col. 1964, p. 1141.
- Acórdão do TJCE de 1 de Abril de 1965, *Marcello Sgarlata et o. v. Comissão*, proc. 40/64, Col. 1965, pp.279.
- Acórdão de 12-11-1969, *Erich Stauder v. Cidade de Ulm – Sozialamt*, proc. 29/69, Col. 1969, pp. 625.
- Acórdão de 17-12-1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, proc. 11/70, Col. 1970, pp. 625.
- Acórdão de 17-12-1970, *Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel contra Köster, Berodt & Co.*, proc. 25/70, Col. 1970, pp. 659.
- Acórdão de 14-05-1974, *J. Nold Kohlen-und Baustoffgroßhandlung v. Comissão*, proc. 4/73, Col. 1974, pp. 283.
- Acórdão de 28-10-1975, *Rutili v. Ministro do Interior*, proc. 36/75, Col. 1975, p.415.
- Acórdão de 08-04-1976, *Jean Noel Royer*, proc.48/75. Col.1976, p.221
- Acórdão de 07-07-1976, *Lynne Watson e Alessandro Belmann*, proc. 118/75, Col. 1976, p.465.
- Acórdão de 27-10-1976, *Vivien Prais v. Conselho das Comunidades Europeias*, proc. 130/75, Col.1976, p.649.
- Acórdão de 16-12-1976, *Rewe-Zentralfinaz eG*, proc. 33/76, Col. 1976, p. 1989.
- Acórdão de 15-06-1978, *G. Defrenne v. Soc. A. B. N. A. Sabena*, proc. 149/77, Col. 1978, p. 1365.
- Acórdão de 21-02-1979, *Rewe Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, proc. 120/78, Col., 1978, p. 327.
- Acórdão de 28-03-1979, *The Queen v. Vera Ann Saunders*, proc. 175-78, Col.1979, p.1129.
- Acórdão de 07-12-1979, *J. Knoors v. Secretario de Estado para os assuntos economicos*, proc.115-78, Col.1979, p.173.
- Acórdão de 13-12-1979, *Liselotte Hauer v. Land Rheinland – Pfalz*, proc. 44/79, Col.1979, p.3727.

⁷¹⁰ Ordenados por ordem cronológica.

- Acórdão de 05-03-1980, *Pecastaing v. Estado Belga*, proc. 98/79, Col.1980, p.691.
- Acórdão de 07-07-1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*, proc. 158/80, Col. 1981, p. 1805.
- Acórdão de 27-10-1982, *Elestina Esselina Christian Morson v. Staat der Nederlanden e Hoofd van de Plaatselijke Politie in de zin van de Vreemdelingenwet ; Sewradjie Jhanjan v. Staat der Nederlanden*, proc. apensos 35 e 36/82, Col.1982, p.3723;
- Acórdão de 28-06-1984, *Hans Moser v. Land Baden-Wuerttemberg*, proc. 180/83, Col.1984, p.2539.
- Acórdão de 07-02-1985, *Procureur de la Republique v. Association de Defense des Bruleurs d'huiles Usagees (ADBHU)*, proc. 240/83, Col. 1985, p.531.
- Acórdão de 11-07-1985, *Cinéthèque s. a. et autres c. Fédération Nationale des Cinémas Français*, proc. apensos 60 e 61/84, Col. 1985, p. 2605.
- Acórdão de 15-01-1986, *Derrick Guy Edmund Hurd v. Kenneth Jones (Her Majesty's Inspector Of Taxes)*, proc. 44/84, Col.1986, p.29.
- Acórdão de 23.04.1986, *Partido Ecologista 'Os Verdes' v. Parlamento*, proc. 294/83, Col. 1986, p. 1339.
- Acórdão de 15-05-1986, *M. Johnston v. Chief C. R. U. C.*, proc. 222/84, Col. 1986, p. 1651.
- Acórdão de 30-09-1987, *Meryem Demirel v. Ville de Schwaebisch Gmuend*, proc. 12/86, Col. 1987, p.3719.
- Acórdão de 15-10-1987, *Union Nationale des Entraîneurs et Cadres Techniques Professionnels du Football (UNECTEF) v. Georges Heylens e o.*, Proc. 222/86, Col. 1987, p.4097.
- Acórdão de 17-12-1987, *Saada Zaoui v. Caisse Regionale D'assurance Maladie De L'ile De France (Cramif)*, proc. 147/87, Col.1987, p.5511.
- Acórdão de 02-02-1988, *Vincent Blaizot e o. v. Universidade De Liege e o.*, proc. 24/86, Col.1988, p.379.
- Acórdão de 26-04-1988, *Bond Van Adverteerders e o. c. Estado Neerlandês*, 352/85, Col. 1988, p. 2086.
- Acórdão de 18-05-1989, *Comissão c. Alemanha*, proc. 249/86, Col. 1989, p. 1263.
- Acórdão de 13-07-1989, *H. Wachauf v. R. F. Alemanha*, proc. 5/88, Col. 1989, p.2609.
- Acórdão de 18-10-1989, *Orkem Sa, anteriormente Cdf Chimie Sa v. Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 374/87, Col. 1989, p.3283.
- Acórdão de 18-10-1989, *Sa Solvay & Cie v. Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 27/88, Col.1989, p.3355.
- Acórdão de 17-12-1989, *Dow Benelux Nv, anteriormente Dow Chemical (Nederland) Bv v. Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 85/87, Col.1989, p.3137.
- Acórdão de 21-12-1989, *Hoechst Ag v. Comissão das Comunidades Europeias*, proc. apensos 46/87 e 227/88, Col. 1989, p.2859.
- Acórdão de 10-07-1990, *Processo-Crime v. Hansen & Soen I/S*, proc. 326/88, Col.1990, p.I-02911.
- Acórdão de 23-04-1991, *Klaus Hoefner e Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, proc. C-41/90, Col.1991, p.I-01979.
- Acórdão de 18-07-1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia e Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou Ert v. Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas e Nicolaos Avdellas e o.*, proc.C-260-89, Col.1991, p. I-2925.

- Acórdão de 04-10-1991, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v. Stephen Grogan e o.*, proc. C-159/90, Col.1991, p. I-4685.
- Acórdão de 28-01-1992, *Processo-Crime v. Angel Lopez Brea e Carlos Hidalgo Palácios*, proc. apensos C-330/90 e C-331/90, Col.1992, p. I-00323.
- Acórdão de 19-03-1992, *Processo-Crime v. José António Batista Morais*, proc. C-60/91, Col.1992, p.I-02085.
- Acórdão de 07-07-1992, *Micheletti*, C-369/90, Col. 1992, p. I-4239.
- Acórdão de 07-07-1992, *The Queen v. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh, Ex Parte Secretary of State for Home Department*, proc. C-370/90, Col.1992, p. I-04265.
- Acórdão de 22-09-1992, *Camille Petit v. Office National Des Pensions*, proc. C-153/91, Col. 1992, p. I-04973.
- Acórdão de 16-12-1992, *Ettien Koua Poirrez v. Caisse d'allocations Familiales de la Region Parisienne*, proc. C-206/91, Col.1992, p.I-06685.
- Acórdão de 03-02-1993, *Veronica Omroep Organisatie v. Commissariaat voor de Media*, proc. C-148/91, Col.1993, p. I-00487.
- Acórdão de 30-03-1993, *Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig - Standesamt E Landratsamt Calw – Ordnungsamt*, proc. C-168/91, Col.1993, p.I-01191.
- Acórdão de 24-03-1994, *The Queen V. M. A. F. F., Ex Parte: D. C. Bostock*, proc. C-2/92, Col. 1994, p. I-955.
- Acórdão de 16-06-1994, *Volker Steen v. Deutsche Bundespost*, proc. C-132/93, Col.1994, página I-2715.
- Acórdão de 05-10-1994, *Tv10 Sa v. Commissariaat voor de Media*, proc. C-23/93, Col.1994, p. I-04795.
- Acórdão de 05-10-1994, *República Federal da Alemanha v. Conselho*, proc. C-280/93, Col.1994, p.I-04973.
- Acórdão de 06-06-1995, *Ahmet Bozkurt v. Staatssecretaris van Justitie*, proc. C-434/93, Col.1995, p. I-1475.
- Acórdão de 09-12-1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft Mbh e o. v. Bundesamt Fuer Ernaehrung Und Forstwirtschaft*, proc. C-465/93, Col. 1995, p.I-3761.
- Acórdão de 16-12-1995, *Processos Penais v. Jean-Louis Aubertin, Bernard Collignon, Guy Creusot, Isabelle Diblanc, Gilles Josse, Jacqueline Martin e Claudie Normand*, proc. apensos C-29/94, C-30/94, C-31/94, C-32/94, C-33/94, C-34/94 E C-35/94, Col.1995, p.I-00301.
- Acórdão de 01-02-1996, *Processo-crime v. Gianfranco Perfili*, C-177/94, Col.1996, p. I-161.
- Acórdão de 15-02-1996, *F. Duff et o. v. Minister for Agriculture and Food e A. General*, proc. C-63/93, Col. 1996, p. I-569.
- Acórdão de 30-04-1996, *Países-Baixos v. Conselho*, proc. C-58/94, Col. 1996, I-2169.
- Acórdão de 13-06-1996, *Processo-crime v. Jean-Louis Maurin*, proc. C-144/95, Col.1996, p.I-02909.
- Acórdão de 16-01-1997, *Unità Socio-Sanitaria Locale n° 47 di Biella (USSL) v. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, proc. C-134/95, Col.1997, p.I-00195.
- Acórdão de 29-05-1997, *Friedrich Kremzow v. Republik Österreich*, proc. C-299/95, Col.1997, p. I-02629.

- Acórdão de 05-06-1997, *Land Nordrhein-Westfalen v. Kari Uecker e Vera Jacquet v. Land Nordrhein-Westfalen*, proc. apensos C-64/96 e C-65/96, Col.1997, p.I-03171.
- Acórdão de 26-06-1997, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag*, proc. C-368/95, Col.1997, p. I-3689.
- Acórdão de 05-07-1997, *Land Nordrhein-Westfalen v. Kari Uecker e Vera Jacquet v. Land Nordrhein-Westfalen*, proc. apensos C-64/96 e C-65/96, Col.1997, p.I-03171.
- Acórdão de 09-12-1997, *Comissão das Comunidades Europeias v. República Francesa*, proc. C-265/95, Col.1997, p.I-06959.
- Acórdão de 18-12-1997, *Daniele Annibaldi v. Sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio*, proc. C-309/96, Col.1997, p.I-7493.
- Acórdão de 17-02-1998, *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd.*, Col.1998, p.I-00621.
- Acórdão de 12-05-1998, *Alexandros Kefalas e o. v. Elliniko Dimosio (Estado Helénico) e Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, proc. C-367/96, Col.1998, p.I-02843.
- Acórdão de 24-11-1998, *Processo-crime v. Horst Otto Bickel e Ulrich Franz*, proc. C-274/96, Col.1998, p.I-07637.
- Acórdão de 17-12-1998, *Baustahlgewebe GmbH v. Comissão das Comunidades Europeias*, proc. C-185/95 P., Col.1998, p.I-08417.
- Acórdão de 17-12-1998, *Stefan Demand v. Hauptzollamt Trier*, proc. C-186/96, Col.1998, p.I-8529.
- Acórdão de 09-03-1999, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, proc. C-212/97, Col.1999, p.I-01459.
- Acórdão de 09-09-1999, *RI.SAN. Srl v. Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA e Ischia Ambiente SpA*, proc. C-108/98, Col.1999, p.I-5219.
- Acórdão de 21-10-1999, *Peter Jägerskiöld v. Torolf Gustafsson*, proc. C-97/98, Col.1999, p.I-07319.
- Acórdão de 13-04-2000, *Kjell Karlsson e o.*, proc. C-292/97, Col. 2000, p. I-2737.
- Acórdão de 15-05-2000, *Processo-crime v. Max Rombi e Arkopharma SA*, proc. C-107/97, Col.2000, p.I-3367.
- Acórdão de 05-12-2000, *Processo-crime v. Jean-Pierre Guimont*, proc. C-448/98, Col.2000, p.I-10663.
- Acórdão de 14-12-2000, *Emsland-Stärke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, proc. C-110/99, Col.2000, p.I-11569.
- Acórdão de 20-02-2001, *The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte: Manjit Kaur*, com a intervenção de: Justice, proc. C-192/99, Col.2001, p.I-01237.
- Acórdão de 26-06-2001, *The Queen v. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, proc. C-173/99, Col.2001, p.I-4881.
- Acórdão de 27-09-2001, *The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Wieslaw Gloszczuk e Elzbieta Gloszczuk*, proc. C-63/99, Col.2001, p. I-06369.
- Acórdão de 06-12-2001, *Conselho da União Europeia v. Heidi Hautala*, proc. C-353/99P, Col. 2001, p.I-9565.
- Acórdão de 05-03-2002, *Hans Reisch e o. (proc. apensos C-515/99 e C-527/99 a C-540/99) v. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg e*

- Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg e Anton Lassacher e o. (proc. apensos C-519/99 a C-524/99 e C-526/99) v. Grundverkehrsbeauftragter des Landes Salzburg e Grundverkehrslandeskommission des Landes Salzburg*, proc. apensos C-515/99, C-519/99 a C-524/99 e C-526/99 a C-540/99, Col. 2002, p.I-02157.
- Acórdão 26-06-2002, *Gerard Mulligan e o. v. Minister for Agriculture and Food, Ireland et Attorney General*, proc. C-313/99, Col.2002, p.I-05719.
 - Acórdão de 11-07-2002, *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, proc. C-60/00, Col.2002, p. I-6279.
 - Acórdão de 11-07-2002, *Marks & Spencer plc v. Commissioners of Customs & Excise*, proc. C-62/00, Col.2002, p. I-6325.
 - Acórdão de 25-07-2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) v. Estado belga*, proc. C-459/99, Col.2002, p. I-6591.
 - Acórdão de 22-10-2002, *Roquette Frères SA v. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, e Comissão das Comunidades Europeias*, proc. C-94/00, Col. 2002, p. I-9011.
 - Acórdão de 21-11-2002, *X e Y v. Riksskatteverket*, proc. C-436/00, Col.2002 página I-10829.
 - Acórdão de 12-12-2002, *Ángel Rodríguez Caballero v. Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, proc. C-442/00, Col.2002, p. I-1191.
 - Acórdão de 10-04-2003, *Joachim Steffensen*, proc. C-276/01, Col. 2003, p. I-03735.
 - Acórdão de 12-06-2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republik Österreich*, proc. C-112/00, Col.2003, p.I-05659.
 - Acórdão de 10-07-2003, *Booker Aquacultur Ltd (C-20/00) e Hydro Seafood GSP Ltd (C-64/00) v. The Scottish Ministers*, proc. apensos C-20/00 e C-64/00, Col.2003, p.I-7411.
 - Acórdão de 23-09-2003, *Secretary of State for the Home Department v. Hacene Akrich*, proc. C-109/01, Col.2003, p. I-09607.
 - Acórdão de 02-10-2003, *Carlos Garcia Avello v. Estado Belga*, proc. C-148/02, Col.2003, p. 00000.
 - Acórdão de 02-10-2003, *Krupp Hoesch Stahl AG v. Comissão das Comunidades Europeias*, proc. C-195/99 P, Col. 2003, p. 00000.
 - Acórdão de 23-10-2003, *RTL Television GmbH v. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, proc. C-245/01, Col. 2003, p. 00000.
 - Acórdão de 29-04-2004, *Georgios Orfanopoulos e outros (C-482/01) e Raffaele Oliveri (C-493/01) contra Land Baden-Württemberg*, Processo C-482/01, Col. 2004, p.I-05257.
 - Acórdão de 25-03-2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH contra Troostwijk GmbH*, Processo, C-71/02, Col. 2004, p.I-03025.
 - Acórdão de 16-06-2005, *Processo-crime contra Maria Pupino*, Processo C-105/03, Col. 2005, p.I-05285.
 - Acórdão de 22-11-2005, *Werner Mangold contra Rüdiger Helm*, Processo C-144/04, Col. 2005, p.I-09981.
 - Acórdão de 31-01-2006, *Comissão das Comunidades Europeias contra Reino de Espanha*, Processo C.503/03, Col. 2006, p.I-01097.
 - Acórdão de 9-03-2006, *Hans Werhof contra Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*, Processo C-499/04, Col. 2006, p.I-02397.
 - Acórdão de 27-04-2006, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Federal da Alemanha*, Processo C-441/02, Col. 2006, p.I-03449.

- Acórdão de 2-05-2006, *Eurofood IFSC Ltd*, Processo C-341/04, Col. 2006, p.I-03813.
- Acórdão de 27-06-2006, *Sarah Margaret Richards contra Secretary of State for Work and Pensions*, Processo C-423/04, Col.2006, p. I-03585.
- Acórdão de 15-06-2006, *G. J. Dokter, Maatschap Van den Top e W. Boekhout contra Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, Processo C-28/05, Col. 2006, p.I-05431.
- Acórdão de 11-07-2006, *Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*, Processo C-13/05, Col. 2006, p.I-06467.
- Acórdão de 27-06-2006, *Parlamento Europeu contra Conselho da União Europeia*, Processo C-540/03, Col. 2006, p.I-05769.
- Acórdão de 7-09-2006, *Anacleto Cordero Alonso contra Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, Processo C-81/05, Col. 2006, p.I-07569.
- Acórdão de 14-09-2006, *J. Slob contra Productschap Zuive*, Processo C-496/04, Col. 2006, p.I-08257.
- Acórdão de 9-01-2007, *Yunying Jia contra Migrationsverket*, Processo C-1/05, Col. 2007, p.I-00001.
- Acórdão de 25-01-2007, *Processo-crime contra Uwe Kay Festersen*, Processo C-370/05, Col. 2007, pI-01129.
- Acórdão de 13-03-2007, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd contra Justitiekanslern*, Processo C-432/05, Col. 2007, p.I-02271.
- Acórdão de 17-04-2007, *A.G.M.-COS.MET Srl contra Suomen valtio e Tarmo Lehtinen*, Processo C-470/03, Col. 2007, p.I-02749.
- Acórdão de 3-05-2007, *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad*, Processo C-303/05, Col. 2007, p.I-03633.
- Acórdão de 7-06-2007, *Carp Snc di L. Moleri e V. Corsi contra Ecorad Srl*, Processo C-80/06, Col. 2007, p.I-04473.
- Acórdão de 26-06-2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e outros contra Conseil des ministers*, Processo C-305/05, Col. 2007, p.I-05305.
- Acórdão de 11-10-2007, *Gerda Möllendorf e Christiane Möllendorf-Niehuus*, Processo C-117/06, Col. 2007, p.I-08361.
- Acórdão de 11-12-2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, Processo C-438/05, Col. 2007, p.I-10779.
- Acórdão de 11-12-2007, *Skoma-Lux sro contra Celní ředitelství Olomouc*, Processo C-161/06, Col. 2007, p.I-10841.
- Acórdão de 13-12-2007, *United Pan-Europe Communications Belgium SA e outros contra Estado Belga*, Processo C-250/06, Col. 2007, p.I-11135.
- Acórdão de 18-12-2007, *Laval un Partneri Ltd contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet*, Processo, C-341/05, Col. 2007, p.I-11767.
- Acórdão de 17-01-2008, *Josefa Velasco Navarro contra Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, Col. 2008, p.I-00105.
- Acórdão de 29-01-2008, *Productores de Música de España (Promusicae) contra Telefónica de España SAL*, Processo C-275/06, Col. 2008, p.I-00271.
- Acórdão de 31-01-2008, *Centro Europa 7 Srl contra Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni*, proc. 380/05, Col. 2008, p.I-00349.

- Acórdão de 14-02-2008, *Varec SA contra Estado Belga*, Processo C-450/06, Col. 2008, p.I-00581.
- Acórdão de 14-02-2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH contra Avides Media AG*, Processo C-244/06, Col. 2008, p. I-00505.
- Acórdão de 9-10-2008, *György Katz contra István Roland Sós*, Processo C-404/07, Col. 2008, p. I-07607.
- Acórdão de 23-09-2008, *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, proc. C-427/06, Col. 2008, p. I-07245.
- Acórdão de 18-12-2008, *Sopropé - Organizações de Calçado Lda contra Fazenda Pública*, Processo C-349/07, Col. 2008, pI-10369.
- Acórdão de 17-02-2009, *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji contra Staatssecretaris van Justitie*, Processo C-465/07, Col.2009, p. I-00921.
- Acórdão de 10-03-2009, *Gottfried Heinrich*, Processo C-345/06, Col. 2009, p.I-01659.
- Acórdão de 23-04-2009, *Kiriaki Angelidaki e outros contra Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis (C-378/07)*, *Charikleia Giannoudi contra Dimos Geropotamou (C-379/07)* e *Georgios Karabousanos e Sofoklis Michopoulos contra Dimos Geropotamou (C-380/07)*, Processos apensos C-378/07 a C-380/07, Col. 2009, p.I-03071.
- Acórdão de 4-06-2009, *Comissão das Comunidades Europeias contra República Helénica*, Processo C-427/08, Col. 2009, p.I-00098*.
- Acórdão de 15-10-2009, *Audiolux SA e.a contra Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) e o. e Bertelsmann AG e o*, Processo C-101/08, Col. 2009, p.I-09823.
- Acórdão de 10-12-2009, *Ovido Rodríguez Mayor e outros contra Herencia yacente de Rafael de las Heras Dávila e outros.*, Processo C-323/08, Col. 2009, p.I-1162.
- Acórdão de 19-01-2010, *Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG*, Processo C-555/07, Col. 2010, pI-00365.
- Acórdão de 9-03-2010, *Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha*, Processo C-518/07, Col.2010, p.I-01885.
- Acórdão de 18-03-2010, *Rosalba Alassini contra Telecom Italia SpA (C-317/08)*, *Filomena Califano contra Wind SpA (C-318/08)*, *Lucia Anna Giorgia Iacono contra Telecom Italia SpA (C-319/08)* e *Multiservice Srl contra Telecom Italia SpA (C-320/08)*, Processos apensos C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, Col. 2010, p.I-02213.
- Acórdão de 1-06-2010, *José Manuel Blanco Pérez e María del Pilar Chao Gómez contra Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (C-570/07)* e *Principado de Asturias (C-571/07)*, Processo C-570/07, Col. 2010, p.I-04629.
- Acórdão de 22-06-2010, *Aziz Melki (C-188/10)* e *Sélim Abdeli (C-189/10)*, Processos apensos C-188/10 e C-189/10, Col. 2010, p. I-05667.
- Acórdão de 15-07-2010, *Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha*, Processo C-271/08, Col. 2010, p. I-07091.
- Acórdão de 8-09-2010, *Winner Wetten GmbH contra Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, Processo C-409/06, Col. 2010, p.I-08015.
- Acórdão de 16-09-2010, *Zoi Chatzi contra Ypourgos Oikonomikon*, Processo C-149/10, Col.2010, pI-08489.
- Acórdão de 5-10-2010, *J. McB. contra L. E*, Processo C-400/10 PPU, Col. 2010, pI-08965.

- Acórdão de 16-11-2010, *Gaetano Mantello*, Processo C-261/09, Col. 2010, p.I-11477.
- Acórdão de 22-12-2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH contra Bundesrepublik Deutschland*, Processo C-279/09, Col. 2010, p.I-13849.
- Acórdão de 22-12-2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH contra Bundesrepublik Deutschland*, Processo C-279/09, Col. 2010, p.I-13849.
- Acórdão de 1-03-2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e outros contra Conseil des ministres*, Processo C-236/09, Col.2011, p.I-00773.
- Acórdão de 17-03-2011, *Josep Peñarroja Fa*, Processo C-372/09, Col. 2011, p.I-01785.
- Acórdão de 6-09-2011, *Ivana Scattolon contra Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, Processo C-108/10, Col. 2011, p.I-07491.
- Acórdão 8-09-2011, *Sabine Hennigs (C-297/10) contra Eisenbahn-Bundesamt e Land Berlin (C-298/10) contra Alexander Mai*, Processo C-297/10, Col. 2011, p.I-07965.
- Acórdão de 13-09-2011, *Reinhard Prigge e outros contra Deutsche Lufthansa AG*, Processo C-447/09, Col. 2011, p.I-08003.
- Acórdão de 15-09-2011, *Processos penais contra Magatte Gueye (C-483/09) e Valentín Salmerón Sánchez (C-1/10)*, Col. 2011, p.I-08263.
- Acórdão de 24-11-2011, *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) (C-468/10) e Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) (C-469/10) contra Administración del Estado*, Processo C-468/10, Col. 2011, p.I-12181.
- Acórdão de 1-12-2011, *Eva-Maria Painer contra Standard VerlagsGmbH e outros*, Processo C-145/10, Col. 2011, ainda não publicado.
- Acórdão de 21-12-2011, *Teresa Cicala contra Regione Siciliana*, Processo C-482/10, Col. 2013, ainda não publicado.
- Acórdão de 21-12-2011, *N. S. (C-411/10) contra Secretary of State for the Home Department et M. E. e outros (C-493/10) contra Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform*, Processos apensos C-411/10 e C-493/10, Col.2011, ainda não publicado.
- Acórdão de 24-01-2012, *Maribel Dominguez contra Centre informatique du Centre Ouest Atlantique e Préfet de la région Centre*, Processo C-282/10, Col. 2012, não publicado.
- Acórdão de 16-02-2012, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contra Netlog NV*, Processo C-360/10, Col.2012, ainda não publicado.
- Acórdão de 29-03-2012, *Interseroh Scrap and Metal Trading GmbH contra Sonderabfall-Management-Gesellschaft Rheinland-Pfalz mbH (SAM)*, Processo C-1/11, Col. 2012, ainda não publicado.
- Acórdão de 19-04-2012, *Bonnier Audio AB e outros contra Perfect Communication Sweden AB*, Proc. C-461/10, Col. 2012, ainda não publicado.
- Acórdão de 3-05-2012, *Georg Neidel contra Stadt Frankfurt am Main*, C-289/11, Processo C-337/10, Col. 2012, ainda não publicado.
- Acórdão de 3-05-2012, *Legris Industries SA contra Comissão Europeia*, Processo C-289/11, Col.2012, ainda não publicado.
- Acórdão de 7-06-2012, *Anton Vinkov contra Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost*, Processo C-27/11, Col. 2012, não publicado.

- Acórdão de 7-06-2012, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH contra Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH*, Processo C-132/11, Col. 2012, ainda não publicado.
- Acórdão de 12-07-2012, *Association Kokopelli contra Graines Baumaux SAS*, Processo C-171/11, Col. 2013, ainda não publicado.
- Acórdão de 12-07-2012, *Fra.bo SpA contra Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein*, Processo C-171/11, Col. 2012, ainda não publicado.
- Acórdão de 6-09-2012, *Deutsches Weintor eG contra Land Rheinland-Pfalz*, Processo C-544/1, Col. 2012, ainda não publicado.
- Acórdão de 22-11-2012, *M. M. contra Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland e Attorney General*, Proc. C-277/11, Col. 2012, ainda não publicado.
- Acórdão de 27-11-2012, *Thomas Pringle contra Government of Ireland, Ireland e The Attorney General*, Processo C-370/12, Col.2012, ainda não publicado.
- Acórdão de 17-01-2013, *Processo intentado por Mohamad Zakaria*, Processo C-23/12, Col. 2013, ainda não publicado.
- Acórdão de 29-01-2013, *Processo relativo à execução de mandados de detenção europeus emitidos contra Ciprian Vasile Radu*, Processo C-396/11, ainda não publicado.
- Acórdão de 31-01-2013, *Denise McDonagh contra Ryanair Ltd.*, Processo C-12/11, Col. 20013, ainda não publicado.
- Acórdão de 26-02-2013, *Åklagaren contra Hans Åkerberg Fransson*, Processo C-617/10, Col. 2013, não publicado.
- Acórdão de 26-02-2013, *Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal*, Processo C-399/11, Col.2013, ainda não publicado.
- Acórdão de 11-04-2013, *Blanka Soukupová contra Ministerstvo zemědělství*, Proc. C-401/11, ainda não publicado.
- Acórdão de 6-06-2013, *The Queen, a pedido de MA e outros contra Secretary of State for the Home Department*, Processo C-648/11, Col.2013, ainda não publicado.
- Acórdão de 19-09-2013, *Marc Betriu Montull contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, Processo C-5/12, Col. 2013, ainda não publicado.
- Acórdão de 26-09-2013, *Texdata Software GmbH*, Processo C-418/11, Col. 2013, ainda não publicado.

Lista de despachos do Tribunal de Justiça da União

Europeia ⁷¹¹

- Despacho de 6-10-2005, *Processo-crime contra Attila Vajnai*, Processo C-328/04, Col. 2005,p.I-08577.
- Despacho de 16-01-2008, *Olivier Polier contra Najjar EURL*, Processo C-361/07, Col. 2008, p. I-00006.

⁷¹¹ Ordenados por ordem cronológica.

- Despacho de 12-11-2010, *Krasimir Asparuhov Estov e outros contra Ministerski savet na Republika Bulgaria*, Processo C-339/10, Col. 2010, p.I-11465.
- Despacho de 1-03-2011, *Claude Chartry contra Estado Belga*, Processo C-457/09, Col. 2011, p.I-00819.
- Despacho de 23-05-2011, *André Rossius (C 267/10) e Marc Collard (C 268/10) contra Estado Belga - Service public fédéral Finances*, Processo C-267/10, Col. 2011, p.I-00081*.
- Despacho de 22-06-2011, *Cosimo Damiano Vino contra Poste Italiane SpA*, Processo C-161/11, Col. 2011, p. I-00091*.
- Despacho de 22-09-2011, *Richard Lebrun e Marcelle Howet contra Estado Belga*, Processo C-128/12, Col. 2011, p. I-00137.
- Despacho de 7-03-2013, *Sindicato dos Bancários do Norte e outros contra BPN - Banco Português de Negócios SA*, processo C-128/12, Col 2013, não publicado.
- Despacho 6-06-2013, *Gena Ivanova Cholakova contra Osmo rayonno upravlenie pri Stolichna direktsia na vatreshnite raboti*, Processo C-14/13, Col 2013, não publicado.

Bibliografía

AA.VV.

- *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, Coimbra Editora, 2005.

ACIERNO, Sílvia

- «The Carpenter judgment: fundamental rights and the limits of the Community legal order», *ELR*, 2003, 28, pp. 398-407.

ALEXY, Robert

- *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Moitinho de

- «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», in G. C. Rodríguez IGLESIAS y Liñan NOGUERAS (dir.), *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, 1993, pp. 97-132.

ALONSO GARCÍA, Ricardo

- *Derecho Comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas, 1989, pp. 227-281.

ALONSO GARCÍA, Ricardo

- «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *CDP*, 2001, n. 13, pp.13-43.

ALONSO GARCÍA, Ricardo

- «The general provisions of the Charter of Fundamental Rights of the Union», *Jean Monnet Working Paper* n. 4/02, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html>

ALSTON, Philip and WEILER J. H. H.

- «An ever closer Union in need of a human rights policy: the European Union and human rights», in ALSTON, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, OUP, 1999, pp. 3-66.

ALSTON, Philip (ed.)

- *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999.

ALSTON, Philip and WEILER J. H. H.

- «An ever closer Union in need of a human rights policy: the European Union and human rights», in ALSTON, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, University Press, 1999, pp. 3-66.

ALONSO GARCÍA, Ricardo

- «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho*, 2001, nº13, pp 13-43.

AMATO, Giuliano

- «La Convenzione Europea. Primi approdi e dilemmi aperti», *QC*, a. XXII, n. 3, set., 2002, pp. 449-461.

- ANDERSON, David
- «Shifting the grundnorm (and other tales)», in O'KEEFFE, David (ed.), *Judicial review in European Union Law*. Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley, vol. 1, Kluwer Law International, 2000, pp. 341-360.
- ANDERSON, David and MURPHY, C.
- «The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe», 2011, *EUI Working Paper*, 8.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël
- «Droits fondamentaux communautaires et champ d'application personnel du droit communautaire», *RAE*, 2003/2004,1,2, pp. 57-72
- ARAGÃO, Alexandra
- «A governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?», in *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*, *Stvdia Iuridica* 84, Coimbra Editora, 2005, pp. 105-107.
- ARAÚJO, António de, BRITO, Miguel N. de, e COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da
- «As relações entre os Tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias», in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, 2003, pp. 203-274 (texto publicado na página oficial do TC na Internet, <http://w3b.Tribunalconstitucional.pt/tc/textos020108.html>).
- ARNAIZ, Alejandro Saiz
- «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: Qué hay de nuevo?», *CDP*, 2001, 13, pp. 153-170.
- AREILZA, José de
- «Sovereignty or Management? The Dual Character of the EC's Supranationalism – Revisited», *Harvard Jean Monnet Working Paper*, n. 2, 1995 (<http://law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/>).
- ARESTIS, George
- «Fundamental rights in the EU: three years after Lisbon, the Luxembourg perspective», *Research papers in Law*, 02/2013.
- ARMSTRONG, Kenneth, A.
- «“Inclusive Governance? Civil Society and the OMC», in S. SMISMANS (ed.), *Civil Society and legitimate Governance*, E. Elgar, 2006, pp. 43-66.
- ARNULL, Anthony, BARNARD, Catherine, DOUGAN, Michael and SPAVENTA, Eleanor
- *A Constitutional order of States? Essays in honour of Alan Dashwood*, Hart Pub., 2010.
- ASHIAGBOR, Diamond, COUNTOURIS, Nicola and LIANOS, Ioannis
- *The European Union after the Treaty of Lisbon*, CUP, 2012.
- AVBELJ, Matej
- «European Court of Justice and the question of value choices. Fundamental human rights as an exception to the freedom of movement of goods», *Jean Monnet Working Paper* n. 6/04, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html>
 - «Questioning EU Constitutionalism», *German Law Journal*, 2008, v.9, n.1, p. 18.

- «Is there *Drittwirkung* in EU Law?», in SAJÓ, A. and UITZ, R. (eds.) *The Constitution in Private Law Relationships*, Eleven, 2005, pp. 145-163.
- AZOULAI, Loïc
- «The case of fundamental rights. A state of ambivalence», in MICKLITZ, Hans-Wolfgang and De Witte, Bruno (Ed.), *The European Court of Justice and the autonomy of the Member-States*, Intersentia, 2012, pp. 207-217.
 - «The ‘Retained’ Powers’ Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU law as Total law?», *EJLS*, 2011, 4, 2, pp. 192-219.
- BALLESTER, Rodrigo
- «Fundamental rights vs. Fundamental freedoms: the Court’s ruling in *Schimiberger*», *EU Focus: essencial developments in EU law and policy*, 2003, n. 128, 29, pp. 2-4.
- BANCOWSKI, Zenon and CHRISTODOULIDIS, Emilios
- «The European Union as an essentially contested project», in BANCOWSKI, Zenon and SCOTT Andrew (Eds.), *The European Union and its order*, Blackwell Pub., 2000, p. 17-30.
- BAPTISTA MACHADO, JOÃO
- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 1997, pp.163-164.
- BARATTA, Roberto
- «National Courts as ‘Guardians’ and ‘Ordinary Courts’ of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ», *LIEI*, 2011, 38, 4.
- BARENTS, René
- *The Autonomy Of Community Law*, 2003.
- BARRETO, Cabral Ireneu
- *Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Anotada*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1999.
- BELLING, Vojtech
- «Supranational fundamental rights or primacy of sovereignty? Legal effects of the so-called opt-out from the UE Charter of fundamental rights», *ELJ*, 2012, 18, 2, pp. 251-268.
- BENOÎT-ROHMER, Florence
- «L’adhésion de l’Union à la Convention européenne des droits de l’homme», *RUDH*, 2000, v. 12, n. 1-2, pp. 57-61.
- BENEYTO PÉREZ, José Maria (dir.)
- *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Thomson Reuters, 2009.
- BENTO, Maria Helena
- «Relações entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional: desenvolvimentos recentes em direito português», in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, 2003, pp. 301-318.
- BERGSTRÖM, Carl
- *Comitology. Delegation of Power in the European Union and the Committee System*, OUP, 2005.
- BERNITZ, Ulf and NERGELIUS, Joakim [et al.] (Ed.)

- *General principles of EC Law in a process of development*, Kluwer, 2008.
- BESSELINK, Leonard F. M.
- «Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union», *CMLR*, 1998, n. 35, pp. 629-680.
 - «The Member States, the national constitutions and the scope of the Charter», *MJECL*, 2001, 1.
 - «Conclusion: The Eclipse of Legality: An Assessment», in BESSELINK, Leonard, PENNING, Frans and PRECHAL, Sacha (ed.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer, 2011, pp. 295-303.
- BESSELINK, Leonard F. M., PENNING, Frans and SACHA Prechal
- «Introduction: Legality in Multiple Legal Orders», in BESSELINK, Leonard F. M., PENNING, Frans and SACHA Prechal (eds.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 4-9.
- BEYERS, Jan, EISING, RAINER and MALONEY, William A. (Eds)
- *Interest Group Politics in Europe: Lessons from EU Studies and Comparative Politics*, Routledge, 2009.
- BIBAS, Steven A.
- «The European Court of Justice and the U. S. Supreme Court: parallels in fundamental rights jurisprudence», *CLR*, n. 8, 1992, pp. 253, 255.
- BIEBER, Roland, GUCHT, Karel de, LENAERTS, Koen et WEILER, Joseph H. H.
- *Au nom des peuples Européens. In the name of the peoples of Europe. Un catalogue des droits fondamentaux de l'Union Européenne. A catalogue of fundamental rights in the European Union*, Nomos-Verl.-Ges., 1996, pp. 180-185.
- BILBAO ULBILLOS, Juan Maria
- *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma
- «De que hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales», *REP*, 97, 1997, pp. 71-103.
 - «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *RDCE*, n. 14, 2003, p. 59.
 - «Derechos frente a la Unión, derechos frente a los estados miembros: el artículo 51 de la Carta», in NATIVIDAD FERNÁNDEZ, Sola (coord.) *UE e Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, 2004, pp. 98-102.
 - «Derechos Fundamentales en la Unión y los Estados Miembros: algunos Problemas de Conexión(1)», *REDC*, 2003, T69, 387-396.
- BINDER, Darcy S.
- «The European Court of Justice and the protection of fundamental rights in the European Community: New developments and future possibilities in expanding fundamental rights review to Member State action», *Harvard Jean Monnet Working Paper* n. 4/95, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html>.
- BIONDI, Andrea
- «Free trade, a mountain road and the right to protest: european economic freedoms and fundamental individual rights», *EHRLR*, 2004, n.1, p. 51-61.

- BIONDI, Andrea, EECKHOUT, Piet and RIPLEY, Stefanie (eds.)
 – *EU law after Lisbon*, OUP, 2012.
- BLANKE, Hermann-Josef and MANGIAMELI, Stelio
 – *The European Union after Lisbon*, Springer, 2012.
- BLOM-HANSEN, Jens and BRANDSMA, GIJS JAN
 – «The EU Comitology System: Intergovernmental Bargaining and Deliberative Supranationalism?», *JCMS*, 2009, 47, 4, pp. 719-740;
- BLUMANN, Claude
 – «Comitologie et administration indirecte», in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, 2009, pp. 139-158.
 – «Citoyenneté européenne et champ d'application personnel du droit communautaire», *RAE*, 2003/04, 1, 2, pp.73-82.
- BOER, Nik
 – «Adressing rights divergences under the Charter: Melloni», *CMLR*, 2013, 50, pp. 1083-1104.
- BOGDANDY, ARMIN VON
 – «A bird's eye on the science of European Law», *ELJ*, 2000, pp. 208.
 – «The European Union as a Human Rights Organization? The Core of the European Union», *CMLR*, 2000, n. 37, pp. 1307-1338.
 – «Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione ? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione Europea», *DP*, 2001, a. 3, pp. 849-899.
- BOGDANDY, Armin von and BAST, Jürgen (Ed.)
 – *Principles of European constitutional law*, 2nd ed., Hart, 2011.
- BOGDANDY, Armin von, KOTTMAN, Matthias, ANTPÖHLER, Johanna, DICKSCHEN, Simon Hentrei and SMRKOLJ, Maja
 – «Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States», *CMLR*, 2012, 49, pp.489-520.
- BÖRZEL, Tanja
 – «What so Special about Networks? An Exploration on the Concept and its Useful in Studing European Governance», *EIoP*, 1, 16, 1997.
- BRADLEY, Kieran St C.
 – «Reflections on the human rights role of the European Parliament», in ALSTON, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, OUP, 1999, pp. 839-857.
- BRETHERTON, Charlotte and John Vogler
 – *The European Union as a global actor*, 2nd ed., Routledge, 2005.
- BREYER, Stephen
 – «Fundamental rights and federalism in the United States and the European Union», in *La tutela giurisprudenziale dei diritti nel sistema comunitario*, Bruylant, 1997, pp. 55 ss.
- BRIBOSIA, Emmanuelle, SCHEECK, Laurent et UBEDA TORRES, Amaya (dirs.)

- *L'Europe des cours. Loyautés et résistances*, Bruylant, 2010.
- BRITO, Maria Helena
- «Relações entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional: desenvolvimentos recentes em Direito português», in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, 2003, pp.301-317.
- BROWN, Christopher
- «Case C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transport und Planzüge v. Austria*. Judgment of 12 June 2003, Full Court», *CMLR*, 2003, p. 1510.
- BRÜGGEMEIER, Gert (ed.)
- *Fundamental rights and private law in the EU: I – A comparative overview*, Cambridge UP, 2010.
- BRYDE, Brun-Otto
- «The ECJ's fundamental rights jurisprudence – a milestone in transnational constitutionalism», in POIARES MADURO, Miguel, et al. (Eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Pub., 2010, pp. 119-129
- BÚRCA, Gráinne de
- «Human rights: the Charter and beyond», *Jean Monnet Working Paper* n. 10/01, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html>.
 - «Fundamental human right and the reach of EC law», *OJLS*, 1993, v. 13, n. 3, pp. 283-319.
 - «The drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights», *ELR*, 2001, 26, pp. 126-138.
 - «Human rights: the Charter and beyond», *Jean Monnet Working Paper* n. 10/01, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html>.
 - «The domestic Impact of the EU Charter of Fundamental Rights», *Irish Jurist*, 2013, XLIV, pp. 49-54.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence
- «Les résistances des États de Droit», in RIDEAU, Joel (dir.), *De la Communauté de Droit à l'Union de Droit. Continuités et avatars européens*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 453-457.
- BUTTURINI, Daniele
- *La tutela dei diritti fondamentali nell' ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm
- *Direitos fundamentais e Direito privado*, Almedina, 2003.
- CANNIZZARO, Enzo
- «Producing 'reverse discrimination' through the exercise of EC competences», *YEL*, 1997, 17, pp. 29-46.
- CANO MONTEJANO, José Carlos
- *La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- CANOR, Iris
- «*My brother's keeper?* Horizontal Solange: “An ever closer distrust among the peoples of Europe”, *CMLR*, 2013, 50, pp. 383-422.

- CAPPELLETTI, Mauro, SECCOMBE, Monica and WEILER, Joseph H. H.
- «Integration through Law: Europe and the American Federal experience. A general introduction», in CAPPELLETTI/SECCOMBE/WEILER (eds), *Integration Through Law. Methods. Tools and Institutions*, vol. 1, Book 3, Berlin, Walter de Gruyter, 1986, pp. 3-68.
- CARDONNELL, Pascal, ROSAS, Allan and WAHL, Nils
- *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart Pub., 2012.
- CARETTI
- «I diritti fondamentali nell' ordinamento nazionale e nell' ordinamento comunitario : due modelli a confronto, *DP*, 2001, a. 3, pp.939- 952.
- CARLIER, Jean-Yves et SCHUTTER, Oliver (dir.)
- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2002.
- CAROZZA, Paolo
- «The Member States», in PEERS, Steve and WARD, Angela (eds.), *The EU charter of fundamental rights: politics, law and policy*, Hart Publishing Co., 2004, pp. 35-58.
- CARTABIA, Marta
- «Nyovi sviluppi nelle «competenze comunitarie» della Corte Costituzionale», *GC*, 1989, pp. 1012-1023.
 - «A pluralistic Europe of Rights», in MICKLITZ, Hans-W. (Ed.) [et al.], *The European Court of Justice and the autonomy of the Member-States*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 259-277.
 - *I diritti in azione. Universalità e pluralism dei diritti fondamentali nell Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007.
 - «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *ECLR*, 2009, 5, pp. 5-31.
- CASSESE, Antonio, CLAPHAM, Andrew and WEILER, Joseph (eds)
- *European Union. The Human Rights Challenge*, vol. I, II, III, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991.
- CASSESE, Antonio, LALUMIÈRE, C., LEUPRECHT, P. and ROBINSON, M.
- *Leading by example: A Human Rights Agenda for the Year 2000. Agenda of the Comité des Sages and Final Project Report*, Florence, Academy of Law, European Univ. Institute, 1998.
- CASSESE, Sabino
- «La costituzione europea: elogio della precarietà», *QC*, a. XXII, 2002, n. 3, set., pp. 469-478.
 - *La Globalización jurídica*, Marcial Pons, 2000.
 - «La costituzione europea: elogio della precarietà», *QC*, a. XXII, 2002n. 3, set., pp. 469-478.
- CECO, Francesco de
- «Room to move? Minimum Harmonization and Fundamental Rights», *CMLR* 43, 2006, pp. 9-30.
- CHALMERS, Damian

- «Looking Back at *ERT* and its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda», in POIARES MADURO, Miguel, et al. (Eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Pub., 2010, pp. 140-150.
- *Private power and public authority in European Union law*. In BELL, John and KILPATRICK, Claire (eds.) *The Cambridge yearbook of European legal studies 2005-2006*, 8.

CHARRIER, Carmenza

- «La Communauté de Droit, une étape sous-estimée de la construction européenne», *RMCE*, 1996, n. 400, pp. 521-533.

CHECKEL, Jeffrey T.

- «Building New Identities? Debating Fundamental Rights in European Institutions», *ARENA Working Papers*, n. 00/12, http://www.arena.uio.no/publications/wp00_12.htm.

CHEREDNYCHENCKO, Olha O.

- *Fundamental rights, contract law and the protection of the weaker party. A comparative analysis of the constitutionalisation of contract law, with emphasis on risky financial transactions*, Sellier ELP, 2007.
- «EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law», *ERPL*, 2006, 1, pp 23-61.
- «The harmonisation of contract Law in Europe by means of the horizontal effect of fundamental rights», *ErasmusLR*, 2007, 1,1, pp. 37-57.
- «Towards the control of private acts by the European Court of human rights», *MJECL*, 2006, 13, 2, pp. 195-218.
- «Fundamental Rights and Contract Law», *ERCL*, 2006, 2, 44, pp. 489-505.
- «Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?», *ULR*, 2007, 3, 2, pp.1-25.

CHUECA SANCHO, Angel G.

- *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1989.

CLAPHAM, Andrew

- *Human rights in the private sphere*, OUP, 1998.

CLAES, Monica

- «The European Union, its Member States and their citizens», in LECZYKIEWICZ, Dorota and WEATHERILL, Stephen (Eds), *The involvement of EU Law in Private Law relationships*, Hart, 2013, pp. 38-43.

COHEN-JONATHAN, Gérard

- «La protection des droits fondamentaux par la Cour de Justice des Communautés Européennes», in BIEBER, Roland/ GUCHT, Karel de/ LENAERTS, Koen/WEILER, Joseph (eds.), *Au nom des peuples européens. In the name of the peoples of Europe. Un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne. A catalogue of fundamental rights in the European Union*. Nomos Verlags., Baden-Baden, 1996.

COMISSÃO DE ASSUNTOS EUROPEUS – *A Carta de Direitos Fundamentais – A participação da Assembleia da República*, Lisboa, Assembleia da República – Divisão de Edições, 2001.

COPPEL, Jason and O'NEILL, Aidan

- «The European Court of Justice: taking rights seriously? », *CMLR*, 1992, n. 29, pp. 669-692.

COSTA, José Manuel Cardoso da

- «O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias», in *AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora – 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Ed., 1998, 1363-1380.

CRAIG, Paul

- «Constitutions, constitutionalism and the European Union», *ELJ*, 2001, v. 7, n. 2, pp. 125-150.
- «The Charter, the ECJ and national courts», in ASHIAGBOR, Diamond, COUNTOURIS, Nicola and LIANOS, Ioannis (eds), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, CUP, 2012, pp. 88, 91.
- *EU Administrative Law*, OUP, 2006.
- «The ECJ and *Ultra Vires* action: A Conceptual Analysis», *CMLR*, 2011, 48, pp. 395-437.

CRAIG, Paul and BÚRCA, Gráinne de

- *EU Law. Text, Cases and Materials*, 5th ed., OUP, 2011.

CRUZ VILAÇA, José Luís da

- «A Protecção dos Particulares e a Evolução do Sistema Jurisdicional Comunitário», in *A União Europeia*, Coimbra, Coimbra Ed., 1994, pp. 131-145.
- «A protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, *Stvdia Iuridica* 61, BFDC, Coimbra, Coimbra Ed., 2001, pp. 415-432.

CRUZ VILLALÓN, Pedro

- «'All the guidance', *ERT and Wachauf*», in POIARES MADURO, Miguel, et al. (Eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Pub., 2010, pp. 162-169.

CUNHA RODRIGUES, José Narciso

- «The incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order, in POIARES MADURO, Miguel, et al. (Eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Pub., 2010, pp. 89-97.

CURTIN, Deirdre

- «The EU Human Rights Charter and the Union Legal order: The “banns” before the marriage? », in O’KEEFFE, David (ed.), *Judicial review in European Union Law. Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. 1, London-Boston, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 303-318.

D’ ATENA, ANTÓNIO

- «Costituzionalismo moderno e tutela dei diritti fondamentali», in ANTONIO D’ ATENA, et al (a cura di), *Tutela dei diritti e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Giuffrè Ed., 2004, pp. 19 ss.

DAVIS, Roy W. – «Citizenship of the Union...rights for all? », *ELR*, v. 27, n. 2, 2002, pp. 121-137.

DEHOUSSE, Renaud

- «Community competences: are there limits to growth?», in DEHOUSSE, Renaud (ed.), *Europe after Maastricht. An ever closer Union?*, Law Books in Europe, Beck, 1994, pp. 103-125.

DEMETRIOU, Marie

- «Using human rights through European Community Law», *EHRLR*, 1999, issue 5, pp. 484-495.

DÍAZ CREGO, Maria

- *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los estados miembros*, Reus, 2009.

DIÉZ PICAZO, L. M.

- «¿Una Constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)», *REDC*, 1991, n.º 32, pp. 150-151.

DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh

- «The Charter of Fundamental Rights as a Constitutional Document», *EHRLR*, 1, 2004, pp. 37-50.

DOUGAN, M.

- «The Treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts», *CMLR*, 2008, pp. 617-669?

DUARTE, Maria Luísa

- *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitário*, Coimbra Ed., 1992.
- *A cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do Direito Comunitário*, Lex, 1994.
- *A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-membros*, Lex, 1997.
- *Estudos de Direito da União e das Comunidades*, Coimbra Ed., 2000.
- «A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – natureza e meios de tutela», in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, v.I, Almedina, 2002.
- «O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do ‘triângulo judicial europeu’», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, FDUL, Coimbra Ed., 2004, pp. 735-733.
- «O Tratado de Lisboa e o sistema europeu de protecção de direitos fundamentais», in PICARRA, Nuno (Coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa: aspectos centrais*, Almedina, 2011, pp. 81-98.
- *União Europeia e direitos fundamentais. No espaço da internormatividade*, AAFDL, 2006.
- *Estudos Sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, 2012.
- *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-membros*, Lex, 1997, p. 227.
- «O artigo 10.º do Tratado da Comunidade europeia – expressão de uma obrigação de cooperação entre os poderes públicos e as instituições comunitárias», in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, v.I, Almedina, 2002, pp. 306 ss.

DRZEMCZEWSKI, Andrew

- «The domestic application of the European Human Rights Convention as European Community Law», in *ICLQ*, 1981, v. 30, pp. 118-140.

DUE, Ole and GULMANN, Claus

- «Community fundamental rights as part of national law», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Diritto dell'Unione Europea*, vol. II, Giuffrè, 1998, pp. 405-422.

DUMONT, Hughes et VAN DROOGHENBROECK, Sébastien

- «La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne», in CARLIER, Jean-Yves et SCHUTTER, Olivier (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2002, pp. 61-96.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline

- «The protection of fundamental rights in the EU: Community of values with opt-out?» in PERNICE, Ingolf et TANCHEV, Evgeni (Dir.), *Ceci n'est pas une Constitution. Constitutionalization without a Constitution?*, Nomos Verlag, 2008, pp. 119-129.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline and PERNICE, Ingolf

- «European Union Law and national Constitutions», Fide XX Congress, 2002, <http://www.fide2002.org/pdfs/euroreportgeneral.pdf>.

DYEVRE, Arthur

- «European Integration and National Courts: Defending Sovereignty under Institutional Constraints?», *ECLR*, 2013, 9, 1, pp. 139-168.

EDITORIAL COMMENTS

- «The scope of application of the general principles of Union Law: An ever expanding Union?», *CMLR*, 47, 2010, pp. 1589-1596.
- «Ultra vires – has the *Bundesverfassungsgericht* shown its teeth?», *CMLR*, 2013, 50, pp. 925-930.
- «The Treaty is coming to get you...», *ELR*, 2012, 4, pp 2-3.

EDITORIAL COMMENTS (JHR and LB)

- «After Åkerberg Fransson and Melloni.», *ECLR*, 9, pp. 169-175.

EECKHOUT, Piet

- «The EU Charter of Fundamental Rights and the federal question», *CMLR*, 2002, 39, n° 5, pp.945-994.
- «The Growing Influence of European Union Law», *FILJ*, 2011, 33, 5, pp. 1490-1521.

EHLERS, Dirk (Ed.)

- *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin, De Gruyter Recht, 2007.

EICKE, Tim

- «The European Charter of Fundamental Rights - Unique opportunity or unwelcome distraction», *EHRLR*, 2000, issue 3, pp. 280-296.

ENGEL, Christoph

- «The European Charter of Fundamental Rights. A changed political opportunity structure and its normative consequences», *ELR*, 7, n. 2, 2001, pp. 151-170.

ENGLE, Eric

- «Third party effect of fundamental rights (*Drittwirkung*)», *HanseLR*, v. 5, n. 2, 2009, pp. 165-173

- Europe Deciphered: Ideas, Institutions and Laws, Fletcher Forum of World Affairs, 2009, <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hela/Europa/Institutions.htm>
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de – «Les droits fondamentaux et la révision du Traité sur l'Union Européenne», *CDE*, 1996, ano 32, n. 5-6, pp. 607-612.
- ERIKSEN, Erik
- «The EU: A Cosmopolitan Vanguard?», *Global Jurist*, V. 9, Iss.1 (Advances), Art. 6, 2009 – <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss1/art6>
- ERIKSEN, Erik and FOSSUM, John
- «Rescuing democracy in Europe», in *Law and Democracy in the Post-National Union*, ERIKSEN, E. et al. (eds.), Arena, 2006, pp. 412-431.
- FABBRINI, Federico,
- «The New Public Law in a global (dis)order a perspective from Italy», Jean Monnet Working Paper, 2010, 15.
- FACENNA, Gerry
- «"Eugen Schimidberger Internationale Transporte Planzüge v. Austria": freedom of expression and assembly vs free movement of goods», *EHRLR*, 2004, n.1, p. 73-80.
- FEDERICO, Giacomo di
- *The EU Charter of Fundamental Rights. From declaration to binding instrument*, Springer, 2011.
- FERRARI BRAVO, Luigi
- *Carta dei diritti fondamentali, dell'Unione europea (commentata con la giurisprudenza della corte di giustizia CE e della Corte Europea dei diritti dell'uomo e com i dicomenti rilevanti)*, Giuffrè Ed., 2001.
 - «La Corte de Giustizia e le frontiere della funzione giurisdizionale comunitária», *RDP*, 1990, ano 30, n. 2, pp. 241-243.
- FERRARI BRAVO, Luigi ; MAJO, F. M. and RIZZO, Alfredo di
- *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (commentata con la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e com i dicomenti rilevanti)*, Milano, Giuffrè, 2001.
- FERRARO, Angelo
- «Le Disposizioni Finalli della Carta di Nizza e la Multiforme Tutela dei Diritti Dell'uomo nello Spazio Giuridico Europeo», *RIDP*, 2005, 2, 503-581.
- FINES, Francette
- «Le champ d'application matériel, reflet des competences communautaires?», *RAE*, 2003/4, 1, 1, pp. 37-46.
- FONTANELLI, Filippo
- «Hic Sunt Nationes: The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog: Court of Justice of the European Union: Judgment Of 26 February, Case C-617/10 Aklagaren v. Hans Akerberg Fransson.», *ECLR*, 9, 2, pp. 315-334.
- FREITAS DA ROCHA, Joaquim
- *Constituição, ordenamento e conflitos normativos*, Coimbra Editora, 2008.

FROWEIN, Jochen A.

- «Solange II, (BVerfG 73, 339) Constitutional complaint firma W», *CMLR*, 25, n. 1, 1988, pp. 201-206.

FROWEIN, Jochen A., SCHULHOFER, Stephen and SHAPIRO, Martin

- «The protection of fundamental human rights as a vehicle of integration», in CAPPELLETTI, SECCOMBE and WEILER (eds), *Integration Throug Law. Methods. Tools and Institutions*, vol. 1, Book 3, Berlim, Walter de Gruyter, 1986, pp. 232-248.

GAJA, Giorgio

- Identifying the status of general principles in the European Community Law», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Diritto dell'Unione Europea*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 445-457.
- «Les discriminations à rebours: un revirement souhaitable.», in *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, Bruylant, 1999, pp. 1000 ss.
- «New instruments and institutions for enhancing the protection of human rights in Europe ?», in ALSTON, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, University Press, 1999, pp. 781-800.

GAMBINO, Silvio

- *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, Giuffrè Editore, 2009.

GARCIA ENTERRIA, E.

- «Les droits fondamentaux et la révision du Traité sur l'Union Européenne», *CDE*, n.°5-6, 1996, pp.607-612.

GARCIA ROCA, Javier

- «Originário y derivado en el contenido de la Carta», *REP*, 119, 2003, pp. 184-185.

GARCIA ROCA, Javier y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. (coords.)

- *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

GAUDIN, Hélène

- «Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire», *RAE*, 2004, 1, pp. 7-20.

GAUTRON, Jean-Claude

- «Un ordre juridique autonome et hiérarchisé», in Joël RIDEAU (dir.), *De la Communauté de Droit à l'Union de Droit. Continuités et avatars européens*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp.25-64.

GERVEN, W. Van

- «Of rights, remedies and procedures», *CMLR*, 2000, n. 37, pp. 501-536.
- «Comparative law in a texture of communitarization of national laws and europeanization of community law», in O'KEEFFE, David (ed.), *Judicial review in European Union Law. Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. 1, London-Boston, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 435-447.

GESTEL, Rob van and MICKLITZ, Hans-W.

- «European integration through standardization: How judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies», *CMLR*, 2013, 50, 1, pp.145-181.

GIANFRANCESCO, Eduardo

- «Some considerations on the juridical value of the Charter of fundamental rights before and after the Lisbon Treaty», in *Forum di Quaderni Costituzionali*, p. 9, http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0140_gianfrancesco.pdf.

GLÓRIA GARCIA, Maria

- «La protection juridictionnelle: les droits de l’homme en Europe: juges nationaux et juges européens», *REDP*, 2001, v. 13, n. 1, pp. 727-739.

GOLDSMITH, Q.C. Lord

- «A Charter of Rights, Freedoms and Principles», *CMLR* 38, 2001, 1201-1216.

GOLSONG, Heribert

- «The European Court of human rights and the national law-maker: some general reflections», in MATSCHER, Franz/PETZOLD, Herbert (eds), *Protecting human rights: The European dimension. Studies in honour of Gérard Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1990.

GOMES CANOTILHO, J. J.

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 8.^a ed., Almedina, 2012.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luís

- «El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión e de reunión: la sentencia “Schmidberger”», *GJUEC*, 227, 2003, pp.61-76.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel

- «O Parecer n.º 2/94, de 28.03.1996 e a competência da Comunidade Europeia para aderir à Convenção Europeia dos Direitos do Homem», *Temas de Integração*, 1998, v. 3, n. 6, pp. 169-175.

GOUCHA SOARES, António

- *Repartição de competências e preempção no Direito Comunitário*, Lisboa, Ed. Cosmos, 1996.
- «Os princípios gerais de direito na ordem jurídica comunitária», in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, v.I, Almedina, 2002.
- *A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. A protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra Editora, 2002.

GREENWOOD, Justin

- *Interest Representation in the European Union*, Palgrave Macmillan, 2nd ed., 2007.

GRILLER, Stefan and ZILLER, Jacques (Eds.)

- *The Lisbon Treaty. EU constitutionalism without a Constitutional Treaty*, Springer, 2008.

GRIMM, Dieter

- «Constitutional issues in Substantive Law» in PERNICE, I et al. (eds) *The future of the European judicial system in a comparative perspective: 6th International ECLN-Colloquium/IACL round table*, Berlin, 2-4 November 2005, 2006, pp.277-281.

- GROUSSOT, Xavier
- *General principles of community law*, Europa Law, 2006.
- GROUSSOT, Xavier, PECH, Laurent and PETURSSON, G.
- The Scope of Application of Fundamental Rights on Member States' Action : In Search of Certainty in EU Adjudication, *Eric Stein Working Paper n.º 1/2011*: <http://www.ericsteinpapers.eu>
- GROUSSOT, Xavier, PECH, Laurent
- «Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty», *Foundation Robert Schuman/European issue*, 2010, 173.
- GRUNDMANN, Stefan (Ed.)
- *Constitutional values and European Contract Law*, Kluwer, 2008
- GSCHWANDTNER, Susanne et al.
- «The impact of the Internal Market on Private Law of Member Countries», *EUI Working Paper Law*, 2009/22
- GUÉGUEN, Daniel
- *European lobbying*, John Harper Publishing, 3rd. ed., 2008.
- GUERRA MARTINS, Ana Maria
- *Estudos de Direito Público*, v.I, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 13-200, 285-305.
 - «O Tribunal de Justiça como garante da Constituição Europeia», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Armando Marques Guedes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Coimbra Ed., 2004, pp.
 - *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004.
 - «The Treaty of Lisbon: After another step towards a European Constitution?», in *Ceci n'est pas a constitution - Constitutionnalisation without a constitution 2008*, 70.
- HAAS, Ernst
- *The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces, 1950-1957*, Stanford, Stanford University Press, 1958
 - *Beyond the Nation-State. Functionalism and International Organization*, Stanford University Press, 1964.
- HABERLE, Peter
- «? Existe un espacio público europeo ¿», *RDCE*, a. 2, n. 3, 1998, pp. 113-136.
- HABERMAS, JÜRGEN
- *Um ensaio sobre a Constituição da Europa*, Ed. 70, 2012.
- HAGER, Johannes
- «Fundamental rights in national (namely German) Contract Law», in Stefan GRUNDMANN (eds), *Constitutional values and European Contract Law*, 2008, pp. 22-34.
- HALL, Stephen
- «Loss of Union citizenship in breach of fundamental rights», *ELR*, 1996, 21, pp. 129-143.
- HART, Herbert Lionel Adolphus

- *O conceito de Direito* (trad. A. Ribeiro Mendes), Fundação Calouste Gulbenkian, p. 51.
- HARTKAMP, Arthur S.
- «Fundamental rights, fundamental freedoms and Contract Law», in Stefan GRUNDMANN, *Constitutional values and European Contract Law*, 2008, pp. 97-105.
- HARTLEY, Trevor C.
- «Federalism and legal systems: the emerging Constitution of European Community», *AJCL*, 1986, v. 34, n. 2, pp. 229-247.
- HESSELINK, Martijn W.
- «The horizontal effect of social rights in European contract Law», *EDP*, 1, 2003, pp. 1-18.
- HILSON, Chris and DOWNES, Tony
- «Making sense of rights: Community rights in E. C. Law», *ELR*, 1999, v. 24, n.2, pp. 121-138.
- HOMERO
- *Íliada*, Canto XVIII, In **Infopédia** [Em linha]. Porto Editora, 2003-2013.
- HOOGHE, Liesbet (ed.)
- *Cohesion Policy and European Integration: Building Multi-level Governance*, OUP, 1996.
- HOOGHE, Liesbet and MARKS, Gary
- *Multi-level Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield Pub., 2001
 - «European Union?», *West European Politics*, 31, 1-2, 2008, pp. 108-129.
- HOUSE OF LORDS – European Union Committee
- The Treaty of Lisbon: an assessment, vol. I, *10th Report of Session 2007/08*, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldselect/ldecom/62/62.pdf>
- IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara
- «The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights», *CMLR*, 49, 2012, pp. 1565-1612.
- JACHTENFUCHS, Markus
- «Theoretical Perspectives on European Governance», *ELR*, 1, 2, 1995, pp.115-133.
- JACOBS, Antoine
- «The Fences Surrounding the Charter of Fundamental Rights in the New European Constitution», in RYLAND, D. (ed.), *An era of Human Rights, essays in Honour of Jo Carby-Hall*, 2006, pp.341-360.
- JACOBS, Francis G.
- «The protection of human rights in the Member States of the European Community. The impact of the Case Law of the Court of Justice, in O'REILLY, James (ed.), *Human rights and Constitutional Law. Essays in honour of Brian Walsh*, Ireland, Hall Press, 1992, pp. 243-250.
 - «Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice», *ELR*, 2001, n.26, pp. 331-341.
 - «*Wachauf* and the Protection of Fundamental Rights in EC Law», in POIARES MADURO, Miguel, et al. (Eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU*

Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty, Hart Pub., 2010, pp. 133-139.

JACQUÉ, Jean-Paul

- «La protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dialogue entre le juge et le «constituant », *L'actualité Juridique. Droit Administratif*, n. ° 6, 2002, pp. 476-480.
- «Back to Philadelphia », *RMCUE*, n. ° 463, 2002, pp. 661-669.
- «La protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dialogue entre le juge et le «constituant », *L'actualité Juridique. Droit Administratif*, n. ° 6, 2002, pp. 476-480.

JAECKEL, Liv

- «The duty to protect fundamental rights in the European Community», *ELR*, 28, 2003, pp. 508-527.

JOERGES, Christian and NEYER, Jürgen

- «From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalization of Comitologie», *ELJ*, 3, 1997, pp. 273-299
- «"Deliberative Supranationalism" Revisited», *EUI Working Paper LAW* n.° 2006/20 (<http://cadmus.eui.eu/dspace/handle/1814/3>).

JYRÄNKI, Antero

- «Fundamental rights and Community Law: concern for the right of man or power game of institutions», *TLJ*, vol. 3, n.° 1, 2001, pp. 59-70.

KAILA, Heidi

- «The scope of application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States», in ROSAS, Allan, CARDONNEL, Pascal and WAHL, Nils (ed.), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart Pub., 2012, pp. 291-315).

KAKOURIS, Constantinos N.

- «La relation de la ordre juridique communautaire avec les ordre juridiques des États membres (quelques réflexions parfois peu conformistes)», in CAPORTI, F. et EHLERMANN, C-D. et al. (eds), *Du Droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987.

KEELING, David T.

- «In praise of judicial activism. But what does it mean? And has the European Court of Justice ever practised it? », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Diritto dell'Unione Europea.*, vol. II, Giuffrè, 1998, pp. 505-536.

KELLY, Genevieve

- «Public policy and general interest exceptions in the jurisprudence of the European Court of Justice: towards a 'european conception of values and fundamental rights? », *ERPriv.L*, 1996, n. 4, pp. 17-40.

KERCHOVE, Gilles de

- «Le point de vue d'acteurs de la Convention», in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2002, pp.215-216.
- «L'initiative de la Charte et le processus de son élaboration», in CARLIER, Jean-Yves et SCHUTTER, Oliver (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2002, pp. 29 ss.

KINGREEN, Thorsten

- «Fundamental Freedoms» in BOGDANDY, Armin and Bast, Jürgen (eds), *Principles of European Constitutional Law*, pp. 545.

KNOOK, A.

- The Court, the Charter, and the Vertical Division of Powers in the European Union, *CMLR*, 2005, 42, pp. 367-398.

KOCHENOV, Dimitry

- «A real European citizenship: a new jurisdiction test: a novel charter in the development of the Union in Europe», *Columbia Journal of European Law*, 2011, 18, pp.55-109.
- «Von Bogdandy's 'Reverse Solange': Some Criticism of an Important Proposal», *Working Paper*, 4/2012, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2034444>.

KON, Stephen D.

- «Aspects of reverse discrimination in Community Law», *ELR*, 1981, 6, n. 2, pp. 75-101.

KOKOT, Juliane and RÜTH, Alexandra

- «The European Convention and its draft Treaty establishing a constitution for Europe: appropriate answers to the Leaken questions?» *CMLR*, 2003, 40, 6, pp. 1315-1345.

KOKOT, Juliane and SOBOTTA, Christoph

- The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon. *EUI Wp*, 2010/6, p. 14.

KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, Sophia

- «De Biarritz à Nice: le projet de Charte des Droits Fondamentaux est-il bien articulé avec le droit de l'Union?», *Gazette Européenne*, 31 oct. 2000, n. 25, pp. 18-23, 29.

KRENN, Christoph

- «A missing piece in the horizontal effect "jigsaw": Horizontal direct effect and the free movement of goods», *CMLR*, 2012, 49, pp. 177-216.

KRÜGER, Hans Christian and POLAKIEWICZ, Jörg

- «Propositions pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe. La Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *RUDH*, 2001, v.13, n.1-4, pp. 1-13.

KRZEMINSKA-VAMVAKA, Joanna

- «Horizontal effect of fundamental rights and freedoms – much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after *Viking Line*», *JMWP* 11/09, in <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/09/091101.html>

KÜHN, Zdenek

- «*Wachauf* and *ERT*: On the Road from the Centralised to the Decentralised System of Judicial Review», in POIARES MADURO, Miguel, et al. (Eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Pub., 2010, pp. 151-161

KÜHLING, Jürgen

- «Fundamental rights», in BOGDANDY, Armin and BAST, Jürgen (Ed.), *Principles of European constitutional law*, 2nd ed., Hart, 2011, pp 486.

KUMM, Mattias

- «*Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm*», in POIARES MADURO, Miguel, et al. (Eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Pub., 2010, pp. 106-118
- «Who is afraid of the total Constitution? Constitutional rights as principles and the constitutionalization of Private Law», *German Law Journal*, 7, 4, pp. 341-369.

KVJATKOVSKI, Vanda, «What is an ‘emanation of the State’? An educated guess», *EPL*, 3, 1997, 329-338.

KYRIAKOU, Tania

- «The impact of the EU Charter of Fundamental Rights on the EU system of protection of rights: much ado about nothing? », *WebJCLI*, 2001, 5, <http://webjcli.ncl.ac.uk/admin/wjclidex.html>.

LADEUR, KARL-HEINZ

- «The Theory of Autopoiesis as na Approach to a Better Understanding of Postmodern Law», *EUI WP*, 1999, p. 38-39.
- «Towards a Legal Theory of Supranationality. The Viability of the Network Concept», *ELJ*, 3, 1, 1997, pp. 33-54.
- «European Law as Transnational Law. Europe Has to be Conceived as an Heterarchical Network and Not as a Superstate!», *GLJ*, v. 10, n° 10, 2009, pp. 1358-1365.
- «Globalisation and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks. Can Democracy Survive to End of the Nation State?», *EUI Working Paper LAW n.° 2003/4* (<http://cadmus.eui.eu/dspace/handle/1814/3>)
- «We, the European People... – Relâche?», *European Law Journal*, v.14, n.2, 2008, pp. 147 ss.

LANG, John Temple

- «The sphere in which Member States are obliged to comply with the general principles of law and community fundamental rights principles», *LIEI*, 1991, 23, pp. 23-35.
- «The duties of national Courts under Community Constitutional Law», *ELR*, 1997, v. 22, n.1, pp. 3-18.

LARSSSEN, Laurence Burgorgue, LEVADE, Anna et PICOD, Fabrice

- *Traité établissant une Constitution pour L’ Europe*, Bruylant, 2005.

LAVRANOS, Nikos

- «The ECJ’s Judgements in Melloni and Åkerberg Fransson: Une ménage à trois difficulté», *ELRep.*, 2013, 4, pp. 133-141.

LECZYKIEWICZ, Dorota

- «Horizontal effect of fundamental rights: in search of social justice or private autonomy in EU Law?», Oxford University, Legal research paper series n.° 38/2013, in <http://www.ssrn.com/abstract=2257818> (a publicar in: U. BERNITZ et al., *General Principles of EU Law and Private Law*, Kluwer, 2014).

LECZYKIEWICZ, Dorota and WEATHERILL, Stephen (eds)

- *The involvement of EU Law in Private Law relationships*, Hart, 2013.

LEIBLE, Stefan

- «Fundamental freedoms and European Contract Law», in Stefan GRUNDMANN, *Constitutional values and European Contract Law*, 2008, pp.63-84.

LENAERTS, Koen

- «Fundamental rights to be included in a Community Catalogue», *ELR*, 1991, v. 16, n. 5, pp. 367-390.
- *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique Européen*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- «The legal protection of private parties under the EC Treaty: a coherent and complete system of judicial review? », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Diritto dell' UE*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 591-623.
- «Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union Européenne», in DONY, Marianne (coord.), *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*, v. 1, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- «Fundamental rights in the European Union», *ELR*, 2000, v. 25, n. 6, pp. 575-600.
- «Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights», *ECLR*, 8, 3, 2012, pp. 375-403.

LENAERTS, Koen and SMIJTER, Eddy

- «A “Bill of rights” for the European Union», *CMLR*, 2001, n.38, pp. 273-300.

LENAERTS, Koen, and GUTIÉRREZ-FONS, José

- «The constitutional allocation of powers and general principles of EU Law», *CMLR*, 47, pp. 1629-1669, 2010.

LIISBERG, Jonas Bering

- «Does EU Charter of Fundamental Rights threaten the Supremacy of Community Law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot? », *CMLR*, 2001, n. 38, pp. 1171-1199 (*Jean Monnet Working Paper* n. 4/01, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html>).

LIMBACH, Jutta

- «Inter-jurisdictional cooperation within the future scheme of protection of fundamental rights in Europe : a contribution to the redefinition of the relationship between the German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht), the Court of Justice of the European Communities and the European Court of Human Rights», *RUDH*, 2000, v. 12, n.10-12, pp. 333-337.

LINDFELT, Mats

- *Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the land?* ABO, 2007.

LOUIS, Jean-Victor

- *A Ordem Jurídica Comunitária*, Luxemburgo, Comissão Europeia, 1981.
- «Droit communautaire et loi postérieure: un revirement de la Cour constitutionnelle italienne», *CDE*, 1986, pp. 194-202.

LUCAS PIRES, Francisco

- *Introdução ao Direito constitucional europeu*, 1997.

LUHMAN, Niklas

- *Sistemas sociales. Lineamentos para uma teoria general*, Anthropos, 1998.

LYTVYNYUK, Anna

- «Constitutionalisation of Private Law in Europe», in ŠišKová, N. (Ed.), *The process of constitutionalisation of EU and related issues*, Groningen, Europa Law, 2008, pp. 173-189.

MAGANARIS, Emmanuel

- «The application of Community Human rights to Member State action. Some speculations on the possibility of “incorporation”», *REDP*, 2000, v. 12, n. 1, pp. 111-131.

MAJONE, Giandomenico

- *Dilemmas of European Integration*, OUP, 2009.

MAK, Chantal

- *Fundamental rights in European Contract Law*, Netherlands, Kluwer, 2008.
- «Harmonising Effects of Fundamental Rights in European Contract Law», *ErasmusLR*, 2007, 1, 1, pp. 59-79.
- «Unchart(er)ed Territory: EU Fundamental Rights and National Private Law», *Amsterdam Law School Research Paper*, 1, 2013.

MANCINI, G. Frederico

- «The making a Constitution for Europe», *CMLR*, 1989, n. 26, pp. 595-614.
- «Attivismo e Autocontrollo nella Giurisprudenza della Corte di Giustizia», *RDE*, 1990, n. 2, pp. 229-240.
- *Democracy and constitutionalism in the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 243-255.

MANCINI, G. Frederico and KEELING, David T.

- «From CILFIT to ERT: the constitutional challenge facing the European Court», *YBEL*, 1991, v. 11, pp. 1-13.

MANGAS MARTÍN, Araceli (dir.)

- *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008.

MARCOUX, Laurent Jr.

- «Le concept de droits fondamentaux dans le Droit de la Communauté Économique Européenne», *RIDC*, n. 4, Out-Dez., 1983.

MARKS, Gary, HOOGHE Liesbet and BLANK, K.

- «European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-level Governance», *JCMS*, 34, 3, 1996, pp. 341-378.

MARTINICO, Giuseppe and POLLICINO, Oreste

- *The Interaction between Europe’s Legal Systems*, Edward Elgar Publishing Limited, 2012.

MATSCHER, F.

- «La protection judiciaire des droits de l’homme au niveaux national et international», in F. CARPI e Chiarca G. ORLANDI (ed.), *Judicial protection of human rights at the national and international level*, v.I, Giueffrè, 1991, p. 33.

MATURANA, Humberto et al. (Eds)

- *Autopoiesis and cognition: the realization of the living*, Reidel, 1980.

MAYER, Franz C.

- «La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne», *RTDE*, 2003, 39, n. 2, pp.175-196.
- MEDEIROS, Rui
- *A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a CEDH e o Estado Português*, AAFDL, Lisboa, 2001
- MENÉNDEZ, José Agustín
- «Chartering Europe: The Charter of Fundamental Rights of the European Union», *ARENA Working Papers*, n. 01/13, http://www.arena.uio.no/publications/wp01_13.htm.
 - «The European Democratic Challenge: The Forging of a Supranational *Volonté Générale*», *ELJ*, 15, 3, 2009, pp. 277-308
- MICKLITZ, Hans-W. et al. (Eds)
- *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Intersentia Pub., 2012.
- MIRANDA, Jorge
- «Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia», *RFDUL*, 2000, v. 41, n. 1, p. 17-21.
- MODERNE, Franck - «La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats Membres de l'Union Européenne», in Frédéric SUDRE et al., *Realité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, 2000, Bruylant, Bruxelles, pp. 35-84.
- MOL, Mirjam de
- «The novel approach of the CJEU on the horizontal direct effect of the EU principle of non-discrimination: (unbridled) expansionism of EU law?», *Maastricht Journal*, 18, 1-2, 2011, pp. 109-135.
 - «Küçükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law: Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) Judgment of 19 January 2010, Case C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*», *ECLR*, 6, 2, pp 293 – 308.
- MÖLLERS, Cristophe
- «European Governance. Meaning and Value of a Concept», *CMLR*, 43, 2, 2006, pp. 313-336.
- MORAVCSIK, Andrew
- «Preferences and Power in the European Community. A Liberal Intergovernmentalist Approach», *JCMS*, 1993.
- MOREIRA, Vital
- «A “constitucionalização” dos direitos fundamentais na União Europeia (UE)», *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra Editora, 2003. p. 697-735.
- MORIJN, John
- «Judicial reference to the EU Fundamental Rights Charter. First experiences and possible prospects», Centro de Direitos Humanos, *Ius Gentium Conimbrigae*, 2002, http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/john_morijn.pdf (6-6-2010).
- MOURA RAMOS, Rui Manuel

- «Maastricht e os direitos do cidadão europeu», in *A União Europeia*, Coimbra, Coimbra Ed., 1994, pp. 93-129.
- *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, Coimbra, Coimbra Ed., 1999.
- «A Carta de direitos fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, *Stvdia Iuridica* 61, *BFDC*, Coimbra Ed., 2001, pp. 963 ss.
- «Os Tribunais Constitucionais perante a nova Constituição Europeia (incluindo a Carta dos direitos Fundamentais) e a sua futura articulação com o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (e com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. a revisão dos Tratados da União Europeia e das comunidades Europeias e a posição futura dos Tribunais constitucionais dos Estados-membros. Contributo para uma discussão», Conferencias tripartidas Portugal, Espanha e Itália, p. 1 (texto publicado na página oficial do TC na *Internet*: <http://www.Tribunalconstitucional.pt/tc/textos020202.html>).
- «A cidadania da União Europeia», in RIBEIRO, Maria Manuela Tavares (coord.), *Ideias de Europa: que fronteiras?*, Quarteto, Coimbra, 2004, pp. 53 ss.
- «Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas», *Das Comunidades à União Europeia*, Coimbra Ed., 2009, p. 219.

MUIR, Elise

- «The Court of Justice in the novel system for the protection of fundamental rights in the EU», *MFLWP*, 2012-5, p. 8: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2025883> (2012-10-09)

NASCIMBENE, Bruno

- «Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte di Giustizia nel Trattato di Amsterdam», in - *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell' U.E.*, Milano, Dott., Giuffrè Ed., 1998, pp. 684-694.

NUGENT, Neill

- *The government and politics of the European Union*, 4th ed., Macmillan, 1999.

O'KEEFFE, David

- «Is the spirit of article 177 under attack? Preliminary references and admissibility», *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Diritto dell' UE*, vol. II, Giuffrè, 1998, pp. 695-729.

O'LEARY, Siofra

- «The relationship between Community citizenship and the protection of fundamental rights in Community Law», *CMLR*, 1995, n. 32, pp. 519-554.

OLIVER, Peter

- «Fundamental rights in European Union Law after the Treaty of Amsterdam», in O'KEEFFE, David (ed.), *Judicial review in European Union Law. Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. 1, London-Boston, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 319-342.

PAPADOPOULOS, Thomas

- «Criticizing the horizontal direct effect of the EU general principle of equality», *EHRLR*, v. 4, 2011, pp. 437-447.

PATRONO, Mario

- *I diritti dell'uomo nel paese d'Europa. Conquiste e nuove minacce nel passaggio da un millenio all'altro*, Padova, Cedam, 2000, pp. 173-203.

PAYANDEH, Mehrdad,

- «Constitutional Review of EU Law After HONEYWELL: Contextualizing the Relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice», *CMLR*, 2011, 48, pp.9-38.

PECH, Laurent

- «Between judicial minimalism and avoidance: the Court of Justice's sidestepping of fundamental constitutional issues in *Römer* and *Dominguez*», *CMLR*, 2012, 49, pp. 1841-1880

PEERS, Steve

- «The 'opt-out' and the Polish Protocol concerning the UE Charter of Fundamental Rights», *HRLR*, 2012, 12, 2, pp. 375-389.
- «The EU Charter of rights and the right to equality», *ERA Forum*, 2011, 11, pp. 571-584.

PERNICE, Ingolf

- «The Charter of Fundamental Rights in the Constitution of the European Union», Research Institute for European Affairs, <http://www.whi-berlin.de/pernice-fundamental-rights.htm>.
- «Does Europe need a Constitution? Achievements and challenges after Lisbon», in ARNULL, Anthony, BARNARD, Catherine, DOUGAN, Michael and SPAVENTA, Eleanor. *A Constitutional order of States? Essays in honour of Alan Dashwood*, Hart Pub., 2010, pp. 75 ss.
- «The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action», *Columbia Journal of European Law*, 15, n. 3, 2009, p. 349-407
- «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam. European Constitution-making Revisited?», *CMLR*, 1999, 36, pp. 703-750.
- «Multilevel constitutionalism in the European Union», *ELR*, 27, 4, 2002, pp. 511-529.
- «Multilevel Constitutionalism and the Delimitation of Competences – Lessons from the United States for the EU?», in HALBERSTAM, D. and MADURO, Miguel (Eds.), *The Constitutional Challenge in Europe and America. People, Power, and Politics*, Cambridge University Press.
- «The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights», in GRILLER, S. and ZILLER, J. (Eds.), *The Lisbon treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Springer, 2008, pp. 244.

PERNICE, Ingolf et TANCHEV, Evgeni (Dir.)

- *Ceci n'est pas une Constitution. Constitutionalisation without a Constitution?*, Nomos Verlag, 2008.

PERNICE, Ingolf, Kokott, Juliane and Saunders, Cheryl (eds)

- The future of the European judicial system in a comparative perspective: 6th International ECLN-Colloquium/IACL round table, Berlin, 2-4 November 2005, Nomos Verlag, 2006.

PERNICE, Ingolf and KANITZ, Ralf

- «Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe», *WHI – Paper 7/04*, 2004.

PESCATORE, Pierre

- «La Cour de Justice des Communautés Européennes et la Convention Européenne des droits de l'homme», in MATSCHER, Franz and PETZOLD, Herbert (eds), *Protecting*

human rights: The European dimension. Studies in honour of Gérard Wiarda, Verlag KG, Köln, 1990.

- «La coopération entre la cour communautaire, les juridictions nationales et la cour européenne des droits de l’homme dans la protection des droits fondamentaux. En quête sur un problème virtuel», *RMCUE*, n. 466, 2003, pp.151-159.

PETERS, Guy and PIERRE, Jon

- «Multi-level Governance and Democracy: A Faustian Bargain?, in BACHE, Ian and FLINDES, Mathew (Eds.), *Multi-Level Governance*, OUP, 2004, p. 75-90.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich

- «Time for integrating human rights into the law of worldwide organizations. Lessons from European integration law for global integration law, *Jean Monnet Working Paper* n. 07/01, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html>.

PLANTON, Sébastien

- «La Chart des droites fondamentaux et la “mise en oeuvre” nationale du droit de l’ Union: précisions de la Cour de justice sur le champ d’application de la Charte.», *RDLF*, <http://rdlf.upmf-grenoble.fr> Chronique 11, 2013.

PHELAN, Rossa

- «Right to life of the unborn v. promotion of trade in services: the ECJ and the normative shaping of the EU», *MLR*, 1992, p. 673.

PICOD, Fabrice

- «Les sources», F. SUDRE et al., *Realité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, 2000, Bruylant, Bruxelles, pp.125-185.

PIÇARRA, Nuno

- «A competência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para fiscalizar a compatibilidade do Direito nacional com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Um estudo de Direito constitucional», in *AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora – 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Ed., 1998, pp. 1393-1440.

PICKUP, David M. W.

- «Reverse discrimination and freedom of movement for workers», *CMLR*, 23/01, 1986, pp. 135-156.

PINELLI, Cesare

- «Judicial Protection of Human Rights and the Limits of a Judge-Made System», in J. Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. III, Coimbra, Coimbra Ed., 1998, pp. 263-290.

Pi LLORENS, Montserrat

- *Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Comunitario*, Ariel Derecho, 1999.
- «El Ámbito de Aplicación de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del TJCE: Balance e Perspectivas», in NATIVIDAD FERNANDÉZ, Sola (coord.) *UE e Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, 2004, pp. 127-151.

PINTO MONTEIRO, António, NUENER, Jörg e SARLET, Wolfgang (Org.)

- *Direitos fundamentais e Direito privado. Uma perspectiva de Direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2007.

POIARES MADURO, Miguel

- *We, the Court: the European Court of Justice and the European economic constitution: a critical reading of article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 1998.
- «Europe and the Constitution: What if this is goods as it gets? », in J.H.H.WEILER (eds.), *Rethinking European Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2000.
- «The scope of European remedies: the case of purely internal situations and reverse discrimination», in KILPERTRICK, NOVITZ and SKIDMORE, *The future of remedies in Europe*, Hart Publishing, 2000, pp. 117-140.

POIARES MADURO, Miguel, AZOULAI, Loïc (Eds.)

- *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Pub., 2010.

POPELIER, Patricia, VAN DE HEYNING, Catherine and VAN NUFFEL, Piet (eds)

- *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersentia, 2011.

PRECHAL, Sacha

- «Competence Creep and General Principles of Law», *REAL*, 3, 1, pp. 5-22.

PRECHAL, Sacha et MARGUERY, Tony

- «La mise en œuvre des décisions-cadres: une leçon pour les futures directives pénales?» in J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, 2009, pp. 225-251.

PRECHAL, Sacha, VRIES, Sybe and EIJKEN, Hanneke

- «The principle of attributed powers and the 'scope of EU law'», in BESSELINK, Leonard, PENNING, Frans and PRECHAL, Sacha (ed.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer, 2011, pp. 214-247.

PREUSS, Ulrich K.

- «The Constitution of a European Democracy and the role of the Nation State», *Ratio Juris*, 12, 4, 1999.

PRIBAN, Jiri

- «The Self-Referential European Polity, its Legal Context and Systemic Differentiation: Theoretical Reflections on the Emergence of the EU's Political and Legal Autopoiesis», *ELJ*, 2009, 15, 4, pp. 442-461.

REBELO DE SOUSA, Marcelo

- «A Transposição das Directivas Comunitárias na Ordem Jurídica Portuguesa», in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia* (Studia Iuridica, 38), 1999, p. 65-81.

RISSE-KAPPEN, Thomas

- «Exploring the Nature of the Beast: International Relations Theory and Comparative Policy Analysis Meet the European Union», *JCMS*, 34, 1, 1996, pp. 53-80.
- «Social Constructivism and European Integration», in WIENER, Antje / DIEZ, Thomas (eds.), *European Integration Theory*, OUP, 2nd ed., 2009, pp. 144-162.

REH, Christine

- «The Lisbon Treaty: de-Constitutionalizing the European Union?», *JCMS*, 2009, 47, 3, p. 644-647.

REICH, Norbert

- «A European constitution for citizens: reflections on the rethinking of Union and Community Law», *ELR*, 1997, v. 3, n. 2, pp. 131-164.
- «On national courts, European Law and Constitutions: dialogue and conflict», *ELJ*, 1999, v. 5, n. 2, pp. 154-159.

RIDEAU, Joel

- «Le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Techniques de protection», *RIDC*, 1981, n. 2, pp. 583-599.
- *De la Communauté de Droit à l'Union de Droit. Continuités et avatars européens*, Paris, L.G.D.J., 2000.
- «Les limites de la protection juridictionnelle des droits de l'homme», in F. SUDRE et al., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, pp. 397-427.

RIDEAU, Joel (dir.)

- *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruylant, 2009.

RIQUITO, Luísa A.

- «O conteúdo da CDFUE», in AAVV, *Carta de Direitos...*, cit., pp. 59-74.

RIZZO, Alfredo

- «L'Unione europea e la Carta dei diritti fondamentali un rapporto ancora da definire», *La Comunità Internazionale*, 2001, v. LVI, n. 1, pp. 103-128.

RODRIGUES, Maria João

- «The Open Method Of Coordination As A New Governance Tool», in M. TELÒ (ed.), *L'evoluzione della governance europea*, special issue of Europa/Europe, n.2-3, 2001, pp. 96-107 (paper on line: <http://eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/rodrigues.pdf> e S. KRÖGER (ed.),).

RODRÍGUEZ, Ángel

- *Integración y derechos fundamentales*, Civitas, 2001.

RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil e WÓIKER, Ulrich

- «Derecho Comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad», *RIE*, 1987, p. 667-681.

ROSAS, Allan

- «The European Union and International Human Rights instruments», in V. KRONENBERGER (ed.), *The EU and the International Legal order: discord or harmony*, Asser Press, 2001, pp. 53-67.
- «When is the EU Charter of Union Rights applicable at national level?», *Jurisprudence*, 19, 4, 2012, pp. 1269-1288
- «The European Union and International Human Rights Instruments», in Vicent KRONENBERGER (ed.), *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, p. 56-57.

ROSSI, Lucia Serena

- «"Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux», *RTDE*, 38, n.1, 2002, pp. 27-52.

RUBIO LLORENTE, Francisco

- «Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)», *REDC*, a. 22, n. 64, 2002, pp.13-52.

- «Divide et obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los derechos», *REDC*, 2003, a. 23, n. 67, pp. 49-67.
- RUGGERI, A. - «“Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione», *DPCE*, 1, 2003, pp. 102-120.
- ŠADL, Urška
- «Case – Case Law: Ruiz Zambrano as an illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs Its Legal Arguments», *ECLR*, 2013, 9, pp. 205-229.
- SALVIA, Michele de
- *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell’uomo*, Padova, Cedam, 1991.
- SABEL, Charles and ZEITLIN, Jonathan
- «Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU», *ELJ*, v. 14, n° 3, 2008, pp. 271-327
- SAFJAN, Marek
- «Areas of application of the charter of fundamental rights of the European Union: Fields of conflict?», *EUI Working Paper*, 2012, 22.
- SAJÓ, A. and UITZ, R. (eds.)
- *The constitution in Private Law Relationships*, Eleven, 2005.
- SALINAS de FRÍAS, Ana
- *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Editorial Comares, 2000.
- SANTOS GONÇALVES, M. Natália
- “*Civis europeus sum*”? *A vinculação dos Estados Membros às exigências que decorrem da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária*, Tese de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005 (não publicada).
- SARMIENTO, Daniel
- «Reinforcing (domestic) constitutional protection of primacy of EU Law», *CMLR*, 2013, 50, pp.875-892.
- SCHMAUCH, Magnus
- «The Preliminary Ruling Procedure and the Right to a fair Trial – Strasbourg Demands Reasoned Decisions from National Courts when They Refuse to Refer a Case to the ECJ», *ELRep*, 2011, 12, pp.362-367.
- SCHEPEL, Harm
- «Case C-171/11 *Fra.bo SpA v Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches*», *ECL*, 2013, 9, 2, pp. 186-192.
 - «Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law», *ELJ*, 2012, 18, pp. 187.
- SCHERMERS, Henri G.
- «The European Communities bound by fundamental rights», *CMLR*, 1990, n. 27, pp. 249-258.

- «TEDH: Matthews v. UK (julg. 18-02-1999), *CMLR*, 1999, n. 36, pp. 673-681.
- SCHGUNER, Ulrich
- «Fundamental Rights in European Community Law and in national constitutional Law», *CMLR*, 1975, 2, pp. 171-191.
- SCHIEK, Dagmar
- «Fundamental rights jurisprudence between Member-States' prerogatives' and citizens' autonomy», in MICKLITZ, Hans-W. [et al.] (Ed.), *The European Court of Justice and the autonomy of the Member-States*, Cambridge, Intersentia, 2012.
- SCHMID, Christoph U.
- «The neglected conciliation approach to the “final arbiter” conflict: a critical comment on Kumm, “Who is the final arbiter of constitutionality in Europe”, in this review», *CMLR*, 1999, n. 36, pp. 509-514.
- SCHMITTER, Philippe
- «Neo-functionalism», in Antje WIENER, Antje and DIEZ, Thomas (Ed.), *European Integration Theory*, OUP, 2005, p. 69.
- SCHUTTER, Oliver de
- «The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the open method of coordination», *Jean Monnet Working Paper* n. 7/04, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html>.
- SCHÜTZE, Robert
- «On “Federal” Ground: The European Union as an (Inter)national Phenomenon», *CMLR*, 46, 2009, pp. 1089-1102.
 - *European Constitutional Law*, Cambridge, 2012.
- SCHWARZE, Jürgen
- «The role of the European Court of Justice shaping legal standards for administration action in the Member States. A comparative perspective», in O'KEEFFE, David (ed.), *Judicial review in European Union Law. Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. 1, London-Boston, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 447-464.
- SCIARRA, Silvana
- «Integration through courts: article 177 as a pre-federal device», in S. SCIARRA (ed.), *Labour Law in the Courts. National judges and the European Court of Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 1-30.
- SCOTT, Joane and TRUBEK, David
- «Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union», *ELJ*, v. 8, n° 1, 2002, pp. 1-18.
- SCUDIERO, Luigi
- «Comunità europea e diritti fondamentali: un rapporto ancora da definire?», *RDE*, 1996, n. 2, pp. 263-289.
- SEIFERT, Achim
- «L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé», *RTDE*, 48, 4, 2013, pp. 801-826

SENDEN, Linda

- *Soft Law in European Community Law*, Hart, 2004.

SHAW, Jo

- «Post National Constitutionalism in the European Union», in CHRISTIANSEN, Thomas, JØRGENSEN, Knud and WIENER, Antj (eds.), *The Social Construction of Europe*, SAGE Pub., 2001, pp. 66-83

SILVEIRA, Alessandra e Canotilho, Mariana

- *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*, Almedina, 2013.

SIMMA, B., Aschenbauer, J. and Schultze, C.

- «Human rights considerations in the development cooperation activities of the EC», in ALSTON, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, University Press, 1999.

SIMON, Denys

- «La Communauté de droit», in F. SUDRE e H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, pp.85-123.

SPAVENTA, Eleanor

- «The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law», in Arnall, Anthony, Barnard, Catherine, Dougan, Michael and Spaventa, Eleanor, *A Constitutional Order of States. Essays in Honour of Alan Dashwood*, Hart Pub., 2011, pp. 199-218.
- «Federalisation Versus Centralisation: Tensions in Fundamental Rights. Discourse in the EU», in DOUGAN, Michael and CURRIE, Samantha (eds.), *50 years of the European Treaties*, Oxford and Portland, 2009.
- «Remembrance of Principles Lost: On Fundamental Rights, the third Pillar and the Scope of Union Law», *YEL*, 2007, 25, pp.153-176.

SPIELMANN, Dean

- «Human rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: conflicts, inconsistencies and complementarities», in ALSTON, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, University Press, 1999, pp. 757-779.

SUDRE, Frédéric

- «Le renforcement de la protection des droits de l'Homme au sein de l'Union Européenne», in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de Droit à l'Union de Droit. Continuités et avatars européens*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 218-222.

SUDRE, Frédéric, QUELLIEN, S., RAMBION, N. and SLAVIEJO, C.

- *Droit Communautaire des Droits Fondamentaux (Recueil de décisions de la Cour de Justice des Communautés Européennes)*, vol. 26, Bruxelles, Bruylant, 1999.

SUDRE, Frédéric et LABAYLE, Henri (dir.)

- *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

SWEET, Alec Stone et CAPORASO, James A.

- «La Cour de Justice et l'intégration Européenne», *RFSP*, 1998, v. 48, n. 2, pp. 195-241

TEUBNER, Gunter

- «Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect? *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie*, 2011, 40, 3, pp. 191-215.

TINIÈRE, Romain

- *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2007.

TONER, Helen

- «Community law immigration rights, unmarried partnerships and the relationship between European Court of Human Rights jurisprudence and community law in the Court of Justice», *WebJCLI*, 2001, 5, <http://webjcli.ncl.ac.uk/admin/wjclidex.html>.
- «Comments on Mary Carpenter v. Secretary of State, 11 July 2002 (case C-60/00)», *EJML*, 5, 2003, pp. 163-172.

TONIATTI, Roberto (a cura di),

- *Diritto, Diritti, Giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2002.

TORRES PÉREZ, Aida

- *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, 2009.

TORRENS, Joan David J.

- «El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa», *RDCE*, 7, n. 14, 2003, pp. 305-320.

TOTH, A. G.

- «The European Union and Human Rights: The Way Forward», *CMLR*, 1997, n. 34, pp. 491-529.
- «The Charter of Fundamental Rights of the European Union», *Direito e Justiça*, v. XVI, 2002, tomo 1, pp.171-189.

TRIANATFYLLOU, Dimitris

- «The European Charter of Fundamental Rights and the “rule of Law”: restricting fundamental rights by reference», *CMLR*, 2002, n. 39, pp. 53-64.

TRIDIMAS, Takis

- *The general principles of EC Law*, Oxford University Press, 1999.
- «Enforcing community rights in national Courts: some recent developments, in O'KEEFFE, David (ed.), *Judicial review in European Union Law. Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, vol. 1, London-Boston, Kluwer Law International, The Hague, 2000.
- «Knocking on heaven's door: fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure», *CMLR*, 2003, 40, pp. 9-50.
- *The general principles of EU Law*, 2nd ed, Oxford, OUP, 2006.
- Primacy, Fundamental Rights and the Search for legitimacy», in POIARES MADURO, Miguel, et al. (Eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Pub., 2010, pp. 98-105.
- «Constitutional review of member state action: -The virtues and vices of an incomplete jurisdiction», *ICON*, 9, 3-4, pp.737-756.

TULKENS, Françoise

- «L’Union européenne devant la Cour européenne des droits de l’homme», *RUDH*, 2000, v. 12, n. 1-2, pp. 50-56.

TUORI, KAARLO

- «The many Constitutions of Europe», in TUORI, KAARLO and Sankariet, Suvi, *The many Constitutions of Europe*, Ashgate, 2010, pp. 3 ss.

TUSHNET, Mark V.

- «The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law», *IJCL*, 2003, 1, pp 79-98.

UERPMANN, Robert

- «International Law as an element of European Constitutional Law: International supplementary Constitutions», *Harvard Jean Monnet Working Paper* no. 9/03, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html>

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio

- *El Derecho comunitario y el legislador de los derechos fundamentales. Un estudio de la influencia comunitaria sobre la fundamentalidad de los derechos constitucionales*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 2001.

VAN DEN BRINK, Ton, GERBRANDY, Anna and VRIES, Sybe de (eds)

- *Balancing Fundamental Rights with the EU Treaty Freedoms : The European Court of justice as ‘tightrope’ walker*, The Hague, Eleven Int. Pub., 2011.

VALENTINO, Luigi

- «La tutela del conjuge, cittadino di uno Stato terzo, entra a far parte della “famiglia” dei diritti fondamentali», *DPCE*, IV, 2002, pp. 1656-1660.

VENEGAS GRAU, María

- *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

VENTURA, Catarina S.

- «Contexto e justificação da Carta, in AAVV, et al., *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, cit., pp.39-51.

VERHOEVEN, Maartje and Widdershoven, Rob

- «National legality and European obligations», in BESSELINK, PENNING, Frans and PRECHAL, Sacha (eds.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Kluwer, 2011, pp. 57-72.

VERMEULEN, B. P.

- «The issue of fundamental rights in the administrative application and enforcement of community law», in VERVAELE, John A. E. (ed.), *Administrative Law application and enforcement of Community Law in the Netherlands*, Deventer-Boston, Kluwer, 1994, pp. 39-79.

VERSCHRAEGEN, Gert

- «Hybrid Constitutionalism, Fundamental Rights and the State. A Response to Gunther Teubner, *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie*, 2011, 40, 3, pp. 216-229.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos

- Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009.
- *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2001.

VITORINO, António

- «Protecção constitucional e protecção internacional dos direitos do Homem: concorrência ou complementaridade?», Relatórios Portugueses das Conferencias dos Tribunais constitucionais Europeus, texto publicado na página oficial do TC na *Internet*: <http://www.Tribunalconstitucional.pt/tc/textos020105.html>.
- *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Lisboa, Principia, 2002.

VOßKUHLE, Andreas

- «Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts», *ECLR*, 2010, 6, pp.175-198.

VOS, Ellen

- «50 Years of European Integration, 45 Years of Comitology», *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, n. 3, 2009 (<http://ssrn.com/abstract=1345729>)

VOS, Ellen and OTT, Andrea (Eds)

- «Fifty Years of European Integration: Foundations and Perspectives», The Hague, Asser Press, 2009.

VRANES, Erich

- «The final clauses of the Charter of Fundamental Rights – Stumbling blocks for the first and second Convention», *European Integration online Papers (EIoP)*, v. 7, 7, 2003, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2003-007a.htm>.

VRIES, Sybe, BERNITZ, Ulf and Weatherill, Stephen (eds.)

- *The Protection of Fundamental Rights in the EU after Lisbon*, Hart, 2013.

VRIES, Sybe, GROUSSOT, Xavier and PETURSSON, Gunnar

- *Balancing Fundamental Rights with the EU Treaty Freedoms : The European Court of Justice as 'tightrope' walker*, Eleven, 2012.

WAELBROECK, Michel

- «La protection des droits fondamentaux à l' egard des Etats membres dans le cadre communautaire», in *Mélanges Fernand Dehousse. La Construction Européenne*, v. 2, Bruxelles, Labor, 1979, pp. 333-335.

WALKILA, Sonya

- «The use of the charter of fundamental rights of the European Union in –court adjudication – stronger rights for the Union citizens ?», *Europarättslig Tidskrift*, , Årg, 2012, 15,4, pp 619-634.

WARD, Angela

- Damages under the EU Charter of Fundamental Rights, *ERA Forum*, 2012, 12, pp. 589-611.

WEATHERILL, Stephen

- «The elusive character of private autonomy in EU law», in Dorota LECZYKIEWICZ, et al. (eds.), *The involvement of EU Law in Private Law relationships*, Oxford, Hart, 2013.

WEBER, Albrecht

- «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *REDC*, 2002, 22, n. 64, pp. 79-97.
- «The European charter of fundamental rights», *Europarättslig Tidskrift*, n. 1, 2000, 3, pp. 447-453.

WEILER, Joseph H. H.

- «The European Court at a crossroads: Community human rights and Member State Action, in CAPORTI, F. / EHLERMANN, C-D. et al. (eds), *Du Droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987.
- «Thou shalt not oppress a stranger: on the judicial protection of the human rights of non-EC nationals – a critique», *EJIL*, 1992, n. 3, pp- 65-91.
- «Journey to an unknown destination: a retrospective and prospective of the European Court of Justice in the arena of political integration», *JCMS*, 1993, v. 31, n.4, pp. 417-446.
- «The State “über alles”. Demos, telos and the German Maastricht Decision», *Harvard Jean Monnet Working Paper* n. 06/95, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html>.
- «“Taking Rights Seriously” Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part I», *CMLR*, 1995, n. 32, pp.51-94.
- «“Taking Rights Seriously” Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part II», *CMLR*, 1995, n. 32, pp. 579-627.
- «The Jurisprudence of Human Rights in the European Union. Integration and desintegration, Values and Processes», *Harvard Jean Monnet Working Paper* n. 02/96, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html>.
- «To be na European citizen», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Diritto dell' UE*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 1067-1099.
- *The Constitution of Europe. « Do the new clothes have an emperor? » and other essays on European Integration*, United Kingdom, Cambridge University Press, 1999.
- «A human rights policy for the European Community and Union: the question of competences», in ALSTON, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, University Press, 1999, pp. 147-165.
- «Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo», *QC*, a. XXII, n. 3, set., 2002, pp. 521-536.
- *The Constitution of Europe. “Do the New Clothes have an Emperor?” and other Essays on European Integration*, UK, Cambridge UP, 1999.
- «'Comitologie' as Revolution. Infranationalism, Constitutionalism and Democracy», in JOERGES, Christian and VOS, Ellen (eds.), *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Hart, 1999, pp. 339-350.
- «Methods of protection: towards a second and third generation of protection», in Antonio CASSESE, et al. (Eds.), *European Union – The Human Rights Challenge*, vol. II, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 571 ss

WERNICKE

- «Au nom de qui? The ECJ between Member States, civil society and Union citizens», *ELJ*, 13, 3, 2007, 380-407.

WESTLAKE, Martin

- «The European Union´s “Blind Watchmakers”: The Process of Constitutional Change», in WESTLAKE, Martin (ed.), *The European Union beyond Amsterdam: New Concepts of European Integration*, London, Routledge, 1998, pp. 16-33)

WIENER, Antje and DIEZ, Thomas

- *European Integration Theory*, OUP, 2009.

WILLIAMS, Andrew

- «Enlargement of the Union and human rights: a policy of distinction?» *ELR*, v.25, n.6, 2000, pp. 601 ss.
- «EU human rights and the Convention on the future of Europe: A failure of design?», *ELR*, 28, 2003, pp. 794-813.

WITTE, Bruno de

- «Community Law and National Constitutional Values», *LIEI*, 1991, 2, pp. 1-22.
- «The past and future role of the European Court of Justice in the protection of human rights», in Philip ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 859-897.
- «Il processo semi-permanente di rivisione dei trattati», *QC*, 2002, a. XXII, n. 3, pp. 499-519.
- «The Past and the Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», in ALSTON, (ed.), *EU and Human rights*, 1999, pp. 859.

WYATT, Derrick

- «Horizontal effect of fundamental freedoms and the right to equality after *Viking* and *Mangold*, and the implications for Community competence», *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, v. 4, 2008, pp. 1-48.

ZAGREBELSKY, Gustavo (a cura di)

- *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma, Ed. Laterza, 2005.

ZAMPINI, Florence

- «La Cour de Justice des Communautés européennes gardien des droits fondamentaux 'dans la cadre du droit communautaire'», *RTDE*, 1999, n. 4, pp. 599-707.

ZANGHÌ, Claudio

- «Un'altra critica al parere 2/94 della Corte sull'adesione della Comunità alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Diritto dell' UE*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, pp.1101-1120.

ZIMMER, Willy

- «De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de Justice de Luxembourg ? : A propos de BVerGE, 7 juin, Solange III», *Europe*, a.11, n.3, 2001, pp. 3-6.

ZILLER, Jacques

- *O Tratado de Lisboa*, Texto Ed., 2010, pp. 81, 129-130.
- «Exécution centralisée et exécution partagée: le fédéralisme d'exécution en Droit de l'Union Européenne», in DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, 2009, pp. 111-138.

ZOLO, Danilo

- «Una 'pietra miliare'?»», *DP*, 2001, a. 3, pp. 1011-1030.

ZULEGG, M.

- «The European Constitution under constitutional constraints: the German scenario», *ELR*, 22, 1997, p. 19.

Índice

Resumo	
Abstract	
Agradecimentos	
Prólogo	
Plano da dissertação	
Abreviaturas	

PARTE I

A UNIÃO EUROPEIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Capítulo 1 – A União Europeia: realidade (in)compreendida?

1. A UE como processo político-jurídico – transição e auto-referencialidade	29
2. A UE como núcleo de poder político-decisório – centro de autoridade transnacional.....	34
2.1. Competências demarcadas	35
2.2. Da <i>supranacionalidade</i> decisória à <i>governança multi-nível ou em rede</i>	38
2.3. A legitimidade da acção da UE	46
3. A UE como ordem jurídica – génese, conteúdo e posicionamento no equilíbrio de forças do « <i>cosmos normativo</i> » ou do « <i>espaço jurídico global</i> »	49
3.1. Plano genésico	50
a) <i>Uma ordem jurídica constitutiva de um novo padrão organizacional – simbiose e referencialidade recíproca</i>	51
b) <i>Uma ordem jurídica responsiva</i>	51
3.2. Plano da expressão da ordem jurídica – o sistema de fontes	51
a) <i>Uma ordem jurídica de tradição jurídica eclética</i>	51
b) <i>Uma ordem jurídica acomodatória</i>	52
3.3. O plano da aplicação e eficácia normativa	52
a) <i>Uma ordem jurídica penetrante e reclamadora de primazia na aplicação</i>	52
b) <i>Uma ordem jurídica constitucional</i>	53
4. O actual valor representativo da União Europeia e os direitos fundamentais	55

Capítulo 2 – O compromisso da União Europeia com os direitos fundamentais

1. A ‘ <i>biografia</i> ’ dos direitos fundamentais na União Europeia	57
1.1. Um sistema de protecção assente num catálogo <i>não escrito</i> de direitos fundamentais	58
a) <i>Génesis – o vazio normativo</i>	58
b) <i>O papel do TJ – reacção e activismo na criação de um catálogo não escrito de direitos fundamentais</i>	59
c) <i>A evolução dos Tratados em matéria de direitos fundamentais – o movimento Maastricht/Amesterdão</i>	63
1.2. A redução a escrito das normas de direitos fundamentais e a previsão do respectivo regime jurídico	65
a) <i>A proclamação da CDF</i>	65
b) <i>O Tratado de Nice – interlúdio</i>	67
c) <i>O Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: a CDF como estandarte constitucional da UE</i>	67
d) <i>O TL – abandono do epíteto constitucional sem sacrifício da solução quanto ao estatuto jurídico da Carta</i>	69
2. O modelo de protecção de direitos fundamentais em vigor na UE	71
2.1. Os direitos fundamentais que fazem parte do direito da União – o artigo 6.º TUE	71
a) <i>Os princípios gerais de direito como parâmetro matricial</i>	72
b) <i>Acerca da manutenção de dois sistemas de protecção paralelos – a CDF e os princípios gerais de direito</i>	74
c) <i>As fontes dos direitos fundamentais garantidos enquanto princípios gerais</i>	76
d) <i>A Carta e o elenco dos direitos fundamentais</i>	77
e) <i>O estatuto (futuro) da CEDH</i>	80
2.2. A operacionalidade do sistema de protecção dos direitos fundamentais da UE – as disposições horizontais da Carta	81

PARTE II

O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Introdução – Coordenadas gerais de uma questão jurídico-metodológica	87
1. A natureza e o sentido da questão do <i>âmbito de aplicação do direito</i>	88
2. O conceito de âmbito de aplicação	92
2.1. A pluralidade de acepções	92
2.2. O âmbito subjectivo de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE.....	93
3. Coordenadas para a determinação do âmbito de vinculação das normas de direitos fundamentais da UE	94
3.1. O artigo 51.º, n.º 1 da CDF	94
3.2. A dupla faceta do âmbito de vinculação – âmbito <i>imediato</i> e âmbito <i>consequente</i>	95
3.2.1. Âmbito de vinculação <i>imediato</i> – os actos das instituições, órgãos e organismos da União (exclusão)	95
3.2.2. Âmbito de vinculação <i>consequente</i> – os actos estaduais (<i>âmbito de aplicação vertical</i>) e os actos dos particulares (<i>âmbito de aplicação horizontal</i>)	96
4. Razões de ordem e aspectos terminológicos	97
4.1. O conceito de eficácia normativa em sentido material	97
4.2. A eficácia vertical e a eficácia horizontal	97
4.3. A eficácia directa e a eficácia indirecta	98
4.4. A identificação do objecto de controlo – ponto de partida para a definição do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE	98

Capítulo 1 – O âmbito de aplicação vertical: a actuação dos Estados-membros no domínio da aplicação do Direito da UE

1. Os Estados-membros e o parâmetro de protecção de direitos fundamentais da UE	101
1.1. O princípio da vinculação dos Estados-membros aos direitos fundamentais da UE	102
1.2. O conceito de « <i>Estado-Membro</i> »	104
1.3. O protocolo relativo à aplicação da CDF à Polónia e ao Reino Unido (Protocolo n.º 30)	109
2. Os contornos restritivos da vinculação estatal	111
2.1. O conteúdo do dever de protecção – limites materiais e orgânicos	111
2.1.1. A distinção entre ‘ <i>direitos</i> ’ e ‘ <i>princípios</i> ’	111
2.1.2. As competências conferidas pelos Tratados	112
a) <i>O respeito pelas competências atribuídas</i>	112
b) <i>A cristalização das competências atribuídas à UE</i>	113

2.2. Vinculação limitada às situações de aplicação do direito da UE pelos Estados-membros – limites funcionais	114
3. A delimitação do âmbito de aplicação do Direito de União – opções e roteiro	116
4. Os actos de implementação do Direito da União – categoria <i>Wachauf</i>	116
4.1. Os actos de implementação de regulamentos comunitários – o caso <i>Wachauf</i>	119
4.2. Os actos de transposição e de implementação de directivas comunitárias – o caso <i>Booker Aquaculture</i>	121
4.3. Os actos de transposição e de implementação de decisões-quadro – o caso <i>Mantello</i>	127
4.4. Os actos reguladores das modalidades processuais das acções destinadas a garantirem a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do Direito da União – o caso <i>Joachim Steffensen</i>	132
5. Os actos restritivos das liberdades fundamentais do mercado comum – categoria <i>ERT</i>	134
5.1.A protecção dos direitos fundamentais <i>como condição</i> de admissibilidade das excepções invocadas às liberdades fundamentais do mercado comum – os casos <i>ERT</i> e <i>Familiapress</i>	136
5.2.A violação de direitos fundamentais <i>como entrave</i> ao exercício das liberdades fundamentais do mercado comum – o caso <i>Carpenter</i>	141
5.3.A protecção dos direitos fundamentais <i>como interesse legítimo</i> susceptível de justificar uma restrição às liberdades comunitárias do mercado comum – o caso <i>Schmidberger</i>	148

Capítulo 2 – O âmbito de aplicação horizontal: a actuação dos particulares no domínio da aplicação do Direito da UE

1. Aproximação ao problema da vinculação dos particulares às normas de direitos fundamentais da UE – preliminares	153
1.1. O enunciado do problema	154
1.2. Os particulares e o Direito da UE	157
1.2.1. O conceito de ‘ <i>particular</i> ’	157
1.2.2. Os particulares – beneficiários <i>versus</i> sujeitos passivos das normas do mercado	159
1.2.3. O Direito privado da UE	160

1.3. A eficácia horizontal das normas jurídicas ‘constitucionais’ – coordenadas gerais e arquétipos doutrinários de referência	162
1.3.1. A visão da dogmática constitucional germânica – a eficácia horizontal directa (<i>direkte Drittwirkung</i>) e a eficácia horizontal indirecta (<i>indirekte Drittwirkung</i>)	164
1.3.2. A teoria dos deveres de protecção estatal perante particulares – ‘obrigações positivas do Estado’ (<i>Schutzpflicht</i>)	166
1.4. A problemática da eficácia horizontal no Direito da UE em geral	167
1.4.1. O conceito de eficácia normativa no Direito da UE – um significado não unívoco	169
1.4.2. A eficácia horizontal das normas dos Tratados – o caso das liberdades fundamentais	174
a) <i>Reconhecimento do efeito directo horizontal contra terceiros das liberdades fundamentais relativamente a actividades de regulamentação laboral</i>	176
b) <i>Valorização autónoma do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade no âmbito do regime da livre circulação de trabalhadores</i>	177
c) <i>Alargamento do conceito de entidade pública estatal</i>	177
d) <i>Construção da tese dos deveres de protecção estatal</i>	178
2. A vinculação dos particulares às normas de direitos fundamentais da UE	179
2.1. A questão da eficácia horizontal das normas de direitos fundamentais à luz do artigo 51.º 1 CDF	179
2.1.1. A suposta exclusão da eficácia horizontal directa das normas da CDF....	180
2.1.2. Contra-argumentos	182
2.2. O impacto das normas de direitos fundamentais nas relações horizontais à luz da jurisprudência da UE – alvos diversos e níveis de intensidade variável....	186
2.2.1. Situações horizontais <i>reflexamente</i> afectadas pela aplicação de normas de direitos fundamentais – o panorama dominante	187
a) <i>Situações horizontais com vinculação de entidades da UE</i>	187
b) <i>Situações horizontais com vinculação de entidades públicas estaduais</i>	188
2.2.2. Situações horizontais, directa e imediatamente, afectadas pela aplicação de normas de direitos fundamentais – <i>situações horizontais com vinculação (directa) de entidades privadas</i>	190
2.3. A matriz dogmática mais ajustada – doutrina da eficácia directa e/ou doutrina da eficácia indirecta?	192

2.3.1. Eficácia directa	192
2.3.2. Eficácia indirecta	195
2.3.3. Eficácia (<i>in</i>)directa?	196
2.4.A pertinência da doutrina das ‘ <i>obrigações positivas do Estado</i> ’ no contexto da UE – a teoria das ‘ <i>obrigações positivas do Estado</i> ’ relativamente à protecção dos particulares (<i>deveres de protecção</i>)	198
2.4.1. As normas de direitos fundamentais da UE podem ser fonte de deveres de protecção ou tutela estatal em relação à acção de particulares?	200
2.4.2. Os óbices à perspectiva dos deveres de protecção	203
a) <i>O conteúdo do dever de protecção</i>	203
b) <i>A densidade das normas de direitos fundamentais da CDF</i>	204
c) ‘ <i>A liberdade constitutiva do legislador</i> ’	204
d) <i>A vinculação dos órgãos da UE ao dever de protecção dos direitos fundamentais</i>	204
e) <i>A manutenção de uma perspectiva dicotómica (dualidade eficácia horizontal directa/indirecta)</i>	205
3. Os actos privados situados no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE ...	205
3.1. Descrição do problema	205
3.2. Os actos privados situados no âmbito de aplicação do Direito da UE	208
3.2.1. Os actos de implementação do Direito da UE	209
3.2.2. Os actos restritivos das liberdades fundamentais do mercado	211

PARTE III

DOS LIMITES À POTENCIAL FORÇA CONVERGENTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Capítulo 1 – Apreciação crítica do actual *status quo*

1. Considerações gerais	217
2. O movimento difuso de ampliação progressiva do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais	217
2.1. A reconfiguração do conceito de <i>implementação</i> do Direito da UE	218
2.1.1. Acepção restrita – <i>implementação directa</i>	219
2.1.2. Acepção ampla – <i>implementação (in)directa</i>	222
2.2. Flexibilização do nexu exigível entre a situação concreta e o Direito da UE	226

3.	Zonas problemáticas e questões em aberto decorrentes da metodologia do TJ em matéria de âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE	231
3.1.	Na categoria de actos de implementação – <i>Wachauf</i>	231
3.1.1.	A execução de um acto jurídico da União ofensivo dos direitos fundamentais – uma vinculação estatal ‘ <i>na medida do possível</i> ’	231
3.1.2.	Os poderes discricionários dos Estados-membros na implementação do direito comunitário, em especial no domínio das <i>directivas</i>	233
3.1.3.	Quando o acto estatal excede o necessário para a implementação do acto jurídico da UE	238
3.1.4.	Quando o acto formal de execução do acto jurídico da UE agrega a regulamentação de domínios jurídico-materiais distintos	239
2.2.	Na categoria de actos restritivos das liberdades fundamentais – <i>ERT</i>	240
2.2.1.	Os poderes de controlo do TJ e os <i>standards</i> de protecção a aplicar nos casos de tipo <i>ERT</i> – questão de Direito da UE ou questão de Direito nacional?	240
2.2.2.	A discriminação em sentido inverso	244
2.2.3.	Cenários de conflito entre os direitos fundamentais da UE	248
	a) <i>A posição hierárquica dos direitos fundamentais relativamente às liberdades fundamentais do mercado comum</i>	248
	b) <i>A posição do princípio da autonomia privada</i>	251
2.2.4.	A invocação dos direitos fundamentais consagrados nas Constituições nacionais como razão justificativa da restrição às liberdades fundamentais	254

Capítulo 2 – A abrangência do âmbito de aplicação do Direito da União Europeia em matéria de protecção de direitos fundamentais

1.	A ‘ <i>radiografia</i> ’ do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE	257
1.1.	Os níveis de grandeza do âmbito de aplicação – delimitação positiva	257
1.1.1.	O princípio da aplicação restrita do parâmetro de protecção de direitos fundamentais da UE	258
1.1.2.	A controvérsia acerca do propósito disruptivo do artigo 51.º 1 CDF – a leitura ‘ <i>restrita</i> ’ do artigo 51.º, 1 CDF	259
1.1.3.	Sobre a suposta existência de uma terceira categoria de casos localizados no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da UE	263
1.2.	Casos incluídos <i>versus</i> casos excluídos – delimitação negativa	264

1.2.1.	<i>Annibaldi – o argumento da inexistência de uma relação de execução entre a regulamentação nacional e o direito da União.....</i>	266
1.2.2.	<i>Grogan, Perfili, Kremzow e Kaur – o argumento da inexistência de uma liberdade comunitária em efectivo exercício por parte de um cidadão da União, a ser restringida por medidas nacionais</i>	269
2.	O potencial do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE.....	272
2.1.	A identificação de um <i>factor de conexão</i> relevante – critério funcional de natureza jurídico-conflitual	273
2.2.	A interpretação do artigo 51.º 1 CDF, o caso <i>Fransson</i> , e o critério de preenchimento do conceito de ‘aplicação do Direito da União’	274
2.3.	Critérios alternativos de determinação do âmbito de aplicação das normas de direitos fundamentais da UE	279
2.3.1.	A atribuição de um novo conteúdo às normas consagradoras das liberdades do mercado comum	280
	a) <i>O caso Konstantinidis e a interpretação das liberdades de circulação do mercado à luz dos direitos fundamentais.....</i>	280
	b) <i>A violação grave e continuada dos direitos fundamentais num Estado-membro.....</i>	283
2.3.2.	O critério da cidadania da União – <i>a identificação entre o âmbito de aplicação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade (artigo 18.º, 1 TFUE) e o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da União</i>	284
2.3.3.	A existência de uma <i>competência material</i> da UE.....	291
2.3.4.	Sobre a presença de um <i>interesse específico da União</i>	291
2.4.	Redireccionamento do problema do âmbito de aplicação das normas para o domínio da argumentação jurídica	293

Lista de acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia

Lista de despachos do Tribunal de Justiça da União Europeia

Índice