

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**PELO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

—

**DA CARTA AOS ESTADOS,**

**O ENIGMA DA ESFINGE**

**A Proteção dos Direitos Fundamentais**  
**pelo Direito da União Europeia**  
—  
**da Carta aos Estados,**  
**o enigma da Esfinge**

***Sophie Perez Fernandes***

**Nota:** O presente trabalho data de março de 2017.

## ÍNDICE

<b>1. Considerações introdutórias.....</b>	<b>3</b>
<b>2. O modelo de proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da UE – das origens à CDFUE.....</b>	<b>8</b>
<b>3. O âmbito de aplicação da CDFUE – o enigma da sua vinculação para os Estados-Membros .....</b>	<b>26</b>
3.1. Noção de «aplicação do direito da União» – contexto e objetivos .....	29
3.2. Noção de «aplicação do direito da União» – enfoque jurisprudencial .....	57
i) O cunho doutrinário da jurisprudência <i>Fransson</i> .....	57
ii) A problematização da questão no contexto da cidadania da União... ..	102
<b>4. Considerações conclusivas .....</b>	<b>148</b>
<b><i>JURISPRUDÊNCIA</i>.....</b>	<b>161</b>
<b><i>BIBLIOGRAFIA</i> .....</b>	<b>173</b>

## 1. Considerações introdutórias

O respeito pelos direitos fundamentais é um valor fundante e um princípio estruturante da ordem jurídica da União Europeia (UE). Enquanto valor, o respeito pelos direitos do Homem<sup>1</sup> afirma-se como valor identitário da UE: não só a própria existência da UE se funda no respeito pelos direitos do Homem, como também o seu respeito é condição de adesão dos Estados<sup>2</sup>. Enquanto princípio, o respeito pelos direitos fundamentais impõe-se à UE e aos Estados-Membros como exigência intrínseca da ordem jurídica da UE: os atos

---

<sup>1</sup> A propósito da distinção no quadro normativo da UE, MARIA LUÍSA DUARTE destaca a «opção terminológica que associa a expressão *direitos fundamentais* a um enquadramento paraconstitucional, relevante no seio da União Europeia, reservando a locução *direitos do homem* para designar o quadro internacional de vinculação da União neste domínio» – MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006, p. 33 e pp. 31-34 (itálico da Autora). A este critério será de associar outro – o do âmbito de aplicação do direito da União Europeia (DUE), estando reservada a expressão «direitos fundamentais» para a atuação dos poderes públicos no âmbito de aplicação do DUE nos termos do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, e a expressão «direitos do Homem» para aquela que se verifica fora desse quadro. Neste sentido, cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o artigo 7.º do Tratado da União Europeia - Respeito e promoção dos valores em que a União assenta, 15.10.2003, COM(2003) 606 final, ponto 1.1.; e Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho «Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de Direito», 11.03.2014, COM(2014) 158 final, ponto 3.

<sup>2</sup> Cfr. arts. 2.º e 49.º (TUE). O art. 7.º TUE, que institui mecanismos de prevenção e de sanção em caso de «risco manifesto de violação grave» e de «violação grave e persistente» dos valores referidos no art. 2.º TUE, confirma o valor fundante do respeito pelos direitos do Homem na arquitetura constitucional da UE. Assim, contrariamente aos direitos fundamentais enquanto princípios estruturantes da ordem jurídica da UE, os direitos do Homem enquanto valores fundantes da UE vinculam os Estados-Membros mesmo quando não aplicam DUE na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, se bem que apenas uma «violação grave e persistente» possa ser sancionada pelo mecanismo instituído pelo art. 7.º TUE – assim, CLEMENS LADENBURGER, «Institutional Report», in *The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights and National Constitutions - Reports of the FIDE Congress Tallinn 2012, Vol. I*, JULIA LAFFRANQUE (ed.), Tallinn, Tartu University Press [www.fide2012.eu], p. 5. A propósito das condições para a aplicação dos mecanismos previstos no art. 7.º TUE, cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o artigo 7.º do Tratado da União Europeia..., cit., ponto 1.4.. O mecanismo de diálogo estruturado desenhado na Comunicação da Comissão «Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de Direito», cit., já foi desencadeado em relação à Polónia - a propósito, cfr. CARMELA PÉREZ BERNÁRDEZ, «La unión europea frente a la erosión del estado de derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco», in *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 40, 2016, pp. 48-95.

das suas instituições e dos seus órgãos e organismos, bem como os atos das autoridades dos Estados-Membros, devem estar em conformidade com os direitos fundamentais tal como protegidos pelo direito da União Europeia (DUE)<sup>3</sup>. Esta exigência intrínseca é, como explicou o Tribunal de Justiça (TJ)<sup>4</sup>, fundamento de um princípio de confiança mútua entre os Estados-Membros, princípio pelo qual *«cada um dos Estados-Membros consider[a], salvo em circunstâncias excepcionais, que todos os outros Estados-Membros respeitam o direito da União e, muito em especial, os direitos fundamentais reconhecidos por esse direito.»*<sup>5</sup>

Mas, como os Estados-Membros precedem historicamente à UE e esta não tem interesse em forjar a integração contra ou apesar dos Estados, mas por entre eles, o seu sistema de proteção dos direitos fundamentais cimentou-se em instrumentos de proteção jusfundamental conhecidos dos Estados-Membros. Antes de conhecer acolhimento nos Tratados, o respeito pelos direitos fundamentais inscreveu-se progressivamente na jurisprudência do TJ bebendo inspiração nas tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros e nos instrumentos de direito internacional por eles ratificados, com

---

<sup>3</sup> Cfr. art. 6.º TUE e art. 51.º CDFUE.

<sup>4</sup> No quadro da reforma da arquitetura jurisdicional da UE, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) integra, desde setembro de 2016, duas jurisdições (art. 19.º, n.º 1, TUE): o Tribunal de Justiça (TJ) e o Tribunal Geral (TG) – o texto refere-se à primeira destas jurisdições.

<sup>5</sup> Parecer (TJ) 2/13, 18 de dezembro de 2014, EU:C:2014:2454, cons. 191. Interpretando este considerando como referindo-se a um princípio constitucional estruturante da UE de alcance extensivo a todo o DUE, e não exclusivo do espaço de liberdade, de segurança e de justiça, cfr. JEAN-PAUL JACQUÉ, *«Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice»*, in *Cahiers de Droit Européen*, ano 51, n.º 1, 2015, p. 34.

especial destaque para a CEDH, numa «solução de compromisso»<sup>6</sup> que inscreve a proteção dos direitos fundamentais numa «continuidade ideológica»<sup>7</sup> entre a UE e os distintos Estados-Membros ao mesmo tempo que procura forjar e garantir a autonomia da ordem jurídica da UE. Vale ainda ressaltar que a proteção dos direitos fundamentais na jurisprudência do TJ foi impulsionada pelos órgãos jurisdicionais nacionais em sede de reenvio prejudicial<sup>8</sup>. A proteção dos direitos fundamentais é, enquanto tal, sobejo exemplo da interdependência e relativa autonomia das ordens constitucionais envolvidas<sup>9</sup>, encontrando-se no coração da encruzilhada constitucional da União<sup>10</sup>. É especial expressão de um fenómeno de interação reflexiva ou fertilização cruzada de normas constitucionais que convivem no mesmo espaço político, sendo produto do constitucionalismo próprio emergente do processo de integração europeia – e que tem encontrado nas teorias do constitucionalismo multinível<sup>11</sup>, plural<sup>12</sup>, em rede ou da interconstitucionalidade<sup>13</sup> diversas propostas de teorização.

---

<sup>6</sup> KOEN LENAERTS e JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ-FONS, «The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice», in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, STEVE PEERS *et al.* (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 1559 (tradução livre).

<sup>7</sup> TAKIS TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 302 (tradução livre).

<sup>8</sup> Cfr. acórdão (TJ) *Stauder*, 12 de novembro de 1969, Proc. 29/69, EU:C:1969:57.

<sup>9</sup> Assim, LEONARD BESSELINK, «General Report», in *The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon.....*, cit., p. 1.

<sup>10</sup> Por referência à obra coletiva *La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea*, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.) e RICARDO ALONSO GARCÍA (subdir.), Madrid, Civitas Ediciones, 2002.

<sup>11</sup> Cfr. INGOLF PERNICE, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?», in *Common Market Law Review*, n.º 36, 1999, pp. 703-750, e «Multilevel Constitutionalism in the European Union», in *European Law Review*, n.º 27, 2002, pp. 511-529.

<sup>12</sup> Cfr. MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*, Cascais, Principia, 2006.

<sup>13</sup> Teoria especialmente cunhada pela doutrina portuguesa – cfr., FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu Sentido, Problemas e Limites)*, Coimbra, Almedina, 1997; PAULO RANGEL, «Uma teoria da “Interconstitucionalidade” (Pluralismo e Constituição no Pensamento de Francisco Lucas Pires)», in *Themis*, ano 1, n.º

Não obstante, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) é o rosto mais recente deste património jusfundamental adquirido. Reafirmando num único catálogo os direitos civis, políticos, sociais e económicos dos cidadãos da UE, das pessoas residentes ou sediadas no território da UE ou afetadas pela sua atuação, a CDFUE torna mais visível a importância destes direitos e a sua função no sistema jurídico da UE: uma função objetiva, de padrão de controlo da atuação das autoridades incumbidas do exercício do poder público na UE, e, principalmente, uma função subjetiva, de proteção dos direitos dos particulares cuja situação seja abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE. Para além de consolidar o *acquis* jusfundamental da UE num catálogo compreensivo de direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE, a CDFUE dita o *modus operandi* do sistema internormativo e dinâmico de proteção jusfundamental da UE. De um ponto de vista evolutivo, a CDFUE é simultaneamente o ponto de chegada e o ponto de partida do sistema de proteção dos direitos fundamentais da UE.

Sucedo que, aproximando-se o décimo aniversário da assinatura do Tratado de Lisboa cuja entrada em vigor importou o reconhecimento de força jurídica vinculativa à CDFUE (art. 6.º, n.º 1, TUE), a aplicação da mesma continua a suscitar mais perguntas do que oferecer respostas. A intenção não

---

2, 2000, pp. 127-151, e *O Estado do Estado. Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia*, Dom Quixote, 2009; JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006; ALESSANDRA SILVEIRA, «Da interconstitucionalidade na União Europeia (ou do esbatimento de fronteiras entre ordens jurídicas)», in *Scientia Iuridica*, n.º 326, 2011, pp. 211-223. A preferência pelo termo «interconstitucionalidade» é também partilhada por doutrina não portuguesa por melhor expressar a ausência de relações hierárquicas ou imposições *top-down* no discurso constitucional da UE – cfr. LEONARD BESSELINK, «Multiple Political Identities: Revisiting the ‘Maximum Standard’», in *Citizenship and Solidarity in the European Union: from the Charter of Fundamental Rights to the Crisis, the state of the art*, ALESSANDRA SILVEIRA, MARIANA CANOTILHO e PEDRO MADEIRA FROUFE (coord.), Peter Lang, 2013, pp. 236-237.

parecia ser esta. O intuito esclarecedor da CDFUE transparece em especial, e desde a sua versão originária, das disposições constantes do seu Título VII e das Anotações que a acompanham. Com elas, a CDFUE procura delinear coordenadas que permitam um diálogo construtivo que envolva a UE, os Estados-Membros e a CEDH, e respetivas instituições (especialmente, jurisdicionais), na resolução de problemas de direitos fundamentais e que preserve, ainda assim, a autonomia constitucional de cada ordem jurídica que integra o todo. A missão é de peso porque este equilíbrio é delicado. Assim, pese embora aquele intuito esclarecedor, algumas das disposições finais da CDFUE, das quais destacaremos a do art. 51.º, n.º 1, acabam por levantar mais dúvidas do que ancorar certezas quanto ao alcance da proteção dos direitos fundamentais ao abrigo da CDFUE. E tais dificuldades não afligem apenas os teóricos do Direito, mas também (principalmente) quem o pratica<sup>14</sup>. O preceito em destaque coloca uns e outros perante um enigma porventura digno da Esfinge da mitologia clássica<sup>15</sup>...

---

<sup>14</sup> TERESA FREIXES destaca, a propósito, o problema da determinação do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais nos termos do art. 53.º CDFUE pois os agentes chamados a aplicar a CDFUE (funcionários, polícias) podem não só não dispor das qualificações ou informações necessárias para proceder em conformidade com o art. 53.º CDFUE, mas também nem sequer conhecer a sua existência – cfr. TERESA FREIXES, «Quelles valeurs à protéger dans le dialogue interculturel eur méditerranéen?», in *La gouvernance multi-level. Penser l'enchevêtrement*, TERESA FREIXES *et al.*, Bruxelas, E.M.E., 2012, pp. 125-126.

<sup>15</sup> A imagem da Esfinge também é utilizada por ALESSANDRA SILVEIRA, «Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais», in *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, ALESSANDRA SILVEIRA, MARIANA CANOTILHO e PEDRO MADEIRA FROUFE (coord.), Coimbra, Almedina, 2016, p. 58.

## 2. O modelo de proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da UE – das origens à CDFUE

A proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da UE é provavelmente das áreas onde se manifesta de forma mais premente o alcance do processo de integração europeia e o papel determinante da jurisprudência do TJ na moldagem dos rumos da integração<sup>16</sup>. Nas palavras de MARIA LUÍSA DUARTE, cedo o TJ ultrapassou o «“pecado original” de um sistema jurídico que, na sua estrutura fundadora, não previu um espaço próprio de tutela dos direitos fundamentais, nem sob a forma mitigada de uma cláusula genérica e remissiva nem sob a forma mais ambiciosa de uma declaração de direitos»<sup>17</sup>.

A «forma mitigada de uma cláusula genérica e [cláusulas] remissiva[s]» resultou essencialmente da jurisprudência do TJ que, após um período inicial de «agnosticismo valorativo»<sup>18</sup>, chamou para si (o protagonismo n) a proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica em construção. O TJ foi pela primeira vez confrontado com a alegada violação de direitos fundamentais (tal como garantidos por normas constitucionais nacionais) por atos adotados por instituições comunitárias (em concreto, a Alta Autoridade da CECA) no processo que deu origem ao acórdão *Stork*, não tendo, contudo, examinado a «*acusação segundo a qual, ao adoptar a sua decisão, a Alta Autoridade violou princípios do direito constitucional alemão*»<sup>19</sup> – o que viria a reiterar em

---

<sup>16</sup> Como conclui DANIEL SARMIENTO, *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Civitas, 2004, p. 353, a propósito do entretanto falhado Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, o futuro da UE é o futuro que a jurisprudência do TJUE preparou.

<sup>17</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, cit., p. 70.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 38.

<sup>19</sup> Acórdão (TJ) *Stork*, 4 de fevereiro de 1959, Proc. 1/58, EU:C:1959:4, cons. 4.

jurisprudência posterior<sup>20</sup>. A trajetória jurisprudencial muda de rumo no célebre acórdão *Stauder* no qual o TJ apreciou a validade de uma decisão da Comissão à luz dos «*direitos fundamentais individuais compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário, cuja observância é assegurada pelo Tribunal.*»<sup>21</sup> A «cláusula genérica» plasmada na jurisprudência *Stauder* – a proteção dos direitos fundamentais enquanto *princípios gerais do direito da União*<sup>22</sup> – completa-se pouco depois nos igualmente célebres acórdãos *Internationale Handelsgesellschaft*, *Nold II* e *Rutili* nos quais o TJ foi buscar inspiração nas «*tradições constitucionais comuns aos Estados-membros*»<sup>23</sup> e indicações nos «*instrumentos internacionais respeitantes à protecção dos direitos do homem em que os Estados-Membros colaboraram ou a que*

---

<sup>20</sup> Cfr. acórdãos (TJ) *Nold I*, 20 de março de 1959, Proc. 18/57, EU:C:1959:6; e *Consórcios de venda do carvão do Ruhr*, 15 de julho de 1960, Procs. 36 a 38/59 e 40/59, EU:C:1960:36. A razão desta primeira linha de orientação jurisprudencial residia na necessidade de, numa fase ainda embrionária de construção da ordem jurídica das então Comunidades, confirmar a sua autonomia face às ordens jurídicas nacionais e o primado das suas normas em relação às regras de direito nacional, ainda que de natureza constitucional, dimensões proclamadas nos emblemáticos acórdãos (TJ) *Van Gend & Loos*, 5 de fevereiro de 1963, Proc. 26/62, EU:C:1963:1, e *Costa/ENEL*, 15 de julho de 1964, Proc. 6/64, EU:C:1964:66 – leitura confirmada no acórdão (TJ) *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 de dezembro de 1970, Proc. 11/70, EU:C:1970:114, cons. 3. A propósito, TAKIS TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., p. 301, regista a ironia: «an early, almost primitive, form of constitutional assertion was the denial of fundamental constitutional values».

<sup>21</sup> Acórdão *Stauder*, cit., cons. 7. O TJ acolhe a sugestão feita pelo Advogado-Geral (AG) MAURICE LAGRANGE, nas Conclusões *Consórcios de venda do carvão do Ruhr*, 24 de maio de 1960, Procs. 36 a 38/59 e 40/59, EU:C:1960:27.

<sup>22</sup> Sobre a diferença entre *princípios gerais de Direito no DUE* e *princípios gerais do DUE*, cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, cit., pp. 79-90, onde a Autora conclui que a jurisprudência do TJ em sede de proteção dos direitos fundamentais «transformou um princípio do Estado de Direito num *princípio geral de Direito Comunitário*, reconhecido e aplicado de acordo com uma perspectiva sincrética que visa conjugar elementos comuns (aos direitos dos Estados de Direito) e elementos específicos (do direito da integração) na definição do regime jurídico, substantivo e processual dos direitos fundamentais na União Europeia» (itálico da Autora); e ainda FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 448-453.

<sup>23</sup> Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, cit., cons. 4.

aderiram»<sup>24</sup>, em particular a CEDH<sup>25</sup> que, neste campo, reveste «*especial significado*»<sup>26</sup> («cláusulas remissivas»).

A jurisprudência do TJ enveredou por uma «abordagem objetiva» dos direitos fundamentais no sentido de não os definir *ab initio*, antes formalizando direitos que «preexistem na paisagem europeia»<sup>27</sup> e, assim, bebendo de distintas fontes de proteção dos direitos fundamentais, sujeitando-as, contudo, a uma cuidadosa filtragem «*no âmbito da estrutura e dos objetivos*»<sup>28</sup> do processo de integração em marcha em ordem a salvaguardar a autonomia da ordem jurídica em construção. Da primeira jurisprudência desenvolvida pelo TJ em sede de proteção dos direitos fundamentais se esboça um sistema assente numa pluralidade de fontes de proteção dos direitos fundamentais que até hoje subsistem ao lado da CDFUE – um modelo de proteção dos direitos

---

<sup>24</sup> Acórdão (TJ) *Nold II*, 14 de maio de 1974, Proc. 4/73, EU:C:1974:51, cons. 13.

<sup>25</sup> Referida pela primeira vez no acórdão (TJ) *Rutili*, 28 de outubro de 1975, Proc. 36/75, EU:C:1975:137, cons. 32.

<sup>26</sup> Acórdão (TJ) *Hoechst AG*, 21 de setembro de 1989, Procs. 46/87 e 227/88, EU:C:1989:337, cons. 13.

<sup>27</sup> JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHERE, «Droits fondamentaux: quelle place dans l'architecture de l'Union», in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 265 (tradução livre).

<sup>28</sup> Fórmula empregue pelo TJ no acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, cit., cons. 4, para se referir à filtragem operada pelo sistema de proteção dos direitos fundamentais da então Comunidade, «*ainda que inspirada pelas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros*». Este processo de filtragem ficou particularmente claro no acórdão (TJ) *Hauer*, 13 de dezembro de 1979, Proc. 44/79, EU:C:1979:290. Após retomar o essencial da jurisprudência *Internationale Handelsgesellschaft* e *Nold II* (cons. 14 e 16), o TJ pronunciou-se sobre a validade de um regulamento comunitário à luz dos direitos fundamentais – o direito de propriedade e a liberdade profissional (cons. 16 a 32) – tal como reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica comunitária, ou seja, partindo das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e dos instrumentos internacionais respeitantes à proteção dos direitos do homem, especialmente a CEDH, o TJ examinou a alegada violação dos direitos fundamentais no quadro do direito comunitário/da UE, concluindo que as restrições resultantes do regulamento ao exercício dos direitos fundamentais invocados se justificavam por objetivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade no âmbito da organização comum do mercado vitícola, sem violar a substância desses direitos tal como reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica comunitária (cfr. cons. 23, 30 e 32).

fundamentais desenvolvido no «espaço da internormatividade» da UE<sup>29</sup>. Desde a origem, o bloco de jusfundamentalidade das Comunidades e, hoje, da UE integra fontes (i) de proveniência jus-europeia (normas constantes dos Tratados constitutivos, mas também de atos de direito derivado, e, apesar do seu valor jurídico relativo, declarações políticas das instituições da União<sup>30</sup>), (ii) de proveniência nacional (as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, que sequer se devem reconduzir a uma «*concepção partilhada pela totalidade dos Estados-Membros*»<sup>31</sup>) e (iii) de proveniência internacional (instrumentos internacionais de proteção dos direitos do Homem aos quais os Estados-Membros tenham aderido, com especial destaque para a CEDH)<sup>32</sup>.

É por isso que o catálogo dos direitos fundamentais protegidos no âmbito da estrutura e dos objetivos da ordem jurídica da UE tem tanto de intersistemático – porque assenta e se desenvolve numa lógica de

---

<sup>29</sup> Assim, MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, cit., p. 22.

<sup>30</sup> Da década de 1970 e, assim, contemporâneas da jurisprudência do TJ que inaugura o sistema de proteção de direitos fundamentais no âmbito da ordem jurídica (ainda) comunitária, cfr. a «Declaração sobre a Identidade Europeia», adotada em Copenhaga a 14 de dezembro de 1973, na qual os então nove Estados-Membros associaram o «respeito pelos direitos do Homem» aos «elementos fundamentais da identidade europeia» (cons. 1), e a Declaração Comum do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão de 5 de abril de 1977, JO C 103 de 27.04.1977, pp. 1-2, na qual «sublinham a importância primordial que concedem ao respeito dos direitos fundamentais tal como resultam nomeadamente das constituições dos Estados-membros bem como da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais» (cons. 1). De mencionar ainda a primeira proposta de catalogação dos direitos fundamentais na UE, da iniciativa do Parlamento Europeu – cfr. PARLAMENTO EUROPEU, Resolução que adota a declaração dos direitos e liberdades fundamentais, de 12 de abril de 1989, JO C 120 de 16.05.1989, pp. 51-57.

<sup>31</sup> Acórdão (TJ) *Omega*, 14 de outubro de 2004, Proc. C-36/02, EU:C:2004:614, cons. 37.

<sup>32</sup> Neste sentido, cfr. ALESSANDRA SILVEIRA, *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*, 2ª edição, Lisboa, Quid Iuris, 2011, p. 80.

interjusfundamentalidade<sup>33</sup> –, como de assistemático – porque resulta espalhado por inúmeras páginas de jurisprudência e por uma multiplicidade de textos jurídicos e de declarações políticas<sup>34</sup>. Esta assistemática está na base do processo de elaboração da CDFUE. Até então, a definição e a construção do catálogo e do sistema de proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da UE havia sido (auto-)assumido pelo TJ – tendo sido, a *posteriori*, formalmente ratificado pelos *senhores dos Tratados* com a assinatura do Tratado de Maastricht e a criação da UE<sup>35</sup>, ou seja, quando «o projecto comunitário galgou definitivamente [diríamos, descomplexadamente] os limites da integração económica para iniciar a integração política»<sup>36</sup>. Contudo, na viragem de milénio – e no trigésimo aniversário da jurisprudência *Stauder* –, «o processo político [quis] retomar nas suas próprias mãos a definição do sistema e catálogo dos direitos fundamentais na União

---

<sup>33</sup> Conceito desenvolvido por JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, «Estado de Direito e Internormatividade», in *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, ALESSANDRA SILVEIRA (coord.), Lisboa, Quid Iuris, 2010, pp. 171-185.

<sup>34</sup> Assim, ALLAN ROSAS, «When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level?», in *Jurisprudence*, vol. 19, n.º 4, 2012, p. 1271.

<sup>35</sup> A referência já havia sido feita no Ato Único Europeu, timidamente no seu preâmbulo, contudo: «Decididos a promover conjuntamente a democracia, com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas Constituições e legislações dos Estados-membros, na Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social». Pelo Tratado de Maastricht, a codificação das fontes de proteção dos direitos fundamentais vai, como repara LEONARD BESSELINK, «General Report», cit., p. 3, para além da «*inspiração*» ou das «*indicações*» a que se referia o TJ na sua jurisprudência: «A União respeitará os direitos 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 do direito comunitário» (art. F.º, n.º 2, itálicos nossos). O correspondente art. 6.º, n.º 3, TUE resultante do Tratado de Lisboa mantém, ligeiramente alterada, esta formulação.

<sup>36</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, cit., p. 49.

Europeia»<sup>37</sup> e avançar para uma «forma mais ambiciosa de uma declaração de direitos». Foi assim que, em 1999, o Conselho Europeu de Colónia confiou a uma instância, que veio a autointitular-se *Convenção*<sup>38</sup>, a elaboração de uma «carta dos direitos fundamentais na qual fiquem consignados, com toda a evidência, a importância primordial de tais direitos e o seu alcance para os cidadãos da União.»<sup>39</sup>

Após um período de gestação sem equivalente na história da construção jurídica das Comunidades e da UE<sup>40</sup>, a CDFUE foi proclamada em 2000<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição Plural...*, cit., p. 305.

<sup>38</sup> O nome escolhido visava expressar um «gesto histórico» que evocasse as convenções revolucionárias francesas e a Convenção que redigiu a Constituição dos Estados-Unidos da América – cfr. GUY BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Éditions du Seuil, 2001, pp. 19-20. A composição e os métodos de trabalho da Convenção ficaram estabelecidos no Conselho Europeu de Tampere – cfr. CONSELHO EUROPEU, Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999, Anexo: Instância para a elaboração de um projecto de Carta dos Direitos Fundamentais.

<sup>39</sup> CONSELHO EUROPEU, Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Colónia de 3 e 4 de junho de 1999, Anexo IV: Decisão do Conselho Europeu sobre a elaboração de uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 1º parágrafo.

<sup>40</sup> É amplamente assinalada pela doutrina a originalidade do processo de elaboração da CDFUE – cfr. GUY BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux...*, cit., pp. 19-33; GRÁINNE DE BÚRCA, «The drafting of the European Union Charter of fundamental rights», in *European Law Review*, vol. 26, n.º 2, 2001, pp. 126-138; MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição Plural...*, cit., pp. 300-306. Para além de, como referido, assinalar uma nova dinâmica na proteção dos direitos fundamentais na UE em razão da iniciativa política que lhe está na origem, o método da *Convenção* foi caracterizado pela sua ampla representatividade e pela transparência dos seus trabalhos, iniciando «um certo tipo de processo constituinte experimental para a União Europeia» (MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição Plural...*, cit., p. 301) que antecedeu a *Convenção sobre o Futuro da Europa* cujos trabalhos, iniciados em 2001, desembocaram na aprovação em 2006, após discussão em Conferência Intergovernamental convocada para o efeito, do texto do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. MARIA LUÍS DUARTE também sublinha a «singularidade do processo genético» da CDFUE por não ocorrer em momento revolucionário de rutura com o passado, antes surgindo como «instrumento declarativo e codificador de direitos já reconhecidos no âmbito da ordem jurídica comunitária» – cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, cit., pp. 131-132.

<sup>41</sup> A CDFUE foi proclamada solenemente em dezembro de 2000 pelos Presidentes do Conselho da União Europeia, do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia no Conselho Europeu de Nice – cfr. CONSELHO EUROPEU, Conclusões da

enquanto acordo interinstitucional<sup>42</sup> sem que lhe tivesse sido reconhecida força jurídica vinculativa<sup>43</sup>. Embora redigida «como se» viesse a ser integrada nos Tratados<sup>44</sup>, a relevância jurídica da CDFUE restou incerta durante a sua menoridade. A imagem empregue não quer desvalorizar o impacto da proclamação da CDFUE, pelo contrário: a chegada de um menor abala para todo o sempre o meio, de facto e de direito, que o vai acolher em todas as fases do seu crescimento e o mesmo sucedeu com a CDFUE. Ainda e apesar de desprovida de força jurídica vinculativa, a CDFUE proclamada em Nice deu os primeiros passos no cenário jusfundamental da UE enquanto «norma de orientação»<sup>45</sup>, cedo começando a ser considerada pela Comissão nas suas

---

Presidência do Conselho Europeu de Nice de 7 a 10 de dezembro de 2000, Parte I: Carta dos Direitos Fundamentais – e publicada no Jornal Oficial no mesmo mês (JO C 364 18.12.2000, pp. 1-22). Assim se cumpria o mandato de Colónia que impunha à instância encarregue da elaboração da CDFUE a apresentação de um «projecto em tempo útil, antes do Conselho Europeu de Dezembro de 2000».

<sup>42</sup> A propósito da vida da CDFUE enquanto acordo interinstitucional e, assim, enquanto «commitment to behave according to a given way [that] creates political and moral obligations for the institutions which have subscribed to it even if it does not confer rights on third parties», cfr. JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, «The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration», in *Continuity and Change in EU Law – Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, ANTHONY ARNULL, PIET EECKHOUT e TAKIS TRIDIMAS (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 159-168.

<sup>43</sup> O mandato de Colónia havia deixado a questão em aberto, remetendo para fase posterior o estudo da «oportunidade e, eventualmente, [d]o modo como a Carta deverá ser integrada nos Tratados.» – cfr. CONSELHO EUROPEU, Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Colónia de 3 e 4 de junho de 1999, Anexo IV..., cit., 4º parágrafo.

<sup>44</sup> Proposta, conhecida como «as if doctrine» (GRÁINNE DE BÚRCA, «The drafting of the European Union Charter...», cit., p. 128), do Presidente da Convenção, Roman Herzog, aprovada por unanimidade – cfr. GUY BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux...*, cit., p. 36, e ÁLVARO RODRÍGUEZ BEREJO, «El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza», in *La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea*, cit., p. 209 – que se reflete particularmente na redação, desde a versão originária da CDFUE, das disposições constantes do seu Título VII e das suas Anotações.

<sup>45</sup> TERESA FREIXES, «Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Preâmbulo», in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, ALESSANDRA SILVEIRA e MARIANA CANOTILHO (coord.), Coimbra, Almedina, 2013, p. 21.

propostas<sup>46</sup>, pelos AG nas suas Conclusões<sup>47</sup> e pelo TJUE nas suas decisões<sup>48/49</sup>. É também nesta fase que a CDFUE vê o seu texto alterado e frustrada a primeira tentativa de lhe assegurar plena vigência<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> A 13 de março de 2001, a Comissão decidiu submeter as suas propostas de atos legislativos e regulamentares a um controlo prévio de compatibilidade com a CDFUE. As propostas e os atos que apresentassem uma ligação específica com direitos fundamentais passaram a ser objeto, nos respetivos considerandos iniciais, de uma declaração formal de compatibilidade com a CDFUE – cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação «O respeito da Carta dos Direitos Fundamentais nas propostas legislativas da Comissão. Metodologia para um controlo sistemático e rigoroso», de 27.04.2005, COM(2005) 172 final, cons. 1 e respetivas notas. Foi o caso da Diretiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar, JO L 251 de 03.10.2003, pp. 12-18, que deu origem ao acórdão (TJ) *Parlamento contra Conselho*, 27 de junho de 2006, Proc. C-540/03, EU:C:2006:429. Ainda antes da proclamação solene da CDFUE, a Comissão, tendo por referência as diversas posições até então manifestadas no sentido da vinculatividade da mesma, já havia considerado difícil que ela própria e o Conselho, enquanto legisladores, a ignorassem ou que o TJUE dela se não inspirasse – cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação sobre a Natureza da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 11.10.2000, COM(2000) 644 final, cons. 10.

<sup>47</sup> Ainda no ano de 2001, alguns AG alongaram-se nas suas considerações atinentes à relevância jurídica da CDFUE, não se limitando a uma breve referência genérica à CDFUE ou a algum dos seus preceitos – cfr., por exemplo, Conclusões *BECTU*, ANTONIO TIZZANO, 8 de fevereiro de 2001, Proc. C-173/99, EU:C:2001:81, cons. 27 e 28; Conclusões *Hautala*, PHILIPPE LÉGER, 10 de julho de 2001, Proc. C-353/99 P, EU:C:2001:392, cons. 78 a 83; e Conclusões *Booker Aquacultur*, JEAN MISCHO, 20 de setembro de 2001, Procs. C-20/00 e C-64/00, EU:C:2001:469, cons. 126.

<sup>48</sup> A primeira jurisdição a referir-se à CDFUE foi o TG, então Tribunal de Primeira Instância (TPI) – apenas para mencionar as três primeiras referências, cfr. acórdão (TPI/TG) *Mannesmannröhren-Werke*, 20 de fevereiro de 2001, Proc. T-112/98, EU:T:2001:61, cons. 76; despacho (TPI/TG) *Álava*, 11 de janeiro de 2002, Proc. T-77/01, EU:T:2002:4, cons. 35; e acórdão (TPI/TG) *max.mobil*, 30 de janeiro de 2002, Proc. T-54/99, EU:T:2002:20, cons. 48 – só mais tarde se manifestando o TJ – reincidindo no mesmo critério, cfr. acórdãos (TJ) *Parlamento contra Conselho* (2006) cit., cons. 38 e 58; *Unibet*, 13 de março de 2007, Proc. C-432/05, EU:C:2007:163, cons. 37; e *Viking Line*, 11 de dezembro de 2007, Proc. C-438/05, EU:C:2007:772, cons. 43 e 44.

Para uma análise das primeiras referências à CDFUE nas Conclusões dos AG e nas decisões do TG/TPI, cfr. JOHN MORIJN, «Judicial Reference to the EU Fundamental Rights Charter. First experiences and possible prospects», publicação do *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos/Human Rights Centre, 2002, pp. 1-35 [[http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/john\\_morjin.pdf](http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/john_morjin.pdf)]. O trabalho é anterior ao acórdão *Parlamento contra Conselho* (2006) e, assim, à primeira referência à CDFUE pelo TJ. O Autor explica a relutância do TJ em referir-se à CDFUE pelas seguintes razões: (i) a desnecessidade em referir-se à CDFUE; (ii) diferenças de opinião entre os juizes quanto à forma de proceder; e (iii) o certo receio de o TJ ver fragilizada a sua posição institucional, pois se até então se assumia como «*political body*» da proteção dos direitos fundamentais na UE e, por esta via, motor do processo de integração,

A maioria da CDFUE inicia-se com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa a 1 de dezembro de 2009<sup>51</sup>. Sendo-lhe reconhecido o «mesmo valor jurídico que os Tratados»<sup>52</sup>, a CDFUE passou, desde então, a integrar formalmente, e com igual dignidade que os demais instrumentos do direito primário da UE<sup>53</sup>, o bloco de jusfundamentalidade da União, e a influenciar o processo de decisão das instituições da UE<sup>54</sup>. Nem por isso, contudo, a entrada

---

passaria, referindo-se à CDFUE, a aceitar o seu papel de (mero) «*judicial body*» vinculado ao texto de direitos fundamentais forjado pelos Senhores dos Tratados (pp. 17-19).

<sup>49</sup> Bem como por alguns tribunais (constitucionais) nacionais – cfr. MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição Plural...*, cit., p. 325, e MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, cit., pp. 159-160 – e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – cfr. acórdão (TEDH) *Christine Goodwin contra Reino Unido*, 11 de julho de 2002, Proc. n.º 28957/95, Rec. 2002-VI, CE:ECHR:2002:0711JUD002895795, cons. 58 e 100.

<sup>50</sup> Com algumas alterações, a CDFUE constituía a Parte II (arts. II-62.º a II-114.º) do malogrado Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa assinado em 29 de outubro de 2004 (JO C 310 de 16.12.2004, pp. 1-474). Em relação à versão da CDFUE proclamada em Nice (JO C 364 de 18.12.2000, pp. 1-22), foram alteradas a redação dos arts. 42.º, 51.º e 52.º, sendo que a este último foram aditados os n.ºs 4 a 7. Na base destas alterações, estão dois temas que estiveram no coração dos debates da *Convenção sobre o Futuro da Europa* que redigiu o texto do referido Tratado – a relação entre direitos fundamentais e competências da UE e a distinção entre «princípios» e «direitos» consagrados na CDFUE, especialmente tendo em vista a invocabilidade dos direitos sociais consagrados no seu Título IV, questões que estão concretamente na origem dos arts. 51.º, n.º 2, e 52.º, n.º 5, CDFUE – neste sentido, cfr. JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHERE, «Droits fondamentaux: quelle place dans l'architecture de l'Union», cit., p. 269.

<sup>51</sup> Cfr. art. 6.º, n.º 2, do Tratado de Lisboa (JO C 306 de 17.12.2007, pp. 1-271).

<sup>52</sup> Art. 6.º, n.º 1, 1º parágrafo, TUE.

<sup>53</sup> Contrariamente ao que sucedia no quadro do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, a CDFUE não foi, pelo Tratado de Lisboa, incluída no corpo dos Tratados. Contudo, a equiparação do valor jurídico da CDFUE e dos Tratados operada pelo art. 6.º, n.º 1, 1º parágrafo, TUE não pode ser desvalorizada pois, «na ótica do constitucionalismo da União Europeia, (...) a diferença entre incluir e equiparar acaba por ser mais simbólica do que jurídica.» – ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 253. No mesmo sentido, PAUL CRAIG aponta que «in legal reality the force of the Charter under the Lisbon Treaty will be the same as it would have been under the Constitutional Treaty.» – PAUL CRAIG, *EU Administrative Law*, 2ª edição, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 453.

<sup>54</sup> Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação «Estratégia para a aplicação efectiva da Carta dos Direitos Fundamentais pela União Europeia», de 19.10.2010, COM(2010) 573 final; PARLAMENTO EUROPEU, Resolução de 15 de dezembro de 2010 sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2009) – aplicação efectiva após a entrada em

em vigor da CDFUE rompe com o modelo anterior de proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da UE. Este permanece, por um lado, plural, multinível ou internormativo, na medida em que assenta em normas de proteção dos direitos fundamentais de distinta proveniência (nacional, europeia e internacional) e, por outro, dinâmico, aberto ou evolutivo, apesar do intuito consolidativo que está na génese da elaboração da CDFUE.

A CDFUE não substitui, por um lado, o sistema de proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da UE – completa-o, não só porque acresce às fontes de direitos fundamentais que já integravam o bloco de jusfundamentalidade da UE, mas também porque contempla um amplo catálogo de direitos fundamentais. Repare-se que, ao lado de direitos que já integravam o *acquis* jusfundamental da União, também foram consagrados direitos “novos”, nomeadamente em sede de bioética (art. 3.º, n.º 2), proteção do ambiente (art. 37.º), proteção dos consumidores (art. 38.º), bem como o «direito a uma boa administração» (art. 41.º)<sup>55</sup>. Não se trata de direitos, em si, novos, no sentido de desconhecidos na ordem jurídica da UE, mas de direitos que se encontravam em «estado dormente»<sup>56</sup> aquando da redação da CDFUE e que com ela passaram a conhecer nova formulação e/ou sistematização. Para além disso, alguns direitos contemplados na CDFUE escapam do rol de competências atualmente atribuídas à UE – como, por exemplo, a dignidade do ser humano (art. 1.º), o direito à vida (art. 2.º), a proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes (art. 4.º), a proibição da escravidão

---

vigor do Tratado de Lisboa [(2009/2161(INI))]; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, Conclusões sobre o papel do Conselho da União Europeia na aplicação efetiva da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Bruxelas, 24 e 25 de fevereiro de 2011.

<sup>55</sup> Neste sentido, cfr. GUY BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux...*, cit., p. 47.

<sup>56</sup> Assim, CLEMENS LADENBURGER, «Institutional Report», cit., p. 4 (tradução livre).

e do trabalho forçado (art. 5.º), o direito de contrair casamento e constituir família (art. 9.º) e os direitos decorrentes do reconhecimento de princípios de justiça penal (arts. 48.º a 50.º) – e a sua consagração justifica-se por um desejo de completude dos redatores da CDFUE<sup>57</sup>.

No que toca à primeira vertente assinalada – que a CDFUE acresce às fontes de direitos fundamentais que já integravam o bloco de jusfundamentalidade da UE –, a CDFUE não altera a lógica de interjusfundamentalidade sob a qual sempre assentou e se desenvolveu a proteção dos direitos fundamentais na UE. É, aliás, produto deste cenário e procura também promovê-lo. A CDFUE é, ela própria, um exercício de interjusfundamentalidade, sendo o fruto da convergência de diversas fontes de proteção dos direitos fundamentais, o que estava inscrito no mandato de Colónia<sup>58</sup> e ficou depois plasmado no seu Preâmbulo<sup>59</sup> e refletido no seu

---

<sup>57</sup> Neste sentido, CLEMENS LADENBURGER, «Institutional Report», cit., p. 21, aponta a ausência de correlação entre «the extent of the Union's legislative competence and its capacity of affecting fundamental rights» para a redação de um catálogo de direitos fundamentais que não espelhe (no sentido de não se limitar ao) o catálogo de competências da UE. No mesmo sentido, MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, cit., pp. 138-141, acrescenta que a consagração de alguns destes direitos se justifica pelo «significado que lhe anda associado, de tal modo que uma declaração de direitos, seja qual for o seu concreto destinatário, estaria incompleta se os não consagrasse.» Por sua vez, MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição Plural...*, cit., pp. 321-322, também argumenta no sentido de que os «direitos, actualmente inaplicáveis mas previstos na carta, visam antecipar futuras competências da (...) União» e poderão ser tidos em conta «na fiscalização das políticas de direitos fundamentais dos Estados-membros ou dos países candidatos, ainda que só no contexto dos artigos. 7.º e 49.º do Tratado da União Europeia.»

<sup>58</sup> O Conselho Europeu de Colónia referiu-se à CEDH, às tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros, aos direitos outorgados aos cidadãos da União pelos Tratados, à Carta Social Europeia e à Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, como fontes de inspiração para a elaboração da CDFUE – cfr. CONSELHO EUROPEU, *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Colónia de 3 e 4 de junho de 1999, Anexo IV...*, cit., 2º parágrafo.

<sup>59</sup> Cfr. 5º parágrafo do Preâmbulo da CDFUE.

articulado, como resulta especialmente patente nas respetivas Anotações<sup>60</sup>. Para além disso, a CDFUE não ignora que, no sistema jurídico da UE, convivem normas jusfundamentais de distinta proveniência. Não almeja, contudo, harmonizar estes sistemas de proteção dos direitos fundamentais<sup>61</sup>, antes procura enquadrar aquela convivência de forma a incutir um certo sentido de unidade e coerência intersistemático, em particular nas regras interpretativas fixadas no seu art. 52.º e pela consagração do princípio do nível de proteção mais elevado no seu art. 53.º.

Com a CDFUE, os direitos fundamentais ganharam, sem dúvida, em visibilidade<sup>62</sup> e centralidade na ordem jurídica da UE: o processo de integração europeia foi, especialmente após a sua entrada em vigor, definitivamente colocado «sob a égide dos direitos fundamentais»<sup>63</sup>. Contudo, o modelo de

---

<sup>60</sup> Das Anotações à CDFUE, elaboradas pela Convenção que a elaborou e alteradas pela *Convenção sobre o Futuro da Europa* que redigiu o texto do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (JO C 303 de 14.12.2007, pp. 17-35), contam-se referências à CEDH e a outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos do Homem, às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, a disposições do direito primário e derivado da UE, à jurisprudência do TJUE e à do TEDH. Nessa medida, as Anotações demonstram «à quel point les choix ont été faits en fonction de la valeur intrinsèque des droits plutôt que de la hiérarchie des normes qui les portent.» – JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHERE, «Droits fondamentaux: quelle place dans l'architecture de l'Union», cit., p. 267. Entre nós, se, por um lado, MARIA LUÍSA DUARTE estima que a consideração de tais fontes vai ao encontro do mandato de Colónia de atender aos «princípios gerais de direito comunitário», VITAL MOREIRA, pelo contrário, conclui que a Convenção «ultrapassou o mandato que tinha» – cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, cit., p. 135.

<sup>61</sup> Do que se distingue da CEDH, como salientam THOMAS VON DANWITZ e KATHERINA PARASCHAS, «A fresh start for the Charter: Fundamental questions on the application of the European Charter of Fundamental Rights», in *Fordham International Law Journal*, vol. 35, n.º 5, 2012, pp. 1400-1401: «(...) the function of the Charter is not to enable harmonization of the systems of protection of fundamental rights of Member States. In other words, the Charter does not establish a minimum standard generally applicable to Member States like the ECHR does.»

<sup>62</sup> Vontade confessada no 4º parágrafo do Preâmbulo da CDFUE.

<sup>63</sup> VITAL MOREIRA, «Anotação Geral» (CDFUE), in *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*, MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO (coord.), Coimbra, Almedina, 2012, p. 1401.

proteção dos direitos fundamentais não foi substancialmente alterado<sup>64</sup>: a CDFUE não elevou os direitos fundamentais a política fundamental da UE<sup>65</sup> e o sistema de proteção dos direitos fundamentais permanece aquele que resulta do art. 6.º TUE, em especial dos seus n.ºs 1 e 3<sup>66</sup>. O preceito oferece a «clef de voûte» do sistema de proteção dos direitos fundamentais da UE, assente em três pilares de proteção dos direitos fundamentais<sup>67</sup>, integrando fontes (i) de proveniência jus-europeia, às quais acresce a CDFUE, (ii) de proveniência nacional (as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros) e (iii) de

---

<sup>64</sup> Neste sentido, cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 112-115; MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição Plural...*, cit., p. 309; ALESSANDRA SILVEIRA, *Princípios de Direito da União Europeia...*, cit., p. 81; HERWIG C. H. HOFMANN e BUCURA C. MIHAESCU, «The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case», in *European Constitutional Law Review*, vol. 9, n.º 1, 2013, p. 82; SARA 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», in *Common Market Law Review*, vol. 49, n.º 5, 2012, pp. 1568-1573.

<sup>65</sup> Assim, MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição Plural...*, cit., p. 327. Esta era uma das principais razões que levava JOSEPH WEILER a questionar a necessidade de um catálogo de direitos na UE – cfr. JOSEPH WEILER, «Editorial: Does the European Union Truly Need a Charter of Rights?», in *European Law Journal*, vol. 6, n.º 2, 2000, pp. 95-97.

<sup>66</sup> Nos termos dos n.ºs 1 e 3 do art. 6.º TUE, a UE «reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados» na CDFUE, que goza do «mesmo valor jurídico que os Tratados», e do DUE fazem também parte, «enquanto princípios gerais», os direitos fundamentais garantidos pela CEDH e que resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. Têm sido assinaladas duas importantes funções ao art. 6.º, n.º 3, TUE. Por um lado, confere ao sistema de proteção dos direitos fundamentais da UE a abertura e a flexibilidade necessárias para acompanhar a dinâmica evolutiva dos padrões de proteção dos direitos fundamentais que resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros e dos instrumentos de direito internacional de que fazem parte, com especial destaque para a CEDH. Assume, por outro, um papel importante em relação ao Protocolo (n.º 30) relativo à aplicação da CDFUE à Polónia e ao Reino Unido (JO C 306 de 17.12.2007, pp. 156 e 157) e à Declaração (n.º 53) da República Checa sobre a CDFUE, anexa à Ata Final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa (JO C 306 de 17.12.2007, pp. 267 e 268): mesmo limitando o âmbito de aplicação da CDFUE, não dispensam os Estados-Membros em causa do respeito pelos direitos fundamentais enquanto princípios gerais do DUE nos termos do art. 6.º, n.º 3, TUE – neste sentido, cfr. LEONARD BESSELINK, «General Report», cit., pp. 13 e 14, e CLEMENS LADENBURGER, «Institutional Report», cit., pp. 4-6. A propósito do referido Protocolo, cfr. acórdão (TJ) *N. S.*, 21 de dezembro de 2011, Procs. C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865, cons. 118-120.

<sup>67</sup> Assim, TERESA FREIXES, «Quelles valeurs à protéger...», cit., pp. 117-118.

proveniência internacional, com destaque para a CEDH. Esta «*rede estruturada*» de proteção dos direitos fundamentais continua sujeita a uma cuidadosa filtragem<sup>68</sup> no «*quadro da estrutura e dos objetivos da União*» em ordem a garantir a autonomia da ordem jurídica da União em relação aos direitos dos Estados-Membros e do direito internacional<sup>69</sup>. Por outras palavras, a abertura do sistema jusfundamental da UE a outras fontes de proteção dos direitos fundamentais continua sendo uma abertura simultaneamente auto-imposta e autonomamente regulada. É assim que o protagonismo que a CDFUE assume<sup>70</sup> não apaga, nem desvirtua, a pluralidade de fontes que

---

<sup>68</sup> Repare-se na afirmação contida no acórdão (TJ) *Melloni*, 26 de fevereiro de 2013, Proc. C-399/11, EU:C:2013:107, cons. 60, a propósito do princípio do nível de proteção mais elevado consagrado no art. 53.º CDFUE: «(...) o artigo 53.º da Carta confirma que, quando um ato do direito da União exige medidas nacionais de execução, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela Carta, conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.»

<sup>69</sup> Aproveitando as palavras do TJ no Parecer 2/13, cit., cons. 167 e 170. A insuficiência das disposições do projeto de acordo de adesão da União à CEDH para salvaguardar a autonomia e preservar as características específicas do DUE motivaram, entre outras razões, o parecer negativo do TJ – cfr. Parecer 2/13, cit., cons. 179-200. A este respeito, o TJ considerou que o projeto (i) era suscetível de lesar o princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros quanto ao respeito do DUE e, em especial, ao respeito pelos direitos fundamentais tal como protegidos pelo DUE, (ii) era suscetível de afetar a autonomia do processo das questões prejudiciais previsto no art. 267.º TFUE e (iii) não assegurava a coordenação entre a faculdade prevista no art. 53.º CEDH e o disposto no art. 53.º CDFUE tal como interpretado no acórdão *Melloni*, cit., cons. 60: «Na medida em que o artigo 53.º da CEDH reserva, em substância, às Partes Contratantes a faculdade de prever padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais mais elevados do que os garantidos por esta Convenção, importa assegurar a coordenação entre esta disposição e o artigo 53.º da Carta, conforme interpretado pelo Tribunal de Justiça, a fim de que a faculdade concedida aos Estados-Membros pelo artigo 53.º da CEDH permaneça limitada, no que se refere aos direitos reconhecidos pela Carta, correspondentes a direitos garantidos pela referida Convenção, ao necessário para evitar comprometer o nível de proteção previsto pela Carta, bem como o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.» – Parecer 2/13, cit., cons. 189.

<sup>70</sup> A prática na jurisprudência do TJ preza a centralidade da CDFUE. A tendência remonta ao acórdão (TJ) *DEB*, 22 de dezembro de 2010, Proc. C-279/09, EU:C:2010:811, no qual o TJ reformulou e respondeu à questão prejudicial colocada de forma a integrar a interpretação do «*princípio da protecção jurisdicional efectiva, como consagrado no artigo 47.º da Carta*» (cons. 33 e 59). A propósito do mesmo direito fundamental, no acórdão (TJ) *Chalkor*, 8 de

compõem o todo: a CDFUE interage em relação de complementaridade não hierárquica com outras fontes de proteção dos direitos fundamentais<sup>71</sup>. A CDFUE não rompe, pois, com o sistema de proteção dos direitos fundamentais próprio da UE, que continua plural, multinível ou internormativo<sup>72</sup>.

Por outro lado, a CDFUE também não paralisa o sistema de proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União Europeia. Não se ignora o intuito consolidativo que está na origem da elaboração da CDFUE. A CDFUE foi concebida como «exercício de visibilidade»<sup>73</sup>, com ela pretendendo-se codificar ou «reafirma[r]»<sup>74</sup> os direitos fundamentais já protegidos pela ordem

---

dezembro de 2011, Proc. C-386/10 P, EU:C:2011:815, o TJ tomou «*unicamente como referência*» o art. 47.º CDFUE na apreciação do argumento relativo à fiscalização jurisdicional limitada do TG, também fundado no art. 6.º CEDH (cons. 50 a 52). A propósito, nas Conclusões *Prigge*, 19 de maio de 2011, Proc. C-447/09, EU:C:2011:321, cons. 26, PEDRO CRUZ VILLALÓN afirma que «por mais que continue plenamente vigente a declaração contida no acórdão Mangold (reafirmada no acórdão Küçükdeveci) de que a proibição de discriminação por razão da idade é um princípio geral do direito da União que “encontra [...] a sua origem [...] em diversos instrumentos internacionais e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”, a verdade é que esse princípio foi objecto de positivização na “Carta de Lisboa”, pelo que é nesta sede que o princípio deve basear as possibilidades e os limites da sua eficácia.»

<sup>71</sup> Neste sentido, referindo-se especificamente à proteção dos direitos fundamentais enquanto direitos positivados na CDFUE e princípios gerais do DUE, HERWIG C. H. HOFMANN e BUCURA C. MIHAESCU, «The Relation between the Charter’s Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law...», cit., pp. 79-83, em especial p. 81: «(...) the pluralism of sources should not in itself be seen as detrimental to the transparency of the legal system of the EU. Neither the Charter’s intelligibility nor its accessibility are reduced by a parallel existence and applicability of written rights and of unwritten general principles of law. Moreover, the constitutional identity of the Union, also post-Lisbon, remains dynamic and merges different legal traditions by mutual cross-fertilisation of concepts and ideas.»

<sup>72</sup> BRUNO DE WITTE «Article 53», in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, STEVE PEERS et al. (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 1525, fundamenta esta ideia no art. 53.º CDFUE do qual resulta que a CDFUE «aims at being a useful addition to the system of fundamental rights protection rather than a threat to the existing regimes of protection and, in particular, that those existing regimes should not be applied and interpreted ‘downwards’ by invoking the language of the Charter.»

<sup>73</sup> GRÁINNE DE BÚRCA, «The drafting of the European Union Charter...», cit., p. 130 (tradução livre).

<sup>74</sup> 5º parágrafo do Preâmbulo da CDFUE. Também a COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 13.09.2000, COM(2000) 559 final, cons. 7, descreveu o trabalho da Convenção

jurídica da UE. Nem por isso, contudo, a CDFUE constitui «um ponto de chegada que cristaliza o acervo de direitos fundamentais» na UE<sup>75</sup>. A CDFUE dá um novo alento a este acervo e, para além de ela própria ser palco de desdobramentos futuros, terá de conviver com outros que lhe escapam. Terá de conviver com a evolução dos padrões de proteção dos direitos fundamentais que resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros e dos instrumentos internacionais relativos aos direitos do Homem aos quais os Estados-Membros tenham aderido, com especial destaque para a CEDH, pois, nos termos do art. 6.º, n.º 3, TUE, continuam a fazer parte do DUE enquanto princípios gerais. Quanto à CEDH em especial, é impossível ignorar a proximidade entre a CDFUE e a CEDH, seja em geral – em razão, nomeadamente, das regras interpretativas e de fixação do nível de proteção resultantes dos arts. 52.º, n.º 3, e 53.º CDFUE –, seja em especial – em razão da íntima relação existente entre disposições específicas da CDFUE e os seus “equivalentes” na CEDH –, o que obriga a um acompanhamento da jurisprudência do TEDH<sup>76</sup>. A este cenário constituído poderá, *de jure condendo*,

---

encarregada de elaborar a CDFUE como um «trabalho de apuramento mais do que de criação, de compilação mais do que de inovação.»

<sup>75</sup> VITAL MOREIRA, «Anotação Geral» (CDFUE), cit., p. 1401.

<sup>76</sup> A propósito, KOEN LENAERTS admite que o TJ tenha de reinterpretar a CDFUE à luz de jurisprudência posterior do TEDH que acolha um nível mais elevado de proteção em relação a um certo direito fundamental consagrado em disposições da CDFUE e da CEDH: «A combined reading of Article 52(3) and Article 53 of the Charter demonstrates that if the ECtHR raises the level of protection of a fundamental right (or decides to expand its scope of application) so as to overtake the level of protection guaranteed by EU law, then the autonomy of EU law may no longer exist. With a view to attaining the level of protection guaranteed by the ECHR, the ECJ will be obliged to reinterpret the Charter.» – KOEN LENAERTS, «Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights», in *European Constitutional Review*, vol. 8, n.º 3, 2012, p. 394.

acrescer a concretização da adesão da União à CEDH<sup>77</sup>, prevista no art. 6.º, n.º 2, TUE. A entrada em vigor da CDFUE não rompe, pois, com o sistema anterior de proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União Europeia que continua dinâmico, aberto e evolutivo.

Acresce ainda que a CDFUE, apesar dos impulsos políticos que estão na origem da sua redação, da sua proclamação e do início da sua vigência, não retira o protagonismo do TJ no cenário jusfundamental da UE. O papel da jurisprudência do TJ perde, em certa medida, a sua capacidade de revelação das fontes de direitos fundamentais na ordem jurídica da UE, pois o «catálogo politicamente desenvolvido [torna-se] a fonte de direito predominante na definição dos direitos fundamentais na União Europeia»<sup>78</sup> – predominante, mas não exclusiva<sup>79</sup>. Para além disso, intensifica-se o papel do TJ enquanto último intérprete do DUE em sede de proteção dos direitos fundamentais. Compete ao TJ descortinar os direitos fundamentais decorrentes da CEDH e das tradições

---

<sup>77</sup> Que continua a «*apresentar importantes particularidades*» em razão das «*minudências*» que caracterizam o processo de adesão a fim de assegurar a compatibilidade da adesão projetada com o direito primário – aproveitando, respetivamente, as palavras do TJ no Parecer 2/13, cit., cons. 154, e da AG JULIANE KOKOTT na sua Tomada de Posição de 13 de junho de 2014, Processo de emissão do Parecer 2/13, EU:C:2014:2475, cons. 4. Sobre a adesão da UE à CEDH e, em especial, sobre o referido Parecer 2/13, cfr., entre outros, JEAN-PAUL JACQUÉ, «*Pride and/or Prejudice?...*», cit., pp. 19-45; INGOLF PERNICE, «*L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue*», in *Cahiers de Droit Européen*, ano 51, n.º 1, 2015, pp. 47-72; ELEANOR SPAVENTA, «*A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*», in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, n.º 1, 2015, pp. 35-56; e BRUNO DE WITTE e ŠEJLA IMAMOVIĆ, «*Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court*», in *European Law Review*, vol. 40, 2015, pp. 683-705.

<sup>78</sup> MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição Plural...*, cit., p. 311.

<sup>79</sup> Com efeito, porque, nos termos do art. 6.º, n.º 3, TUE, o sistema de proteção dos direitos fundamentais assenta também, enquanto princípios gerais do DUE, nos direitos fundamentais decorrentes da CEDH e das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, continuam na ordem do dia as fontes consideradas desde 1969 pelo TJ para revelar os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE – neste sentido, cfr. ALLAN ROSAS, «*When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level?*», cit., p. 1272.

constitucionais comuns aos Estados-Membros que integram o sistema de proteção dos direitos fundamentais enquanto princípios gerais do DUE (art. 6.º, n.º 3, TUE<sup>80</sup>); no que toca especificamente à CDFUE, caberá ao TJ delimitar o exato âmbito de aplicação da CDFUE (art. 51.º) e definir o sentido específico de proteção (de cada um) dos direitos fundamentais nela consagrados (art. 52.º); para além disso – ou, porventura, por conta disso – é o TJ que se encontra na melhor posição para definir o padrão de jusfundamentalidade – nacional, da UE ou da CEDH – concretamente aplicável em resultado do princípio do nível de proteção mais elevado (art. 53.º)<sup>81</sup>. Não é por acaso que, desde a entrada em vigor da CDFUE, tenha aumentado significativamente o número de casos nos quais o TJUE é chamado a pronunciar-se em matéria de direitos fundamentais<sup>82</sup>. Neste sentido, pois, a entrada em vigor da CDFUE continua sem romper com o sistema anterior de proteção dos direitos

---

<sup>80</sup> CLEMENS LADENBURGER, «Institutional Report», cit., p. 5, interpreta o art. 6.º, n.º 3, TUE como «the basis of a *residual* category of fundamental rights, to which the Court is likely to resort only in case of a gap in the 50 articles of the Charter that cannot be closed even by creative interpretation.» A título exemplificativo, menciona o art. 41.º CDFUE na medida em que «several elements of good administration mentioned in Article 41 (2) have already been recognised by the Court as a general principle of law binding also Member States when implementing Union law».

<sup>81</sup> Neste sentido, cfr. ALESSANDRA SILVEIRA, «União Europeia: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo)», in *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, ALESSANDRA SILVEIRA (coord.), Lisboa, Quid Iuris, 2010, pp. 36-42.

<sup>82</sup> Para além da entrada em vigor da CDFUE, GRÁINNE DE BÚRCA identifica outros dois fatores que justificam o aumento de pronunciamentos do TJUE em matéria de direitos fundamentais: a expansão de competências da UE para áreas como imigração, asilo, segurança e privacidade, e a expansão, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, do âmbito da jurisdição do TJ com a revogação do art. 68.º TCE, a inclusão dos atos adotados por agências da UE e o reforço da aplicação das tramitações prejudiciais urgente e acelerada – cfr. GRÁINNE DE BÚRCA, «After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?», in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n.º 2, 2013, pp. 168-184.

fundamentais na ordem jurídica da UE que conserva o seu «traço de vincada dependência da decisão pretoriana.»<sup>83</sup>

Em suma, a (entrada em vigor da) CDFUE abala os alicerces do sistema de proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da UE – reforçando-os –, mas não derruba a construção plural, dinâmica e jurisprudencial a que tais alicerces sempre deram suporte.

### **3. O âmbito de aplicação da CDFUE – o enigma da sua vinculação para os Estados-Membros**

A questão do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE é uma das mais importantes na determinação do papel dos direitos fundamentais no processo de integração. Não é por acaso que a CDFUE dedica um Título próprio às questões relativas ao seu âmbito de aplicação, à interpretação dos seus preceitos, à sua relação/interação com outros instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, aos limites que podem legitimamente ser impostos ao exercício dos direitos fundamentais consagrados e à proibição da sua utilização abusiva. Das «disposições gerais», ou «cláusulas horizontais»<sup>84</sup>, consagradas no Título VII da CDFUE, merece especial atenção a do art. 51.º, n.º 1, 1ª parte: «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.»

---

<sup>83</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, cit., p. 202.

<sup>84</sup> Assim, RICARDO ALONSO GARCÍA, «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», in *La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea*, cit., p. 151.

Trata-se, porventura, do preceito que mais bem reflete o que a CDFUE tem tanto de paradoxal como de crucial, especialmente no que toca à sua observância pelos Estados-Membros. Como observou PIET EECKHOUT<sup>85</sup>, ao longo do seu texto, a CDFUE acolhe direitos até então não contemplados no catálogo de direitos fundamentais jurisprudencialmente formatado pelo TJ – alguns dos quais escapam do rol de competências formalmente atribuídas à UE e/ou só fazem sentido tendo por referência comportamentos estaduais; ultrapassa a tradicional distinção entre «direitos, liberdades e garantias» / «direitos económicos, sociais e culturais»; visa dar resposta à evolução da sociedade, ao progresso social e à evolução científica e técnica, como se pode ler do Preâmbulo<sup>86</sup>. Contudo, limita a sua esfera de destinatários às instituições, aos órgãos e aos organismos da UE e aos Estados-Membros «apenas quando apliquem o direito da União», do que resulta um extenso catálogo de direitos fundamentais com um limitado âmbito de aplicação. Esta limitação suscita questões de fundamental importância para o futuro da proteção dos direitos fundamentais no sistema jurídico da UE – questões às quais o Autor se refere sob o manto de «federal question». Assim porque, como aponta DANIEL SARMIENTO, a questão do âmbito de aplicação da CDFUE é a premissa ou «*question préalable*»<sup>87</sup> para todas as demais questões que se colocam em matéria de proteção de direitos fundamentais no sistema jurídico da UE, da alocação de competências entre a UE e os Estados-Membros nesta sede à delimitação da jurisdição do TJUE e dos órgãos jurisdicionais nacionais,

---

<sup>85</sup> Cfr. PIET EECKHOUT, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», in *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, pp. 952-958.

<sup>86</sup> Cfr. 4º parágrafo do Preâmbulo da CDFUE.

<sup>87</sup> DANIEL SARMIENTO, «Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», in *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, p. 1272 (itálico do Autor).

especialmente tribunais supremos e constitucionais, passando pela interação de normas jurídicas protetoras de direitos fundamentais provenientes de distintas fontes e a determinação do nível de proteção dos direitos fundamentais a garantir em cada caso concreto.

Resulta do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, conjugado com o art. 6.º, n.º 1, 1º parágrafo, TUE, bem como das regras gerais que regulam as relações entre a ordem jurídica da UE e as ordens jurídicas dos Estados-Membros, que a CDFUE, enquanto instrumento vinculativo de direito primário, é agora (i) padrão de interpretação, não só dos atos jurídicos da UE, mas também dos atos de direito nacional que «apliquem» DUE; (ii) padrão de controlo (*judicial review*) suscetível de servir de fundamento invalidante de um ato jurídico da UE ou de inaplicabilidade de um ato de direito nacional que «aplique» DUE mas que lhe seja contrário; e (iii) fonte de inspiração para a “descoberta” de princípios gerais do DUE<sup>88</sup>. Interessa, pois, apurar em que termos a CDFUE servirá de padrão de interpretação e de conformação aplicativa dos atos de direito nacional, para o que importa descortinar o sentido e o alcance do critério fixado na CDFUE: «os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União».

---

<sup>88</sup> Cfr. KOEN LENAERTS e JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ-FONS, «The Place of the Charter...», cit., pp. 1575-1576. Trata-se das mesmas funções já identificadas pelos Autores relativamente aos princípios gerais do DUE – cfr. KOEN LENAERTS e JOSÉ A. GUTIÉRREZ-FONS, «The constitutional allocation of powers and general principles of EU law», in *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, pp. 1629-1669. No que toca à terceira função identificada, para além dos dois exemplos jurisprudenciais citados em ambos os textos – acórdãos (TJ) *Deiček*, 23 de dezembro de 2009, Proc. C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, cons. 53, e *Kücükdeveci*, 19 de janeiro de 2010, Proc. C-555/07, EU:C:2010:21, cons. 22 – acrescentaríamos, o acórdão *max.mobil*, cit., cons. 48, respeitante ao princípio da boa administração.

### 3.1. Noção de «aplicação do direito da União» – contexto e objetivos

Os reais problemas de interpretação suscitados pela fórmula em análise residem na sua segunda parte, pela qual os Estados-Membros se encontram vinculados à CDFUE «apenas quando apliquem direito da União».

A redação das disposições finais da CDFUE e, em particular, do art. 51.º relativo ao seu âmbito de aplicação, revelou-se especialmente difícil<sup>89</sup>. No que toca ao âmbito de aplicação da CDFUE, era óbvia a sua extensão aos Estados-Membros, pois estes estão na linha da frente na aplicação do DUE. O protagonismo dos Estados-Membros na aplicação do direito e das políticas da UE traduz uma «opção pelo realismo»<sup>90</sup> inscrita no código genético do processo de integração europeia. A ideia dos pais fundadores, e de JEAN MONNET em particular, era a de criar uma organização supranacional que tivesse nas estruturas dos Estados-Membros o seu braço direito de atuação ou «relais»<sup>91</sup>. Deste modo, o efeito útil de uma CDFUE que não vinculasse os Estados-Membros resultaria consideravelmente reduzido pois lhe escaparia toda a esfera de atuação que incumbe ao principal aparato responsável pela aplicação do DUE – os Estados-Membros.

A questão residia, contudo, em enquadrar devidamente o alcance de tal extensão, pois a CDFUE não almejava – e não almeja – ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais de alcance geral que transformasse a UE numa organização de proteção de direitos fundamentais e, em consequência, o

---

<sup>89</sup> Como assumiu GUY BRAIBANT no seu discurso de encerramento da Convenção de redação da CDFUE de 2 de outubro de 2000 – cfr. GUY BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux...*, cit., p. 295.

<sup>90</sup> ROSTANE MEHDI, «L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif», in *Droit Administratif Européen*, JEAN-BERNARD AUBY e JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), Bruxelas, Bruylant, 2007, p. 693 (tradução livre).

<sup>91</sup> JEAN MONNET, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, p. 436.

TJ numa instância jurisdicional de proteção dos direitos fundamentais<sup>92</sup>. O processo de redação do art. 51.º CDFUE revela a preferência por formulações restritivas do âmbito de aplicação da CDFUE no que toca aos Estados-Membros<sup>93</sup>, o que se refletiu na redação final do dispositivo que visa limitar a aplicação da CDFUE *apenas* quando os Estados-Membros *apliquem* DUE. Contudo, os dois elementos assinalados têm significados distintos e, se o primeiro se revela de alguma forma supérfluo, o segundo, mesmo no estado de evolução do DUE, especialmente da jurisprudência do TJ, no momento da sua redação, não surte (não deve ser interpretado no sentido de surtir) o efeito restritivo que uma leitura precipitada pode deixar transparecer<sup>94</sup>.

O emprego do vocábulo «apenas» não suscita especiais dúvidas de interpretação. Reflete a ideia de que a CDFUE não é de aplicação geral, ou seja, que vincula os Estados-Membros «unicamente» ou «exclusivamente» – aproveitando os equivalentes empregues noutras versões linguísticas<sup>95</sup> –

---

<sup>92</sup> Assim, ALLAN ROSAS, «When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level?», cit., p. 1276.

<sup>93</sup> Para uma análise das diversas propostas, cfr. GRÁINNE DE BÚRCA, «The drafting of the European Union Charter...», cit., pp. 136-137; THOMAS VON DANWITZ e KATHERINA PARASCHAS, «A fresh start for the Charter...», cit., pp. 1402-1404; PIET EECKHOUT, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», cit., pp. 954-958; HEIDI KAILA, «The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States», in *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, PASCAL CARDONNEL, ALLAN ROSAS e NILS WAHL (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 294-298.

<sup>94</sup> A propósito, ANGELA WARD nota que, se o processo de redação da CDFUE e, em especial, do seu art. 51.º, n.º 1, apontava para uma leitura restritiva da disposição quanto à vinculação dos Estados-Membros à CDFUE, a jurisprudência do TJ enveredou por caminho oposto, desenvolvendo «a body of principles that have maximised rather than minimised the circumstances in which the EU Charter will be the primary instrument for determining the outcome of fundamental rights disputes» – ANGELA WARD, «Article 51», in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, STEVE PEERS *et al.* (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 1425.

<sup>95</sup> Nomeadamente a versão francesa («*uniquement*»), espanhola («*únicamente*»), italiana («*esclusivamente*») e alemã («*ausschließlich*»); a versão inglesa («*only*») aproxima-se mais da versão portuguesa.

através do DUE<sup>96</sup>. O elemento de conexão entre a CDFUE e os Estados-Membros será sempre o DUE – questão distinta e sucedânea à questão da existência ou não de um elemento de conexão entre a situação em causa e o próprio DUE. O emprego do vocábulo «apenas» junta-se a uma séria de cláusulas espalhadas pelo direito primário, incluindo a CDFUE, que relevam da «insistência obsessiva»<sup>97</sup> dos Estados-Membros em garantir o respeito pelo quadro de repartição competencial instituído entre a UE e os Estados-Membros e, assim, afirmar a sua competência nos domínios não abrangidos pelo DUE/ não atribuídos à UE.

Menos clara é a interpretação do conceito «aplicação do direito da União» empregue no art. 51.º, n.º 1, CDFUE. A consideração de outras versões linguísticas do dispositivo apontam como seus equivalentes termos como «implementar»<sup>98</sup>, «atuar»<sup>99</sup> ou «*mise en œuvre*»<sup>100</sup>, conceitos não inteiramente coincidentes. Sustentar, contudo, diferenças de conteúdo nesta variedade terminológica é ignorar a mais elementar das lições hermenêuticas do DUE. Nos termos de jurisprudência assente do TJ, o princípio da igualdade e a conseqüente exigência de aplicação uniforme do DUE obrigam a que os termos de uma disposição de DUE que não contenha uma remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para a determinação do seu sentido e do seu alcance devam ter, em toda a UE, uma interpretação autónoma e uniforme,

---

<sup>96</sup> Neste sentido, cfr. GUY BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux...*, cit., p. 251.

<sup>97</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 258, retomando JACQUES ZILLER, *Les nouveaux traités européens: Lisbonne et après*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 64.

<sup>98</sup> Cfr. as versões inglesa («*to the Member States only when they are implementing Union law*») e alemã («*für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union*»); a versão espanhola aproxima-se mais da versão portuguesa: «*a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*».

<sup>99</sup> Cfr. a versão italiana: «*pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*».

<sup>100</sup> Cfr. a versão francesa: «*aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union*».

interpretação que deve ter em conta o contexto da disposição e o objetivo prosseguido pela regulamentação em causa<sup>101</sup>. Assim, o sentido e o alcance do conceito «aplicação» apenas poderá ser um para efeito de aplicação do art. 51.º, n.º 1, CDFUE – a questão está em saber qual, para o que se deverá atender ao seu *contexto* e ao *objetivo* prosseguido pela CDFUE, para além da sua *génese*.

(i) Quanto ao *contexto* no qual a disposição do art. 51.º, n.º 1, CDFUE se insere, a sua consideração conjunta com outras disposições do direito primário revela o seu propósito de salvaguardar a «*estrutura constitucional da União*» refletida no princípio da atribuição de competências<sup>102</sup>. É o que confirmam a 2ª parte do n.º 1 do art. 51.º CDFUE, bem como o seu n.º 2, que, juntamente com o art. 6.º, n.º 1, 2º parágrafo, TUE, consagram um princípio de não expansão de competências da UE através da CDFUE<sup>103</sup>. Limitar a vinculação dos Estados-Membros às disposições da CDFUE quando «apliquem direito da União» visa, pois, deixar imperturbada a alocação vertical de competências entre a UE e os Estados-Membros no respeito pelo princípio da atribuição de

---

<sup>101</sup> Tanto quanto nos foi possível apurar, o TJ pronunciou-se pela primeira vez nestes termos no acórdão (TJ) *Ekro*, 18 de janeiro de 1984, Proc. 327/82, EU:C:1984:11, cons. 11. Cfr., no mesmo sentido, acórdão (TJ) *Inuit Tapiriit Kanatami*, 3 de outubro de 2013, Proc. C-583/11 P, EU:C:2013:625, cons. 50, e jurisprudência aí referida: «(...) *segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, na interpretação de uma disposição do direito da União, devem ser tidos em conta não apenas os seus termos e os objetivos que prossegue mas igualmente, o seu contexto e as disposições do direito da União no seu conjunto. A génese de uma disposição do direito da União pode igualmente incluir elementos pertinentes para a sua interpretação.*»

<sup>102</sup> Cfr. Parecer 2/13, cit., cons. 165 e 171.

<sup>103</sup> Ou, no original de CLEMENS LADENBURGER, «Institutional Report», cit., p. 17, «principle of non-expansion of EU competences through the Charter».

competências<sup>104</sup>. Em outros termos, a CDFUE não atribui competências à UE, apenas limita o exercício de competências atribuídas.

(ii) No que se refere ao *objetivo da CDFUE*, resulta expresso no seu Preâmbulo que a mesma visa conferir *maior visibilidade* e *reforçar* a proteção dos direitos fundamentais na UE. Deste modo, na interpretação das suas disposições, especialmente do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, não há que perder de vista nem o intuito consolidativo da CDFUE, nem a conceção dinâmica e evolutiva do sistema de proteção dos direitos fundamentais no qual se insere – e ambas as perspetivas encontram expressão nas disposições da CDFUE. O intuito consolidativo da CDFUE, que proíbe o retrocesso, encontra expressão na *cláusula de standstill* implicitamente consagrada no art. 53.º CDFUE, pelo qual «[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 respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União (...)», regra que visa assim «*preservar* o nível de protecção actualmente conferido, no âmbito de aplicação respectivo, pelo direito da União (...)», como se pode ler nas respetivas Anotações<sup>105</sup>. Por sua vez, a dimensão prospetiva do sistema de proteção dos direitos fundamentais da UE, para além de encontrar suporte no Preâmbulo da CDFUE<sup>106</sup>, também está ínsita na segunda parte do art. 51.º, n.º 1, CDFUE do qual resulta que as instituições, os órgãos e os organismos da UE e os Estados-Membros deverão, não só «respeitar os direitos» e «observar os princípios» consagrados na CDFUE, mas também «*promover* a sua

---

<sup>104</sup> Cfr. arts. 4.º, n.º 1, e 5.º, n.ºs 1 e 2, TUE.

<sup>105</sup> Itálicos nossos.

<sup>106</sup> Cfr. parágrafo 4.

aplicação»<sup>107</sup>. O dinamismo da CDFUE também resulta das regras interpretativas fixadas pelos n.ºs 3 e 4 do art. 52.º CDFUE: a interpretação das disposições da CDFUE pode vir a ser reequacionada de forma a refletir desdobramentos na interpretação da CEDH e/ou a estar em harmonia com a eventual evolução dos padrões de proteção resultantes das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros<sup>108</sup>.

A CDFUE não é, pois, mera declaração decorativa que valida o *acquis* jusfundamental da UE, limitando-se a acolher/reafirmar, cristalizando<sup>109</sup>, o adquirido normativo e jurisprudencial da UE em sede de proteção dos direitos fundamentais. Para além disso, ao conferir *maior visibilidade* aos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE, agora vertidos num catálogo compreensivo de direitos acompanhado de regras relativas ao seu *modus operandi*, visa *reforçar* a sua proteção junto dos principais interessados – as pessoas, titulares dos direitos fundamentais consagrados, colocados «no cerne» da ação da UE<sup>110</sup>. Se bem que, nos termos do art. 51.º, n.º 1, CDFUE,

---

<sup>107</sup> Itálico nosso. As Anotações ao art. 51.º CDFUE esclarecem, a esse respeito, que «a obrigação de as instituições da União promoverem os princípios consagrados na Carta, decorrente do segundo período do n.º 1, apenas pode existir dentro dos limites das (...) competências [atribuídas à União].» A propósito, PIET EECKHOUT referia-se, em 2002, à tensão existente entre, por um lado, promover a aplicação dos direitos e dos princípios consagrados na CDFUE e, por outro, o respeito pelo princípio da atribuição das competências insito no art. 51.º, n.º 2, CDFUE pelo qual a CDFUE «não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados.» Registava, em particular, o seguinte: «To deny any such modification, one has to take the view that the Charter is purely documentary, an absolutely neutral record of existing fundamental rights, all previously identified and enforced, a record merely for the enlightenment of the citizen and in no way modifying substance, process or practice of fundamental rights protection in the setting of the EU.» – cfr. PIET EECKHOUT, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», cit., pp. 979-981, em especial p. 980.

<sup>108</sup> Neste sentido, cfr. LEONARD BESSELINK, «General Report», cit., p. 21.

<sup>109</sup> Aproveitando a expressão de VITAL MOREIRA, «Anotação Geral» (CDFUE), cit., p. 1401.

<sup>110</sup> Cfr. 2.º, 4.º e 5.º parágrafos do Preâmbulo da CDFUE.

sejam as instituições, os órgãos e os organismos da União, bem como os Estados-Membros «quando apliquem o direito da União», os destinatários das disposições da CDFUE, são os particulares que beneficiam dos direitos consagrados. A CDFUE permite-lhes, em especial, familiarizarem-se com os padrões de proteção dos direitos fundamentais que vinculam a UE e os Estados-Membros «quando apliquem o direito da União»<sup>111</sup>. Agora munidos de um catálogo de direitos fundamentais visível e não disseminado em inúmeras páginas de jurisprudência e numa multiplicidade de textos jurídicos e declarações políticas, os particulares veem reforçado o seu papel enquanto sujeito ativo da ordem jurídica da UE pela «vigilância»<sup>112</sup> acrescida que passam a poder exercer no controlo da atuação da UE e dos Estados-Membros.

Não se pode também ignorar, na interpretação das disposições da CDFUE e, assim, do seu art. 51.º, n.º 1, o objetivo geral do sistema de proteção dos direitos fundamentais da União. Recordando as palavras do TJ, o «*objetivo da proteção dos direitos fundamentais no direito da União*» consiste em «*zelar por que esses direitos não sejam violados nos domínios de atividade da União, seja em razão da ação da União ou em razão da aplicação do direito da União pelos Estados-Membros*», objetivo justificado pela «*necessidade de evitar que uma proteção dos direitos fundamentais suscetível de variar consoante o direito nacional em causa prejudique a unidade, o primado e efetividade do direito da União.*»<sup>113</sup> O objetivo é, pois, submeter as instituições, os órgãos e os organismos da UE e cada um dos Estados-Membros ao mesmo padrão de

---

<sup>111</sup> Neste sentido, cfr. DANIEL SARMIENTO, «Who's afraid of the Charter?...», cit., pp. 1270-1271.

<sup>112</sup> Acórdão *Van Gend & Loos*, cit., parágrafo 22 da Parte II-B.

<sup>113</sup> Acórdão (TJ) *Siragusa*, 6 de março de 2014, Proc. C-206/13, EU:C:2014:126, cons. 31 e 32, respetivamente.

jusfundamentalidade nos domínios abrangidos pelo DUE<sup>114</sup>. Assim não podia deixar de ser, não se afirmasse a UE como uma União de Direito e, assim, como uma *União de direitos fundamentais*.

A afirmação da UE com uma União de Direito, que transporta para o contexto específico da UE o modelo que enforma o exercício do poder público próprio ao constitucionalismo moderno, foi feita pela pena do juiz europeu no célebre acórdão *Os Verdes*: «a Comunidade Económica Europeia é uma comunidade de direito, na medida em que nem os seus Estados-membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que é o Tratado.»<sup>115</sup> O princípio da União de Direito implica que a atuação das instituições, dos órgãos e dos organismos da UE, bem como das autoridades dos Estados-Membros deva, no âmbito de aplicação do DUE, conformar-se com a carta constitucional de base na qual a UE se funda ou, numa formulação mais recente do TJ, respeitar a «*exigência da legalidade relativamente ao direito da União*»<sup>116</sup>. A afirmação logo se repercute em sede de proteção dos direitos fundamentais: importa assegurar que, nas situações abrangidas pelo âmbito de aplicação do DUE, a proteção dos direitos fundamentais não varie em função do nível, da UE ou dos Estados-Membros, de aplicação do DUE, nem de Estado-Membro para Estado-Membro. Sob este prisma, o art. 51.º, n.º 1, CDFUE tem por objetivo assegurar que, no âmbito de aplicação do DUE, a UE e os Estados-Membros respeitem o

---

<sup>114</sup> Isto, sem prejuízo do nível mais elevado de proteção aplicável nos termos do art. 53.º CDFUE, o qual, como esclarece jurisprudência à qual se fará oportunamente referência, não pode comprometer o primado, a unidade e a efetividade do DUE.

<sup>115</sup> Acórdão (TJ) *Os Verdes*, 23 de abril de 1986, Proc. 294/83, EU:C:1986:166, cons. 23.

<sup>116</sup> Acórdão (TJ) *Byankov*, 4 de outubro de 2012, Proc. C-249/11, EU:C:2012:608, cons. 77.

mesmo padrão de jusfundamentalidade – aquele que decorre da aplicação das regras e dos princípios inscritos na CDFUE.

Só assim se justifica a existência de um princípio de confiança mútua entre os Estados-Membros em matéria de direitos fundamentais, princípio pelo qual *«cada um dos Estados-Membros consider[a], salvo em circunstâncias excepcionais, que todos os outros Estados-Membros respeitam o direito da União e, muito em especial, os direitos fundamentais reconhecidos por esse direito.»*<sup>117</sup> Este princípio assenta na *«premissa fundamental segundo a qual cada Estado-Membro partilha com todos os outros Estados-Membros, e reconhece que estes partilham com ele, uma série de valores comuns em que a União se funda, como precisado no artigo 2.º TUE»* e é essencial para manter o *«equilíbrio em que a União se funda»*<sup>118</sup>. Aquele princípio traduz a *«confiança recíproca, entre os Estados-Membros, [de] que as respetivas ordens jurídicas nacionais estão em condições de fornecer uma proteção equivalente e efetiva dos direitos fundamentais, reconhecidos ao nível da União, em particular, na Carta.»*<sup>119</sup> Por isso, no âmbito de aplicação do DUE<sup>120</sup>, os Estados-Membros são levados a presumir o respeito pelos direitos fundamentais tal como protegidos pelo DUE e, em particular, na CDFUE por parte dos outros Estados-Membros<sup>121</sup>. O TJ desenvolve, assim, uma

---

<sup>117</sup> Parecer 2/13, cit., cons. 191.

<sup>118</sup> Parecer 2/13, cit., cons. 168 e 194.

<sup>119</sup> Acórdão (TJ) *F.*, 30 de maio de 2013, Proc. C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, cons. 50.

<sup>120</sup> Como acrescentou o TJ no acórdão *F.*, cit., cons. 48 e 49, fora do âmbito de aplicação do DUE, *«os Estados-Membros continuam a estar submetidos à obrigação de respeitar os direitos fundamentais conforme consagrados na CEDH ou no seu direito nacional»*, obrigação que *«reforça, precisamente, o elevado grau de confiança entre os Estados-Membros»*.

<sup>121</sup> Cfr. acórdão *N. S.*, cit., cons. 80 e 83. Como explicou, depois, o TJ, *«quando aplicam o direito da União, os Estados-Membros podem ser obrigados, por força desse mesmo direito, a presumir o respeito dos direitos fundamentais por*

«dimensão horizontal do sistema constitucional da União», associando ao princípio de confiança mútua entre os Estados-Membros em matéria de direitos fundamentais uma «presunção constitucional»<sup>122</sup>. Mas, não sendo a confiança mútua cega, admite que a referida presunção seja ilidível perante «*circunstâncias excepcionais*»<sup>123</sup>.

---

*parte dos outros Estados-Membros, pelo que não lhes é possível exigir a outro Estado-Membro um nível de proteção nacional dos direitos fundamentais mais elevado do que o assegurado pelo direito da União, nem tão-pouco, salvo em circunstâncias excepcionais, verificar se esse outro Estado-Membro respeitou efetivamente, num caso concreto, os direitos fundamentais garantidos pela União.»* – Parecer 2/13, cit., cons. 192. No mesmo sentido, cfr. acórdãos (TJ) *Poltorak*, 10 de novembro de 2016, Proc. C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, cons. 26; *Özçelik*, 10 de novembro de 2016, Proc. C-453/16 PPU, EU:C:2016:860, cons. 23-24; e *Kovalkovas*, 10 de novembro de 2016, Proc. C-477/16 PPU, EU:C:2016:861, cons. 27.

<sup>122</sup> INGOLF PERNICE, «L'adhésion de l'Union européenne...», cit., pp. 51-55 (tradução livre).

<sup>123</sup> A questão está em determinar que circunstâncias permitem a um Estado-Membro excepcionar ao princípio de confiança mútua e à consequente presunção de respeito dos direitos fundamentais tal como garantidos pelo DUE e, em especial, pela CDFUE, por outro Estado-Membros. Poderão, a propósito, ser úteis os conceitos constantes do art. 7.º TUE de «risco manifesto de violação grave» e de «violação grave e persistente» dos valores referidos no art. 2.º TUE, de entre os quais consta o respeito pelos direitos do Homem – a propósito destes conceitos, cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o artigo 7.º do Tratado da União Europeia..., cit., pontos 1.4.2. a 1.4.4.. A propósito do conceito de «violação persistente», a Comissão tem por referência a «repetição sistemática de casos individuais de violação», nomeadamente considerando o facto de «um Estado ter sido repetidamente condenado pelo mesmo tipo de violação durante um certo lapso de tempo por uma jurisdição internacional, como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ou por organismos internacionais sem poderes jurisdicionais, como a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa ou a Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas, sem ter manifestado a intenção de extrair as respectivas ilações práticas.»

Na jurisprudência, o TJ admitiu no acórdão *N. S.*, proferido a propósito da transferência de requerentes de asilo para o Estado-Membro responsável pela análise do pedido, que «*na hipótese de haver um grande receio de que existam falhas sistémicas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento dos requerentes de asilo no Estado-Membro responsável, que impliquem tratos desumanos ou degradantes, na aceção do artigo 4.º da Carta, dos requerentes de asilo transferidos para o território desse Estado-Membro, esta transferência é incompatível com a referida disposição.*» – acórdão *N. S.*, cit., cons. 86. No caso, as dificuldades práticas que a aplicação do sistema europeu comum de asilo e, em particular, as condições de acolhimento dos requerentes de asilo na Grécia haviam sido objeto de relatórios regulares e concordantes de organizações não governamentais internacionais, bem como de jurisprudência do TEDH (acórdão *N. S.*, cit., cons. 88-91). Esta orientação foi retomada nos acórdãos (TJ) *Puid*, 14 de

(iii) No que se refere à sua *gênese* ou ao contexto que rodeou a redação do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, já foi referido que o mesmo se caracterizou pela vontade dos redatores da CDFUE em limitar o âmbito de aplicação da CDFUE no que toca aos Estados-Membros.

A jurisprudência do TJ<sup>124</sup> oferecia, neste ponto, diversas opções de redação. No momento da redação da CDFUE e, assim, aquando dos debates em torno da redação do seu art. 51.º, n.º 1, eram identificáveis duas linhas jurisprudenciais: uma primeira pela qual o respeito pelos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE obriga os Estados-Membros (apenas) quando adotam medidas ao abrigo de um certo ato jurídico da UE que visam executar – sentido jurisprudencial inaugurado no acórdão *Wachauf* proferido a propósito da forma pela qual as autoridades alemãs haviam adotado certas disposições impostas por um regulamento agrícola; uma segunda pela qual o respeito pelos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE se

---

novembro de 2013, Proc. C-4/11, EU:C:2013:740, e C. K., 16 de fevereiro de 2017, Proc. C-578/16 PPU, EU:C:2017:127.

Já no quadro da execução de um mandado de detenção europeu e após a emissão do Parecer 2/13, no acórdão (TJ) *Aranyosi*, 5 de abril de 2016, Procs. C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, cons. 77-104, o TJ delineou os passos a seguir pela autoridade judiciária de execução quando disponha de elementos sérios no sentido de que as condições de detenção no Estado-Membro de emissão violam os direitos fundamentais tal como protegidos pelo DUE, em especial no art. 4.º CDFUE. O acórdão estabelece, para o efeito, um duplo teste, geral – a constatação da existência de um risco real de trato desumano ou degradante em razão das condições gerais de detenção no Estado-Membro de emissão, constatação fundada em elementos objetivos, fiáveis, precisos e atualizados (ex.: decisões judiciais, internas ou internacionais, relatórios ou outros documentos elaborados pelos órgãos do Conselho da Europa ou das Nações Unidas) que atestem deficiências, sistémicas ou generalizadas, que afetem determinados grupos de pessoas ou determinados centros de detenção no Estado-Membro de emissão – e concreto – a verificação, concreta e precisa, da existência de motivos sérios e comprovados para considerar que a pessoa em causa correrá aquele risco em caso de entrega, para o que a autoridade judiciária de execução deve entabular um diálogo com a autoridade judiciária de emissão.

<sup>124</sup> Especificamente aquela referida nas Anotações ao art. 51.º CDFUE.

impõe aos Estados-Membros sempre que atuam no quadro/âmbito de aplicação do DUE, incluindo as situações nas quais pretendam derrogar ao regime resultante do DUE – sentido jurisprudencial inaugurado no acórdão *ERT* proferido a propósito da concessão pelo Governo grego, ao abrigo das exceções previstas no Tratado ao exercício da livre prestação de serviços, de direitos exclusivos a uma empresa grega de rádio e de televisão. Se a primeira orientação jurisprudencial foi expressamente acolhida na redação do art. 51.º CDFUE, a segunda foi objetada e acabou sendo afastada – pelo menos da letra do dispositivo. Com efeito, o disposto no art. 51.º, n.º 1, CDFUE não pode ser interpretado de forma estritamente literal.

Os redatores da CDFUE optaram assumidamente<sup>125</sup> pela fórmula mais restritiva, aquela empregue pelo TJ no acórdão *Wachauf* – um caso à partida técnico que, em finais da década de 1980, deu ao TJ a oportunidade de afirmar como uma evidência<sup>126</sup> que as exigências decorrentes da proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da UE (então comunitária) «*vinculam igualmente os Estados-membros aquando da implementação das regulamentações comunitárias.*»<sup>127</sup> No acórdão *Wachauf*, ficou definitivamente

---

<sup>125</sup> Cfr. GUY BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux...*, cit., p. 251.

<sup>126</sup> Neste sentido, cfr. FRANCIS JACOBS, «*Wachauf* and the Protection of Fundamental Rights in EC Law», in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, MIGUEL POIARES MADURO e LOÏC AZOULAI (coord.), Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 133-139. O Autor já se havia manifestado neste sentido nas Conclusões *Wachauf*, 27 de abril de 1989, Proc. 5/88, EU:C:1989:179, cons. 22: «(...) parece-me evidente que, quando actuam ao abrigo de poderes que lhes foram conferidos pela legislação comunitária, os Estados-membros devem, em qualquer situação que tenha a ver com o respeito dos direitos fundamentais, estar sujeitos às mesmas obrigações que o legislador comunitário.»

<sup>127</sup> Acórdão (TJ) *Wachauf*, 13 de julho de 1989, Proc. 5/88, EU:C:1989:321, cons. 19. O caso subjacente ao acórdão *Wachauf* confrontou pela primeira vez o TJ com o respeito pelos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária/da UE tendo por referência atos jurídicos nacionais adotados tendo «*por base*» (cons. 2) um regulamento comunitário (o Regulamento (CEE) n.º 857/84 do Conselho, de 31 de março de 1984, que estabelece as regras gerais

fixada a vinculação dos Estados-Membros aos direitos fundamentais tal como protegidos pela ordem jurídica da UE. O caso respeitava à implementação/aplicação<sup>128</sup> de um ato jurídico comunitário (regulamento) ao nível dos Estados-Membros, o que é especialmente importante tendo em conta que a aplicação do DUE está, como referido *supra*, essencialmente a cargo dos Estados-Membros. Por isso, não houve particular dificuldade em estender o sentido desta jurisprudência, inaugurada no que toca à aplicação de regulamentos<sup>129</sup>, à transposição de diretivas<sup>130</sup>, e a sua codificação no art. 51.º, n.º 1, CDFUE não

---

para a aplicação da imposição suplementar referida no artigo 5.º C do Regulamento n.º 804/68, no setor do leite e dos produtos láteos, JO L 90 de 01.04.1984, pp. 13-16). Até então, o problema do respeito pelos direitos fundamentais na ordem jurídica (então) comunitária havia sido equacionado tendo por referência (a validade de) atos jurídicos comunitários – era nomeadamente este o caso subjacente ao acórdão *Hauer*, ao qual o TJ faz expressa menção no acórdão *Wachauf* (cons. 17). Contudo, neste, o TJ rejeitou «*de imediato*» o argumento baseado na «*contradição existente entre a regulamentação em causa e as exigências decorrentes da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária*»; isto, porque o regulamento comunitário em causa deixava às autoridades nacionais uma «*margem de apreciação suficientemente ampla*» para lhes permitir aplicá-lo em conformidade com aquelas exigências (cons. 23 e 22). Assim, a eventual violação de direitos fundamentais radicava, não do próprio regulamento comunitário, mas das medidas que, dentro da margem de apreciação que lhes era deixada, as autoridades nacionais haviam adotado para a sua aplicação. O TJ evita, assim, um pronunciamento sobre a validade do ato jurídico comunitário e, a montante, reforça o papel dos direitos fundamentais no processo de integração europeia via ordens jurídicas nacionais.

<sup>128</sup> Como refere MARIA LUÍSA DUARTE, o termo «implementação» acolhido na versão portuguesa do acórdão não será o mais adequado do ponto de vista linguístico e técnico – cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, cit., p. 350 (nota 266). No acórdão, os termos «implementação» e «aplicação» são utilizados de forma sinónima, especialmente na sua passagem incisiva: «*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*» (acórdão *Wachauf*, cit., cons. 19, sublinhado nosso). Para além disso, vingou, aquando da sua codificação no art. 51.º, n.º 1, CDFUE, o termo «aplicação».

<sup>129</sup> Em jurisprudência posterior, cfr., entre outros, acórdãos (TJ) *Bostock*, 24 de março de 1994, Proc. C-2/92, EU:C:1994:116, cons. 16; *Demand*, 17 de dezembro de 1998, Proc. C-186/96, EU:C:1998:609, cons. 35; *Karlsson*, 13 de abril de 2000, Proc. C-292/97, EU:C:2000:202, cons. 37; *Mulligan*, 20 de junho de 2002, Proc. C-313/99, EU:C:2002:386, cons. 35-37; *Möllendorf*, 11 de outubro de 2007, Proc. C-117/06, EU:C:2007:596, cons. 78 e 79.

<sup>130</sup> Cfr. acórdão (TJ) *Booker Aquacultur*, 10 de julho de 2003, Procs. C-20/00 e C-64/00, EU:C:2003:397, cons. 88; e acórdão *Parlamento contra Conselho* (2006), cit., cons. 104 e 105. O TJ viria esclarecer que não compete apenas às

conheceu especiais dificuldades<sup>131</sup>. Assim, mas estritamente à luz da jurisprudência *Wachauf*, o segmento «quando apliquem direito da União» do art. 51.º, n.º 1, CDFUE deve ser interpretado no sentido de que a CDFUE tem por destinatários os Estados-Membros quando atuam em execução do DUE<sup>132</sup>, quando adotam medidas em ordem a cumprir obrigações impostas pelo quadro normativo delineado pelo DUE<sup>133</sup> – ou seja, quando aplicam positivamente DUE, situação conhecida como *agency situation*<sup>134</sup>.

Mas a jurisprudência do TJ não obrigava os Estados-Membros a respeitar os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE apenas nesta situação de aplicação positiva do DUE. Com efeito, resultava assente desde o acórdão *ERT* que o mesmo se impunha «*a partir do momento em que uma regulamentação [nacional] entre no campo de aplicação do direito*

---

autoridades (administrativas e jurisdicionais) dos Estados-Membros interpretar o seu direito nacional em conformidade com as diretivas da UE, «*mas igualmente velar por que não se baseiem numa interpretação [destas] que provoque um conflito com os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária ou com os outros princípios gerais do direito comunitário, como o princípio da proporcionalidade*» – acórdão (TJ) *Lindqvist*, 6 de novembro de 2003, Proc. C-101/01, EU:C:2003:596, cons. 87.

<sup>131</sup> Com efeito, a análise das diversas propostas que antecederam a redação atual do art. 51.º, n.º 1, CDFUE revela a preferência pelas formulações restritivas resultantes da jurisprudência *Wachauf* e *Karlsson*. Os debates rejeitaram formulações mais genéricas, como «no âmbito de aplicação do direito da União», refletindo a relutância dos Estados-Membros em se sujeitarem à CDFUE nos casos em que a ligação com o DUE não fosse próxima e, especialmente, quando derroguem do DUE. Para uma análise mais detalhada, cfr. GRÁINNE DE BÚRCA, «The drafting of the European Union Charter...», cit., pp. 136-137; PIET EECKHOUT, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», cit., pp. 954-958; e HEIDI KAILA, «The Scope of Application of the Charter...», cit., pp. 296-297.

<sup>132</sup> Assim, ISAAC MARTÍN DELGADO, «La Carta ante las Administraciones Nacionales: Hacia la europeización de los derechos fundamentales», in EVA NIETO GARRIDO e ISAAC MARTÍN DELGADO, *Derecho Administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, 2010, p. 95.

<sup>133</sup> Assim, KOEN LENAERTS e JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ-FONS, «The Place of the Charter...», cit., p. 1563.

<sup>134</sup> Com origem em JOSEPH WEILER e NICOLAS LOCKART, «'Taking rights seriously' seriously: The European Court and its fundamental rights jurisprudence», in *Common Market Law Review*, vol. 32, n.º 1, pp. 51-94, em especial p. 64.

*comunitário*»<sup>135</sup> – formulação mais ampla do que a resultante da jurisprudência *Wachauf* e reiterada em jurisprudência posterior<sup>136</sup>. O acórdão *ERT* ainda esclarece que, para justificar uma restrição ao exercício de uma das liberdades económicas fundamentais garantidas pelo DUE, o Estado-Membro em causa terá de se conformar com os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE na medida em que a justificação invocada se encontra «prevista pelo direito comunitário» e, por isso, «deve ser interpretada à luz dos princípios gerais de direito e, nomeadamente, dos direitos fundamentais.»<sup>137</sup> Ficou claro

---

<sup>135</sup> Devendo, por isso, o TJ «fornecer todos os elementos de interpretação necessários para a apreciação, pelo tribunal nacional, da conformidade de tal regulamentação com os direitos fundamentais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça» – acórdão (TJ) *ERT*, 18 de junho de 1991, Proc. C-260/89, EU:C:1991:254, cons. 42.

<sup>136</sup> Seja anterior à redação da CDFUE – cfr. acórdãos (TJ) *Perilli*, 1 de fevereiro de 1996, Proc. C-177/94, EU:C:1996:24, cons. 20; *Kremzow*, 29 de maio de 1997, Proc. C-299/95, EU:C:1997:254, cons. 15; *Annibaldi*, 18 de dezembro de 1997, Proc. C-309/96, EU:C:1997:631, cons. 13; *SFI*, 19 de novembro de 1998, Proc. C-85/97, EU:C:1998:552, cons. 29; *Bickel e Franz*, 24 de novembro de 1998, Proc. C-274/96, EU:C:1998:563, cons. 17-19 – seja posterior à sua proclamação (mas anterior à sua entrada em vigor) – cfr. acórdãos (TJ) *Ángel Rodríguez Caballero*, 12 de dezembro de 2002, Proc. C-442/00, EU:C:2002:752, cons. 30-31; *Steffensen*, 10 de abril de 2003, Proc. C-276/01, EU:C:2003:228, cons. 70 e 72; *Schmidberger*, 12 de junho de 2003, Proc. C-112/00, EU:C:2003:333, cons. 75; despacho (TJ) *Vajnai*, 6 de outubro de 2005, Proc. C-328/04, EU:C:2005:596, cons. 12; acórdãos (TJ) *Mangold*, 22 de novembro de 2005, Proc. C-144/04, EU:C:2005:709, cons. 75; *Chacón Navas*, 11 de julho de 2006, Proc. C-13/05, EU:C:2006:456, cons. 56; e *Bartsch*, 23 de setembro de 2008, Proc. C-427/06, EU:C:2008:517, cons. 15.

<sup>137</sup> Acórdão *ERT*, cit., cons. 43, jurisprudência retomada, entre outros, nos acórdãos (TJ) *Kremzow*, cit., cons. 14; *Familiapress*, 26 de junho de 1997, Proc. C-368/95, EU:C:1997:325, cons. 24; *Mary Carpenter*, 11 de julho de 2002, Proc. C-60/00, EU:C:2002:434, cons. 40; e *Schmidberger*, cit., cons. 71-94. A solução assim contemplada no acórdão *ERT* vai ao encontro da jurisprudência desenvolvida a propósito da livre circulação de mercadorias pela qual o atual art. 36.º TFUE «não pretende reservar determinadas matérias à competência exclusiva dos Estados-membros, mas admite que as legislações nacionais afastem o princípio da livre circulação, na medida em que tal se revele e permaneça justificado para alcançar os objetivos prosseguidos por este artigo» – cfr., entre outros, acórdãos (TJ) *Simmenthal SpA*, 15 de dezembro de 1976, Proc. 35/76, EU:C:1976:180, cons. 24; *Tedeschi*, 5 de outubro de 1977, Proc. 5/77, EU:C:1977:144, cons. 34; e *Comissão contra Alemanha*, 12 de julho de 1979, Proc. 153/78, EU:C:1979:194, cons. 5. A solução dada ao caso *ERT* não se impôs, apesar disso, com a mesma evidência do que a verificada no âmbito do processo *Wachauf*, não tendo o TJ acolhido a opinião do AG – cfr. Conclusões *ERT*, CARL OTTO LENZ, 23 de janeiro de 1991, Proc. C-260/89, EU:C:1991:26, cons. 49 e 50.

no acórdão que, não só as restrições ao exercício daquelas liberdades, mas também as condições que devem preencher para serem consideradas legítimas são questões ou «criaturas» do DUE<sup>138</sup>. Assim, à luz da jurisprudência *ERT*, o segmento «quando apliquem direito da União» do art. 51.º, n.º 1, CDFUE deve ser interpretado no sentido de a CDFUE ter por destinatários os Estados-Membros também quando pretendem derrogar ou excepcionar ao quadro normativo delineado pelo DUE – situação conhecida na como *derogation situation* – ou, mais amplamente, quando a regulamentação em causa entre no âmbito de aplicação do DUE<sup>139</sup>.

À luz da jurisprudência fixada em cada um destes dois acórdãos é possível interpretar o conceito «aplicação do direito da União» para efeitos do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, de duas formas: numa aceção estrita, o conceito refere-se unicamente à situação na qual um Estado-Membro atua enquanto “agente da União”; numa aceção lata, refere-se mais amplamente à situação em que uma regulamentação nacional é abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE. Apesar do teor literal do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, limitar o âmbito de aplicação da CDFUE, no que toca à atuação dos Estados-Membros, à *agency*

---

<sup>138</sup> Tradução livre de JOSEPH WEILER e SYBILLA FRIES, «A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences», Harvard Jean Monnet Working Paper 4/99, Harvard Law School, Cambridge, 2000, p. 25 [<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/99/990402.html>].

<sup>139</sup> Para um levantamento das diferentes categorizações propostas pela doutrina à luz da distinção operada pela jurisprudência *Wachauf* e *ERT* entre *agency situation* e *derogation situation*, advogando pela formulação de um único critério referente ao âmbito de aplicação do, então, direito comunitário, cfr. ALEXANDER EGGER, «EU-Fundamental Rights in the National Legal Order: The Obligations of Member States Revisited», in *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2006, pp. 517-522. O Autor conclui que, apesar da formulação do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, a disposição deve ser interpretada de forma ampla no sentido de acolher o critério do âmbito de aplicação do DUE (cfr. pp. 547-550).

*situation*<sup>140</sup>, não só desvirtua a intenção dos redatores da CDFUE – como a consideração das Anotações ao art. 51.º CDFUE revela –, como seria contrária à lógica de funcionamento do sistema jurídico da UE e, especificamente, do sistema de proteção dos direitos fundamentais na UE.

A formulação escolhida nos acórdãos *Wachauf* e *ERT* é circunstanciada, ou seja, movida pelas – distintas – circunstâncias de cada um dos casos concretos. Por isso, os dois enunciados empregues – «*aquando da implementação das regulamentações comunitárias*» e «*a partir do momento em que uma regulamentação [nacional] entre no campo de aplicação do direito comunitário*» – não podem ser concebidos como duas referências estanques que obscurecem o real sentido para o qual apontam. Neles discernir duas orientações jurisprudenciais separadas parece-nos uma leitura equivocada à luz da própria jurisprudência do TJ da altura e, em consequência, tal leitura dual não pode hoje ser transposta no contexto da interpretação do art. 51.º, n.º 1, CDFUE – no sentido de incluir apenas a *agency situation* com exclusão da *derogation situation*. Seria, também, ignorar as Anotações ao art. 51.º CDFUE. Nelas, os Autores da CDFUE e do Tratado de Lisboa referem-se a ambos os acórdãos – bem como ao acórdão *Annibaldi* –, considerando resultar «sem ambiguidade da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a obrigação de respeitar os direitos fundamentais definidos no quadro da União se impõe aos Estados-Membros quando estes agem no âmbito do direito da União»<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> O que levou alguns autores a acolher uma interpretação estrita da disposição, como dão conta KOEN LENAERTS e JOSÉ A. GUTIÉRREZ-FONS, «The constitutional allocation of powers and general principles of EU law», cit., p. 1658, e DANIEL SARMIENTO, «Who's afraid of the Charter?...», cit., p. 1275.

<sup>141</sup> O mesmo já havia sido afirmado pela Comissão Europeia nas suas primeiras comunicações relativas à CDFUE. Pronunciando-se sobre o anteprojeto da CDFUE de 28 de julho de 2000, a Comissão refere, num primeiro momento, que a CDFUE se dirige aos Estados-Membros «unicamente quando agem no âmbito do direito da União», precisando

Atendendo ao estatuto interpretativo privilegiado destas Anotações<sup>142</sup>, dificilmente será sustentável uma interpretação do art. 51.º, n.º 1, CDFUE contrária às explicações aí confinadas<sup>143</sup>.

O TJ teve a oportunidade de relacionar a jurisprudência *Wachauf* e *ERT* no acórdão *Bostock*. Neste retoma o acórdão *Wachauf* no qual havia esclarecido que «*as exigências que decorrem da protecção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária vinculam também os Estados-membros aquando da implementação das regulamentações comunitárias e que, por conseguinte, estes são obrigados a, na medida do possível, aplicá-las respeitando as referidas exigências*»; prossegue depois referindo-se ao

---

depois que esta solução está «em consonância com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que recordou, em várias ocasiões, a obrigação de os Estados-Membros respeitarem os direitos fundamentais ao aplicarem o direito comunitário» – cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cit., cons. 11 e 30. No mês seguinte, já com o projeto final em mãos, a Comissão voltou a interpretar o art. 51.º CDFUE como se dirigindo aos Estados-Membros «quando agem no quadro do direito da União» – cfr. COMISSÃO EUROPEIA, Comunicação sobre a Natureza da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cit., cons. 8.

<sup>142</sup> Nos termos do art. 6.º, n.º 1, 3º parágrafo, TUE e do art. 52.º, n.º 7, CDFUE, bem como do 5º parágrafo do Preâmbulo da CDFUE, as Anotações devem ser tidas em *devida* conta para efeitos da interpretação da CDFUE, constituindo, aliás, um «*valioso instrumento de interpretação destinado a clarificar as disposições da Carta*», como se pode ler do seu parágrafo introdutório (itálico nosso). O TJ a elas se referiu pela primeira vez no acórdão *DEB*, cit., cons. 32. A importância atribuída pelo direito primário às Anotações não preclui o recurso aos métodos de interpretação habituais em DUE. Neste sentido, «the explicit reference to the explanations and thereby to the genesis of the Charter should be understood as a general reminder to interpret the provisions of the Charter only on the basis of a sound methodology.» – THOMAS VON DANWITZ e KATHERINA PARASCHAS, «A fresh start for the Charter...», cit., p. 1423. Também JACQUES ZILLER conclui que as Anotações constituem um levantamento dos trabalhos preparatórios da CDFUE, não configurando um instrumento de interpretação autêntica em sentido técnico – cfr. JACQUES ZILLER, «Le fabuleux destin des *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*», in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 778. Entre nós, MARIA LUÍSA DUARTE, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, cit., p. 95, salienta que as Anotações, «apêndice esdrúxulo» redigido num determinado cenário institucional e temporal, «não podem, no futuro, limitar a liberdade aplicativa dos tribunais, da União e dos Estados-membros, e não podem, por isso, sustentar a dinâmica de interpretação evolutiva e contextual das disposições da Carta.»

<sup>143</sup> Neste sentido, cfr. KOEN LENAERTS, «Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights», cit., p. 402.

acórdão *ERT* no qual, «a esse propósito», observou que «a partir do momento em que uma regulamentação nacional entre no campo de aplicação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça, tendo-lhe sido dirigido um pedido de decisão a título prejudicial, deve fornecer todos os elementos de interpretação necessários para a apreciação, pelo tribunal nacional, da conformidade de tal regulamentação com os direitos fundamentais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça.»<sup>144</sup>

Daqui decorre que o próprio TJ concebe as formulações empregues nos acórdãos *Wachauf* e *ERT* como expressão de um mesmo caminho tendente à afirmação da subordinação de toda a atuação dos Estados-Membros compreendida no âmbito de aplicação do DUE aos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE – conclusão que só sai reforçada com a consideração de outros pronunciamentos do TJ. Assim, por exemplo, no acórdão *Cinèthèque* – anterior ao acórdão *Wachauf* –, o TJ já havia esclarecido que só lhe competia fiscalizar o respeito pelos direitos fundamentais «no domínio próprio do direito comunitário»<sup>145</sup>. Em contrapartida, o TJ não tem essa competência relativamente a uma «regulamentação nacional que não se situe no quadro do direito comunitário»<sup>146</sup>, como explicou no acórdão *Annibaldi*, expressamente referido nas Anotações ao art. 51.º, n.º 1, CDFUE.

O sentido da jurisprudência do TJ indica claramente/«sem ambiguidade» o objetivo de submeter toda a atuação dos Estados-Membros que entre no

---

<sup>144</sup> Acórdão *Bostock*, cit., cons. 16.

<sup>145</sup> Acórdão (TJ) *Cinèthèque*, 11 de julho de 1985, Procs. 60 e 61/84, EU:C:1985:329, cons. 26; no mesmo sentido, cfr., em jurisprudência existente à data da redação da CDFUE, acórdãos (TJ) *Demirel*, 30 de setembro de 1987, Proc. 12/86, EU:C:1987:400, cons. 28; *Grogan*, 4 de outubro de 1991, Proc. C-159/90, EU:C:1991:378, cons. 31; *Perilli*, cit., cons. 20; *Kremzow*, cit., cons. 15; *Annibaldi*, cit., cons. 15.

<sup>146</sup> Acórdão *Annibaldi*, cit., cons. 13.

domínio/quadro/campo de aplicação do DUE ao respeito pelos direitos fundamentais tal como protegidos pela ordem jurídica da UE, mesmo quando a situação concreta não configure um caso de aplicação do DUE em sentido estrito. Ou seja, o efeito excludente não se prende com a forma como o DUE é aplicado pelos Estados-Membros – como a dualidade de formulações resultantes dos acórdãos *Wachauf* e *ERT* pode deixar transparecer –, mas com a delimitação do âmbito de aplicação do próprio DUE – excluindo, pois, as situações que não apresentam «qualquer conexão com uma das situações previstas pelo direito comunitário»<sup>147</sup> ou, numa outra formulação, que não apresentam um «nexo suficiente com o direito comunitário.»<sup>148</sup> Muito embora não tenha sido explicitamente acolhida uma formulação mais ampla na redação do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, não pode este preceito, agora em vigor, limitar o alcance do sistema de proteção dos direitos fundamentais jurisprudencialmente fixado. Tal implicaria um retrocesso no sistema de proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da UE<sup>149</sup> – quando o objetivo geral prosseguido pela CDFUE é o de consolidar e reforçar este sistema.

---

<sup>147</sup> Atendendo ao argumento esboçado no texto, cfr., jurisprudência existente à data da redação da CDFUE, acórdãos (TJ) *Morson*, 27 de outubro de 1982, Procs. 35 e 36/82, EU:C:1982:368, cons. 15 e 16; *Zaoui*, 17 de dezembro de 1987, Proc. 147/87, EU:C:1987:576, cons. 15; *Laderer*, 25 de junho de 1992, Proc. C-147/91, EU:C:1992:278, cons. 7; *Poirrez*, 16 de dezembro de 1992, Proc. C-206/91, EU:C:1992:523, cons. 11; *Volker Steen*, 16 de junho de 1994, Proc. C-132/93, EU:C:1994:254, cons. 8-11; *Uecker e Jacquet*, 5 de junho de 1997, Procs. C-64/96 e C-65/96, EU:C:1997:285, cons. 16 e 23; *Kapasakalis*, 2 de julho de 1998, Procs. C-225/95, C-226/95 e C-227/95, EU:C:1998:332, cons. 22; *Terhoeve*, 26 de janeiro de 1999, Proc. C-18/95, EU:C:1999:22, cons. 26; *RI.SAN.*, 9 de setembro de 1999, Proc. C-108/98, EU:C:1999:400, cons. 22 e 23.

<sup>148</sup> Acórdão *Kremzow*, cit., cons. 16. Neste, o TJ refere-se, a propósito, aos acórdãos (TJ) *Moser*, 28 de junho de 1984, Proc. 180/83, EU:C:1984:233, cons. 18, e *Maurin*, 13 de junho de 1996, Proc. C-144/95, EU:C:1996:235, cons. 12.

<sup>149</sup> Como assinalam ISAAC MARTÍN DELGADO, «La Carta ante las Administraciones Nacionales...», cit., p. 104; HEIDI KAILA, «The Scope of Application of the Charter...», cit., p. 307; e DANIEL SARMIENTO, «Who's afraid of the Charter?...», cit., p. 1277.

Como avançado *supra*, abonar uma interpretação estrita do conceito «aplicação do direito da União» na aceção do art. 51.º, n.º 1 CDFUE poria em causa, em última análise, o funcionamento do sistema jurídico da UE e, especificamente, do sistema de proteção dos direitos fundamentais na UE.

Desde logo, algumas disposições da CDFUE perderiam todo efeito útil. Como já foi assinalado, alguns direitos fundamentais consagrados na CDFUE escapam do rol de competências formalmente atribuídas à UE e/ou só fazem sentido tendo por referência comportamentos estaduais. Relativamente a estes, dificilmente os Estados-Membros atuam em aplicação do DUE em sentido estrito, uma vez que nem a UE dispõe de competências nas matérias em causa, nem as disposições da CDFUE podem servir de base a tais competências por força do art. 51.º, n.º 2, CDFUE. Limitar a vinculação dos Estados-Membros ao respeito pelos direitos fundamentais consagrados na CDFUE apenas à sua atuação em aplicação do DUE em sentido estrito acabaria por retirar parte da força jurídica vinculativa reconhecida à CDFUE pelo art. 6.º, n.º 1, TUE na redação dada pelo Tratado de Lisboa – a CDFUE acabaria por prometer mais do que poderia cumprir<sup>150</sup>.

São de considerar ainda certos preceitos do direito primário que se referem à atuação dos Estados-Membros no âmbito do DUE em termos mais amplos do que aqueles que resultam da letra do art. 51.º, n.º 1, CDFUE. Na linguagem dos Tratados, o termo mais frequentemente empregue é o de «execução» das políticas, das obrigações, dos atos ou do direito da UE. É o caso, por exemplo, dos arts. 197.º e 291.º, n.º 1, TFUE respeitantes à execução do DUE pelas autoridades dos Estados-Membros, especialmente por

---

<sup>150</sup> Assim, ISAAC MARTÍN DELGADO, «La Carta ante las Administraciones Nacionales...», cit., p. 107.

via administrativa<sup>151</sup>. É igualmente o caso do art. 4.º, n.º 3, TUE que, depois de obrigar os Estados-Membros a adotar «todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos atos das instituições da União», também proíbe a adoção de «qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União»<sup>152</sup>. Da mesma forma, as disposições relativas à ação por incumprimento (arts. 258.º a 260.º TFUE) permitem acionar e condenar um Estado-Membro em caso de não cumprimento de «qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados», noção interpretada de forma ampla pelo TJ. Especialmente expressiva (e ampla) é a letra do art. 19.º, n.º 1, 2º parágrafo, TUE que obriga os Estados-Membros a assegurarem uma «tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.»<sup>153</sup>

Numa primeira leitura, poderia entender-se que o art. 51.º, n.º 1, CDFUE, por se afastar de formulações mais amplas que se encontram em preceitos de fundamental importância nos Tratados, estaria de alguma forma a corrigir a trajetória traçada por tais disposições. Esta leitura não vinga por várias

---

<sup>151</sup> Sobre a importância destas disposições para o enquadramento da aplicação do DUE pelas autoridades administrativas dos Estados-Membros, cfr. JÜRGEN SCHWARZE, «European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon», in *European Public Law*, vol. 18, n.º 2, 2012, pp. 285-304; e MARIO P. CHITI, «Les droits administratifs nationaux entre harmonisation et pluralisme eurocompatible», in *Traité de droit administratif européen*, 2ª edição, JEAN-BERNARD AUBY e JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), Bruxelas, Bruylant, 2015, pp. 867-886.

<sup>152</sup> Assim consagrando formalmente ambas as dimensões *ativa* e *passiva* do compromisso constitucional de cooperação que aglutina os atores envolvidos no processo de integração, especialmente na parte em que vincula os Estados-Membros para com a UE – assim, ALESSANDRA SILVEIRA, *Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos. Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 275-282 e 293-301.

<sup>153</sup> A redação do preceito resulta do Tratado de Lisboa. Tratou-se de codificar a jurisprudência fixada no acórdão (TJ) *Unión de Pequeños Agricultores*, 25 de julho de 2002, Proc. C-50/00 P, EU:C:2002:462, cons. 41. Neste sentido, cfr. JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES e ANTÓNIO ROBALO CORDEIRO, «Artigo 19.º TUE», in *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*, MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO (coord.), Coimbra, Almedina, 2012, p. 98.

razões<sup>154</sup>. Desde logo, todas elas foram revistas e, por conseguinte, mantidas ou modificadas, aquando da alteração dos Tratados pelo Tratado de Lisboa, de modo que todas elas são contemporâneas da CDFUE com força jurídica vinculativa. Ora, nos termos do art. 6.º, n.º 1, TUE, a CDFUE goza do mesmo valor jurídico que os Tratados: suportar na CDFUE, em especial na letra do seu art. 51.º, n.º 1, uma interpretação que restringe o âmbito de aplicação de certas disposições dos Tratados fere a igual dignidade jurídica reconhecida aos textos do direito primário<sup>155</sup>. Para além disso, esta leitura limitaria o alcance de princípios tão existenciais na vertebração da ordem jurídica da UE como os princípios da cooperação leal e da tutela jurisdicional efetiva, com grave prejuízo para a coerência do sistema, especialmente do sistema jurisdicional da UE. Restringir o âmbito de aplicação da CDFUE aos casos em que os Estados-Membros atuariam enquanto “agentes da União” limitaria o âmbito da jurisdição orgânica e funcionalmente europeia, mesmo tratando-se de domínios abrangidos pelo DUE: o TJ em sede de ação por incumprimento e de reenvio prejudicial e os órgãos jurisdicionais nacionais no exercício das respetivas competências apenas poderiam apreciar à luz da CDFUE os comportamentos estaduais que configurassem situações do tipo *agency situation*, com exclusão de um vasto leque de outras situações que, apesar disso, entram no âmbito de aplicação do DUE.

Neste sentido, alguns Autores alertam para o facto de que uma interpretação estrita do conceito «aplicação do direito da União» na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE conduziria à criação de um regime dual de proteção dos direitos fundamentais nos domínios abrangidos pelo âmbito de aplicação do

---

<sup>154</sup> Neste sentido, ISAAC MARTÍN DELGADO, «La Carta ante las Administraciones Nacionales...», cit., pp. 106-108.

<sup>155</sup> Para além de ir em sentido oposto ao *espírito* da regra interpretativa fixada no art. 52.º, n.º 2, CDFUE.

DUE<sup>156</sup>. Sendo a CDFUE aplicável – às instituições, aos órgãos e aos organismos da UE e aos Estados-Membros quando apliquem DUE em sentido estrito –, o regime de proteção dos direitos fundamentais aplicável seria um, aquele resultante do art. 6.º, n.ºs 1 e 3, TUE – incluindo, pois, a CDFUE. Não sendo a CDFUE aplicável – aos Estados-Membros por não estarem a aplicar DUE em sentido estrito –, o regime de proteção dos direitos fundamentais aplicável seria outro, aquele resultante do art. 6.º, n.º 3, TUE – excluindo, pois, a CDFUE. A não aplicabilidade da CDFUE não implicaria, repare-se, a não aplicabilidade do DUE em matéria de direitos fundamentais: a situação em causa relevaria do âmbito da proteção dos direitos fundamentais enquanto *princípios gerais* nos termos do art. 6.º, n.º 3, TUE. Dito de outra forma, não sendo a CDFUE aplicável, vigoraria o regime de proteção dos direitos fundamentais anterior à CDFUE: fora das situações do tipo *agency situation*, os Estados-Membros continuariam vinculados, nos domínios abrangidos pelo DUE, aos direitos fundamentais, enquanto princípios gerais, tal como decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e da CEDH.

---

<sup>156</sup> Assim, cfr. Conclusões *Scattolon*, YVES BOT, 5 de abril de 2011, Proc. C-108/10, EU:C:2011:211, cons. 120; e, na doutrina, PIET EECKHOUT, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», cit., pp. 977-979; KOEN LENAERTS, «Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights», cit., pp. 383-385, e bibliografia aí citada (de Autores, como LORD P. GOLDSMITH e FRANCIS JACOBS, que aderem a tal regime dual, e outros, como PIET EECKHOUT, TAKIS TRIDIMAS e M. DOUGAN, que o rejeitam); HEIDI KAILA, «The Scope of Application of the Charter...», cit., p. 307; bem como PAUL CRAIG, «The Charter, the ECJ and national courts», in *The European Union after the Treaty of Lisbon*, DIAMOND ASHIAGBOR, NICOLA COUNTOURIS e IOANNIS LIANOS (ed.), Cambridge University Press, 2012, pp. 92-94. PAUL CRAIG acrescenta ainda que, subjacente a uma interpretação estrita do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, estaria a ideia de que a jurisprudência anterior do TJ que vincula amplamente os Estados-Membros aos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE teria sido revogada quando «there is nothing in the Lisbon Treaty that expressly overrules this case law; the Charter is repeatedly said to be declaratory of existing law; and the very authorities that are said to be overruled are expressly cited in the Explanatory Memorandum.»

Para além das óbvias dificuldades aplicativas que um tal regime dual acarretaria, ele ignora a centralidade da CDFUE no sistema de proteção dos direitos fundamentais da UE e quebra com a coerência e a unidade desse sistema: o regime de proteção dos direitos fundamentais sequer seria idêntico entre a UE e os Estados-Membros, minando a afirmação da UE como União de Direito, ou seja, a ideia de que a UE e os Estados-Membros estão subordinados ao «*mesmo direito*»<sup>157</sup>, especialmente em sede de proteção dos direitos fundamentais. Tal regime dual admitiria que uma mesma disposição do DUE fosse interpretada e aplicada de forma distinta, consoante a CDFUE fosse ou não de considerar em função do nível – da UE ou dos Estados-Membros – no qual a norma em causa estivesse a ser aplicada<sup>158</sup>. O argumento sai reforçado com a consideração de que, por força dos princípios da cooperação leal e da subsidiariedade, a aplicação do DUE ser confiada, em primeira linha, às autoridades dos Estados-Membros<sup>159</sup>: a CDFUE poderia ser legitimamente desconsiderada num elevado número de casos que relevam da aplicação do DUE pelos Estados-Membros.

Além disso, muito embora o referido regime dual se apoie na lógica plural, multinível ou internormativa que preside ao sistema jusfundamental da UE, lógica que não foi deturpada com a CDFUE, acaba por desvirtuá-la com fundamento na CDFUE: o pluralismo que sempre caracterizou a construção jurídica da UE e, em particular, a construção do seu sistema de proteção dos direitos fundamentais, traz em si a vantagem de permitir usufruir ao máximo de

---

<sup>157</sup> SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 21.

<sup>158</sup> Assim, ALLAN ROSAS, «When is the EU Charter of Fundamental Rights applicable at national level?», cit., p. 1277.

<sup>159</sup> Como repara ISAAC MARTÍN DELGADO, «La Carta ante las Administraciones Nacionales...», cit., p. 107.

todas as potencialidades de cada uma das fontes que compõem o todo e, em especial, promover o mais elevado nível de proteção dos direitos fundamentais – não tem o propósito de servir de fundamento para incongruências sistêmicas. A letra do art. 53.º CDFUE, que consagra precisamente o princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais, fornece, inclusivamente, um argumento literal que suporta a posição aqui defendida<sup>160</sup>: «[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 respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União (...).*»<sup>161</sup>

As considerações que precedem suportam uma interpretação ampla da fórmula «quando apliquem direito da União» empregue no art. 51.º, n.º 1, CDFUE. O efeito restritivo almejado, que, numa primeira leitura, desvia a atenção para a *modalidade* de aplicação do DUE a nível interno, prende-se, na realidade, com o *âmbito* de aplicação do próprio DUE. Devidamente interpretado, o art. 51.º, n.º 1, CDFUE faz coerentemente *coincidir o âmbito de aplicação da CDFUE com o âmbito de aplicação do DUE*. O art. 51.º, n.º 1, CDFUE *vincula os Estados-Membros à CDFUE sempre que a sua atuação recaia no âmbito de aplicação do DUE*, sempre que a atividade estadual sindicada – seja por ação, seja por omissão<sup>162</sup> – apresente algum elemento de conexão com uma das situações contempladas pelo DUE<sup>163</sup> ou afete alguma

---

<sup>160</sup> Neste sentido, cfr. ALEXANDER EGGER, «EU-Fundamental Rights in the National Legal Order...», cit., p. 549 (referindo-se igualmente ao 5º parágrafo do Preâmbulo da CDFUE), bem as Conclusões *Scattolon*, cit., cons. 120.

<sup>161</sup> Sublinhado nosso.

<sup>162</sup> Assim, cfr. LEONARD BESSELINK, «General Report», cit., p. 20.

<sup>163</sup> Neste sentido, cfr. RICARDO ALONSO GARCÍA, «Las cláusulas horizontales...», cit., p. 155.

das posições jurídicas garantidas pelo DUE<sup>164</sup>. De outro modo não podia ser em razão do princípio da atribuição de competências (art. 5.º, n.º 2, TUE), cujo respeito foi insistentemente reiterado em várias das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, especificamente na CDFUE<sup>165</sup>. É, pois, nesse sentido, que deve ser compreendida a vontade dos redatores da CDFUE em limitar o âmbito de aplicação da CDFUE no que toca aos Estados-Membros: o intuito era o de garantir que o âmbito de aplicação da CDFUE não fosse para além do âmbito de aplicação do DUE – e, assim, das competências atribuídas à UE –, pois os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE não gozam de um âmbito geral e autónomo de aplicação<sup>166</sup>, nem a CDFUE almejava ser, em consequência, um instrumento geral de proteção dos direitos fundamentais.

---

<sup>164</sup> Neste sentido, cfr. MARTA REQUEJO ISIDRO, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación», in *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, CARLOS RUIZ MIGUEL (coord.), Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicación e Intercambio Científico, 2004, p. 235.

<sup>165</sup> Como referido, em relação à versão da CDFUE proclamada em Nice, foram, entre outras, alteradas a redação dos arts. 51.º e 52.º, sendo que a este último foram ainda aditados os n.ºs 4 a 7. Estas alterações visaram essencialmente sossegar os mais inquietos (os Estados-Membros) no sentido de que a CDFUE não perturbaria a distribuição vertical das competências entre os Estados-Membros e a UE. Assim, ao art. 51.º foi aditado, no n.º 1, a parte final, e, no n.º 2, a parte inicial. Da redação final resulta uma alteração insistente no respeito pelo quadro de repartição competencial instituído entre a UE e os Estados-Membros: os destinatários da CDFUE devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a aplicação da CDFUE «de acordo com as respetivas *competências* e observando os limites das *competências* conferidas à União pelos Tratados» (n.º 1). Daqui já resultaria o que ficou, apesar disso, expressamente plasmado no n.º 2: para além de a CDFUE não criar «quaisquer novas *atribuições ou competências* para a União» e não modificar «as *atribuições e competências* definidas pelos Tratados», adicionou-se que também «não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a *competências* que não sejam as da União» (itálicos nossos). Acresce que o conteúdo do art. 51.º, n.º 2, CDFUE é, quase textualmente, retomado na Declaração (n.º 1) sobre a Carta dos Direitos Fundamentais, anexa Ata Final da Conferência Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa, JO C 306 de 17.12.2007, p. 249 (2º parágrafo). Quanto ao art. 52.º, os aditados n.ºs 4 e 6 insistem no respeito devido às «tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros» e pelas «legislações e práticas nacionais» e o n.º 5 reincide na «alteração», referindo que as disposições da CDFUE que consagram princípios podem ser aplicadas «por atos dos Estados-Membros quando estes apliquem o direito da União, no exercício das respetivas competências».

<sup>166</sup> Assim, MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, cit., p. 41.

A questão não está, pois, em saber *como* se aplica DUE, mas se se aplica DUE. Ora, o ponto de partida para a solução do enigma – *quando se aplica DUE* – resulta da letra e do espírito do art. 51.º CDFUE: «o âmbito de aplicação do DUE é aquele que decorre das suas competências»<sup>167</sup> atribuídas nos termos dos Tratados<sup>168</sup>. Não é por acaso, como também repara ALESSANDRA SILVEIRA, que «a entrada em vigor do “catálogo de direitos fundamentais da União” veio acompanhada da definição do “catálogo de competências da União” nos tratados constitutivos.»<sup>169</sup>

Mas este apenas é o ponto de partida. Com efeito, o âmbito de aplicação do DUE é mais amplo do que as competências atribuídas à UE sendo, entre outros, também determinado pela interpretação dada às disposições atributivas de competências à UE, por vezes formuladas de forma propositadamente vaga, e pelo respeito devido ao DUE pelos Estados-Membros quando exercem competências que permanecem suas<sup>170</sup>. Como se verá, o critério ultimamente determinante parece ser o da *intensidade da ligação entre a situação jurídica em análise e o DUE*. A consideração dos pronunciamentos do TJ posteriores à entrada em vigor do Tratado de Lisboa e, assim, do reconhecimento de força

---

<sup>167</sup> ALESSANDRA SILVEIRA, «Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: recai ou não recai? – Eis a questão!», in *Julgar*, n.º 22, 2014, p. 183.

<sup>168</sup> Cfr. art. 5.º TUE e arts. 2.º a 6.º TFUE.

<sup>169</sup> ALESSANDRA SILVEIRA, «Cidadania e Jusfundamentalidade na União Europeia – do argumento de *James Madison* à jurisprudência *Ruiz Zambrano*», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Volume III – Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo*, FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS E. M. MACHADO e JOÃO CARLOS LOUREIRO (org.), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 872.

<sup>170</sup> Neste sentido, cfr. KOEN LENAERTS, «L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres», in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 421-442, em especial p. 424; e SACHA PRECHAL, SYBE DE VRIES e HANNEKE VAN EIJKEN, «The Principle of Attributed Powers and the 'Scope of EU Law'», in *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, LEONARD BESSELINK, FRANS PENNINGE e SACHA PRECHAL (ed.), Kluwer Law International, 2011, pp. 214-215.

jurídica vinculativa à CDFUE, demonstram a complexidade da tarefa que é delimitar o que recai ou não no âmbito de aplicação do DUE.

### **3.2. Noção de «aplicação do direito da União» – enfoque jurisprudencial**

#### **i) O cunho doutrinário da jurisprudência *Fransson***

Como mencionado, a CDFUE deu os seus primeiros passos no cenário jusfundamental da UE antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa e, assim, ainda que desprovida de força jurídica vinculativa. Na jurisprudência do TJ, em especial, a maioria das referências respeitantes à CDFUE tinha por pano de fundo a aplicação do DUE pelos Estados-Membros<sup>171</sup> – tendo em vista, em sede de reenvio prejudicial, aferir da compatibilidade de disposições de direito nacional com o DUE. De tal é paradigmático exemplo o acórdão *Unibet*, o primeiro pronunciamento do TJ desta ordem<sup>172</sup>. Uma vez que a CDFUE não gozava de força jurídica vinculativa, as suas disposições não eram invocadas isoladamente – as disposições da CDFUE eram tidas em conta

---

<sup>171</sup> Se bem que a primeira referência à CDFUE na jurisprudência do TJ se reportasse à apreciação da conformidade de certas disposições de uma diretiva com os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE: no âmbito do processo que deu origem ao acórdão *Parlamento contra Conselho* (2006), o TJ foi, a pedido do Parlamento Europeu, chamado a apreciar a validade de certas disposições da Diretiva 2003/86/CE (direito ao reagrupamento familiar) à luz, entre outros, dos arts. 7.º e 24.º CDFUE (cfr. cons. 31 e 32). O TJ referiu-se igualmente aos arts. 20.º, 21.º e 49.º CDFUE quando, a pedido de um órgão jurisdicional nacional, apreciou a validade da Decisão-Quadro 2002/584 (mandado de detenção europeu) – cfr. acórdão (TJ) *Advocaten voor de Wereld*, 3 de maio de 2007, Proc. C-303/05, EU:C:2007:261, cons. 46 –, bem como ao art. 47.º CDFUE no célebre acórdão (TJ) *Kadi I*, 3 de setembro de 2008, Procs. C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, cons. 335.

<sup>172</sup> Cfr. acórdão *Unibet*, cit., cons. 37; da mesma forma, em jurisprudência posterior, cfr., entre outros, acórdãos (TJ) *Viking Line*, cit., cons. 43 e 44; *Laval*, 18 de dezembro de 2007, Proc. C-341/05, EU:C:2007:809, cons. 90 e 91; *Promusicae*, 29 de janeiro de 2008, Proc. C-275/06, EU:C:2008:54, cons. 34, 41, 61 e 64; *Avides Media*, 14 de fevereiro de 2008, Proc. C-244/06, EU:C:2008:85, cons. 39-42; *Varec*, 14 de fevereiro de 2008, Proc. C-450/06, EU:C:2008:91, cons. 48; e *Mono Car Styling*, 16 de julho de 2009, Proc. C-12/08, EU:C:2009:466, cons. 47.

como elemento auxiliar na interpretação de (outros) princípios e (outras) disposições do DUE<sup>173</sup> –, nem o TJ se alongava a respeito das disposições finais da CDFUE, nomeadamente no seu art. 51.º, n.º 1.

Mesmo após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (2009), só com a prolação do acórdão *Fransson* (2013) ficou mais clara a posição do TJ a respeito do âmbito de aplicação da CDFUE no que toca aos Estados-Membros<sup>174</sup>. Pistas já haviam sido deixadas em acórdãos e despachos anteriores. No essencial, o acórdão confirma a leitura avançada *supra* pela qual o âmbito de aplicação da CDFUE coincide com o âmbito de aplicação do DUE. A conclusão não surpreende, antes se encontra em consonância com jurisprudência anterior do TJ, quer se considere a jurisprudência anterior à CDFUE – já aqui mencionada a breve trecho –, quer se considere a jurisprudência posterior à sua entrada em vigor – que será de seguida brevemente referida.

Assim, por exemplo, o acórdão *Küçükdeveci* já revela, poucas semanas após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, uma compreensão ampla do âmbito de aplicação da CDFUE da parte do TJ, não só no que respeita ao círculo dos seus destinatários, mas também no que se refere ao conceito de

---

<sup>173</sup> No âmbito do processo que deu origem ao acórdão *Unibet*, por exemplo, o TJ foi chamado a pronunciar-se sobre o princípio da tutela jurisdicional efetiva a fim de aferir se o mesmo exigia que, na ordem jurídica dos Estados-Membros, existisse uma ação autónoma destinada a apreciar, a título principal, a conformidade de disposições nacionais com o DUE. No acórdão, remetendo para extensa jurisprudência anterior, o TJ refere-se ao princípio da tutela jurisdicional efetiva como «*princípio geral do direito comunitário*», que «*decorre das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros*», que se encontra consagrado nos arts. 6.º e 13.º CEDH e que foi «*igualmente reafirmado*» no art. 47.º CDFUE – acórdão *Unibet*, cit., cons. 37. A referência ao art. 47.º CDFUE junta-se a outras fontes de direitos fundamentais relevantes no sistema jusfundamental da UE, numa menção complementar que não assumiu um papel determinante na interpretação que veio a ser dada no acórdão ao princípio da tutela jurisdicional efetiva dos direitos decorrentes do DUE (cfr. acórdão *Unibet*, cit., cons. 40 a 44).

<sup>174</sup> Acórdão (TJ) *Fransson*, 26 de fevereiro de 2013, Proc. C-617/10, EU:C:2013:105, cons. 17-23, sublinhados nossos.

«aplicação do direito da União». Em causa estava a compatibilidade de uma disposição nacional em matéria laboral com o princípio da não discriminação em razão da idade. O primeiro problema suscitado estava em determinar a norma do DUE – de direito primário (um princípio geral) ou de direito derivado (uma diretiva) – à luz da qual havia de ser apreciada a disposição nacional em causa, uma vez que, envolvendo o litígio apenas particulares, o órgão jurisdicional nacional estava confrontado com os limites do efeito direto das diretivas<sup>175</sup>. Na sua resposta, o TJ considera o princípio da não discriminação em razão da idade, não só enquanto princípio geral do DUE, como resultava de jurisprudência anterior<sup>176</sup>, mas igualmente enquanto direito fundamental consagrado no art. 21.º, n.º 1, CDFUE com força jurídica vinculativa à data da prolação do acórdão. Ultrapassando os limites do efeito direto das diretivas e reforçando a sua invocabilidade nos litígios que opõem particulares<sup>177</sup>, o TJ conclui que é «*com base no princípio geral do direito da União que proíbe as*

---

<sup>175</sup> No caso, o litígio opunha Seda Küçükdeveci ao seu antigo empregador, a Swedex, a propósito do cálculo da duração do aviso prévio aplicável ao seu despedimento. Aquando do despedimento (por carta datada de 19 de dezembro de 2006, com efeitos a partir de 31 de janeiro de 2007), o prazo de aviso prévio foi calculado como se Seda Küçükdeveci tivesse uma antiguidade de 3 anos, quando trabalhava ao serviço da Swedex havia 10 anos. Em causa estava uma norma do Código Civil alemão pela qual o tempo de trabalho prestado por um trabalhador antes dos 25 anos de idade não é contabilizado para calcular a duração do aviso prévio. Pronunciando-se em sede de recurso, o órgão jurisdicional de reenvio teve dúvidas acerca da compatibilidade da referida norma nacional com o DUE, em especial com a Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, JO L 303 de 02.12.2000, pp. 16-22, especialmente por tratar-se de um litígio entre particulares – cfr. acórdão *Küçükdeveci*, cit., cons. 12-17.

<sup>176</sup> Cfr. acórdão *Mangold*, cit., cons. 75.

<sup>177</sup> Como explica o YVES BOT, ainda que se aplique o princípio geral da não discriminação em razão da idade, a Diretiva 2000/78 não deixa de ser a «norma de referência para determinar a existência ou não de uma discriminação em razão da idade proibida pelo direito comunitário» – cfr. Conclusões *Küçükdeveci*, 7 de julho de 2009, Proc. C-555/07, EU:C:2009:429, cons. 29. Para mais desenvolvimentos, cfr. ALESSANDRA SILVEIRA, «Implicações nos litígios entre particulares resultantes da horizontalidade dos princípios gerais/direitos fundamentais protegidos pela União Europeia», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 32, 2010, pp. 3-21.

*discriminações em razão da idade, como concretizado pela Directiva 2000/78»,* que seria de apreciar a existência ou não de uma discriminação em razão da idade no direito nacional<sup>178</sup>. Ora, para que o princípio da não discriminação em razão da idade tal com garantido pelo DUE – incluindo, pois, a CDFUE – fosse aplicável, importava ainda que a situação fosse «*abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União*»<sup>179</sup> – o que era o caso uma vez que o comportamento alegadamente discriminatório era posterior à expiração do prazo de transposição da diretiva em causa<sup>180</sup>. Se bem que o art. 51.º, n.º 1, CDFUE não seja mencionado no acórdão, do mesmo resulta que, para que a CDFUE seja aplicável, basta que a regulamentação nacional controvertida integre o âmbito de aplicação do DUE, sendo para tal a expiração do prazo de transposição de uma diretiva elemento de conexão suficiente.

A conexão com o DUE surge de forma mais evidente quando as autoridades competentes dos Estados-Membros aplicam regulamentos. Era esse o caso subjacente aos acórdãos *McB* e *N. S.*. Provavelmente por conta disso, o TJ, chamado a interpretar tais regulamentos à luz dos direitos fundamentais protegidos pela CDFUE, não se alonga a respeito do art. 51.º, n.º 1, CDFUE. O facto de estar em causa a aplicação de regulamentos da UE pelas autoridades (administrativas e/ou jurisdicionais) dos Estados-Membros

---

<sup>178</sup> Cfr. acórdão *Kücükdeveci*, cit., cons. 19-27. A resposta do TJ foi pela positiva: «o direito da União, mais concretamente o princípio da não discriminação em razão da idade, como concretizado pela Directiva 2000/78, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que prevê que o tempo de trabalho prestado por um trabalhador antes dos 25 anos de idade não é tido em conta no cálculo do prazo de aviso prévio, em caso de despedimento» – acórdão *Kücükdeveci*, cit., cons. 43.

<sup>179</sup> Acórdão *Kücükdeveci*, cit., cons. 23.

<sup>180</sup> *In casu*, 2 de dezembro de 2006, data na qual os efeitos produzidos pela diretiva «consistiram em incluir no âmbito de aplicação do direito da União a legislação nacional em causa no processo principal que contém uma matéria regulada por esta mesma directiva» – acórdão *Kücükdeveci*, cit., cons. 24 e 25.

não significa, contudo, que a situação concreta seja inteiramente determinada pelo DUE. É por isso que, em nenhum dos dois casos, foi posta em causa a validade das disposições dos regulamentos em causa<sup>181</sup>. Ainda que indiretamente, acabou sendo apreciado o respeito pelos direitos fundamentais, tal como protegidos pela ordem jurídica da UE, na esfera de atuação dos Estados-Membros, seja por conta da solução de direito nacional aplicável por remissão expressa do regulamento em causa no primeiro caso, seja por conta do poder de apreciação deixado aos Estados-Membros pelo regulamento em causa no segundo.

No acórdão *McB*, estava em causa a interpretação do Regulamento n.º 2201/2003 num litígio relativo à guarda de menores<sup>182</sup>. Se bem que o Regulamento defina, para efeitos da sua aplicação, o conceito de «direito de

---

<sup>181</sup> A propósito da apreciação da validade de disposições de direito derivado à luz dos direitos fundamentais consagrados na CDFUE, cfr. acórdãos (TJ) *Volker und Markus*, 9 de novembro de 2010, Procs. C-92/09 e C-93/09 EU:C:2010:662; *Test-Achats*, 1 de março de 2011, Proc. C-236/09, EU:C:2011:100; *AJD Tuna*, 17 de março de 2011, Proc. C-221/09, EU:C:2011:153; *Herbert Schaible*, 17 de outubro de 2013, Proc. C-101/12, EU:C:2013:661; *Google Spain*, 13 de maio de 2014, Proc. C-131/12, EU:C:2014:317; *Wolfgang Glatzel*, 22 de maio de 2014, Proc. C-356/12, EU:C:2014:350; e *J. N.*, 15 de fevereiro de 2016, Proc. C-601/15 PPU, EU:C:2016:84.

<sup>182</sup> No caso, o litígio opunha J. McB., de nacionalidade irlandesa e pai de três menores, a L. E., de nacionalidade britânica e mãe dos mesmos, a propósito do regresso à Irlanda dos menores que se encontravam em Inglaterra com a mãe; os pais dos menores nunca chegaram a casar – cfr. acórdão (TJ) *McB*, 5 de outubro de 2010, Proc. C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, cons. 17-19. Nos termos do direito irlandês, o pai natural dos menores não beneficia de pleno direito do direito de guarda; em particular, o direito de guarda do pai, não casado com a mãe, depende de acordo celebrado entre os progenitores ou de decisão judicial, então que a mãe é automaticamente titular desse direito – cfr. acórdão *McB*, cit., cons. 13-15. No caso, não tendo J. McB. diligenciado nesse sentido, não era titular do direito de guarda dos seus filhos menores, o que o impediu de obter, em tribunal, uma declaração da ilicitude da sua deslocação para a Inglaterra com vista a obter o seu posterior regresso à Irlanda; o processo envolveu jurisdições britânicas e irlandesas e deu origem a um pedido de decisão prejudicial decidido pelo Tribunal de Justiça em tramitação urgente – cfr. acórdão *McB*, cit., cons. 20-29.

guarda»<sup>183</sup>, remete para o direito dos Estados-Membros a questão da titularidade do direito de guarda<sup>184</sup>. Em consequência, o carácter ilícito da deslocação de um menor «*depende exclusivamente da existência de um direito de guarda, atribuído pelo direito nacional aplicável, em violação do qual essa deslocação teve lugar.*»<sup>185</sup> No caso, colocou-se, contudo, a questão de saber se o Regulamento se opunha à solução contemplada no direito irlandês, aplicável por remissão, ou, mais especificamente, se as disposições dos arts. 7.º e 24.º CDFUE obstavam àquela interpretação do Regulamento «*tendo em conta, nomeadamente, a remissão para o direito nacional que esta interpretação implica.*»<sup>186</sup> O TJ fez questão de sublinhar que era chamado a considerar a CDFUE «*apenas para efeitos da interpretação do Regulamento n.º 2201/2003, sem proceder a uma apreciação do direito nacional enquanto tal.*»<sup>187</sup> Ainda que indiretamente, era inevitável, contudo, que se pronunciasse sobre a compatibilidade da solução irlandesa com o DUE à luz dos direitos fundamentais consagrados nos arts. 7.º e 24.º CDFUE, tendo concluído pela

---

<sup>183</sup> Nos termos do art. 2.º, n.º 9, do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, JO L 338 de 23.12.2003, pp. 1-29, o «direito de guarda» compreende «os direitos e as obrigações relativos aos cuidados devidos à criança e, em particular, o direito de decidir sobre o seu lugar de residência.»

<sup>184</sup> Nos termos do art. 2.º, n.º 11, a), do Regulamento n.º 2201/2003, a deslocação ou a retenção de uma criança é ilícita quando «[v]iole o direito de guarda conferido por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor por força da legislação do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção.»

<sup>185</sup> Acórdão *McB*, cit., cons. 44.

<sup>186</sup> Acórdão *McB*, cit., cons. 52; cfr., ainda, considerandos 25, 45 e 61.

<sup>187</sup> Acórdão *McB*, cit., cons. 52.

positiva<sup>188</sup>. Assim, apesar dos especiais cuidados do TJ em respeitar o quadro de repartição de competências instituído entre a UE e os Estados-Membros e delimitar, em consequência, o âmbito da sua jurisdição<sup>189</sup> – numa matéria especialmente delicada, tendo em conta as preocupações expressas pelo povo irlandês a respeito do novo estatuto jurídico reconhecido à CDFUE com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa<sup>190</sup> –, acaba por apreciar toda a normatividade aplicável à luz da CDFUE, incluindo, pois, o direito nacional, uma vez que recaía no âmbito de aplicação do DUE.

---

<sup>188</sup> Recorde-se que, nos termos do direito irlandês, o pai natural dos menores, não casado com a mãe, não é automaticamente titular do direito de guarda, direito que depende de acordo celebrado entre os progenitores ou de decisão judicial. Estando em causa direitos fundamentais, em especial o direito ao respeito pela vida privada e familiar, simultaneamente protegidos pela CDFUE (art. 7.º) e pela CEDH (art. 8.º), o TJ teve em conta, nos termos do art. 52.º, n.º 3, CDFUE, a jurisprudência do TEDH relevante na matéria e concluiu que a «*essência do direito de um pai natural a uma vida privada e familiar nesse contexto*» reside no «*direito de, antes da deslocação, recorrer ao órgão jurisdicional competente para requerer que lhe seja atribuído o direito de guarda do seu filho*», de modo que «*o facto de o pai natural não ser, ao contrário da mãe, automaticamente titular de um direito de guarda do seu filho (...) não afecta o conteúdo essencial do seu direito à vida privada e familiar*» – acórdão *McB.*, cit., cons. 53-58. A consideração dos direitos das crianças (art. 24.º CDFUE) também não obstava a tal solução – cfr. acórdão *McB.*, cit., cons. 60-64.

<sup>189</sup> O que se denota em vários momentos do acórdão, nomeadamente no considerando 51 onde o TJ retoma o conteúdo do art. 51.º CDFUE para concluir que é «*chamado a interpretar, à luz da Carta, o direito da União nos limites das competências atribuídas a esta*»; no considerando 52, reproduzido no texto; e no considerando 59 no qual reforça a sua argumentação sublinhando que «*o reconhecimento de um direito de guarda do seu filho ao pai natural, nos termos do artigo 2.º, n.º 11, do Regulamento n.º 2201/2003, não obstante a não atribuição de tal direito nos termos do direito nacional*», não só «*iria contra as exigências de segurança jurídica e a necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros, na acepção do artigo 52.º, n.º 1, da Carta, no caso em apreço os da mãe*», como também «*poderia violar o artigo 51.º, n.º 2, da Carta*», pois o art. 7.º CDFUE teria por efeito tornar o âmbito de aplicação do DUE extensivo a competências não atribuídas à UE.

<sup>190</sup> Cfr. CONSELHO EUROPEU, Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Bruxelas de 18 e 19 de junho de 2009, Anexo I: Decisão dos Chefes de Estado ou de Governo dos 27 Estados-Membros da UE, reunidos no Conselho Europeu, sobre as preocupações do povo irlandês a respeito do Tratado de Lisboa. Nos termos da Secção A, relativa ao direito à vida, família e educação, «*[n]enhuma das disposições do Tratado de Lisboa que conferem um estatuto jurídico à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia nem as disposições do mesmo Tratado relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça, afectam de modo algum o alcance e a aplicabilidade (...) da protecção da família*» consagrada na Constituição da Irlanda.

No segundo caso, estava em causa a interpretação do Regulamento n.º 343/2003 num litígio relativo à transferência (do Reino Unido) de requerentes de asilo para o Estado-Membro responsável pela análise do pedido (Grécia)<sup>191</sup>. Entre outras questões, foi colocada a de saber se a decisão adotada por um Estado-Membro, com base no art. 3.º, n.º 2, do Regulamento, de analisar ou não um pedido de asilo que, em conformidade com os critérios enunciados no Regulamento, é em primeira linha da competência de outro Estado-Membro, é abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE para efeitos do art. 51.º CDFUE<sup>192</sup>. A questão estava em aferir da aplicabilidade da CDFUE num caso em que um Estado-Membro exerce um poder de apreciação que lhe é reconhecido por um regulamento da UE – situação fática próxima àquela subjacente ao acórdão *Wachauf*, do qual já resultava que, no exercício de um poder de apreciação que lhes é reconhecido por um regulamento da UE, os Estados-Membros devem respeito aos direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica da UE. Por isso, a resposta positiva do TJ não surpreende: primeiro, porque o poder de apreciação reconhecido aos Estados-Membros pela disposição em causa «faz parte integrante do sistema europeu comum de asilo previsto no Tratado FUE e elaborado pelo legislador da União» e, por isso, deve ser

---

<sup>191</sup> Os processos subjacentes ao acórdão *N. S.* diziam respeito a um total de seis recorrentes, originários do Afeganistão, do Irão e da Argélia, que, após terem transitado pelo território grego, chegaram ao Reino Unido e à Irlanda, onde apresentaram um pedido de asilo. Foi em cada caso solicitado às autoridades britânicas e irlandesas competentes que, nos termos da faculdade atribuída pelo art. 3.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 343/2003 do Conselho, de 18 de fevereiro de 2003, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise e um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro (JO L 50 de 25.02.2003, pp. 1-10), assumissem a responsabilidade pela análise dos pedidos de asilo apresentados por alegado risco de violação dos direitos fundamentais conferidos pelo DUE caso os requerentes fossem transferidos para a Grécia – cfr. acórdão *N. S.*, cit., cons. 34-54.

<sup>192</sup> Cfr. acórdão *N. S.*, cit., cons. 50, questão prejudicial 1.

exercido no respeito pelo direito da União<sup>193</sup>; depois, porque uma decisão tomada ao abrigo do art. 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 343/2003 «*tem consequências precisas, previstas neste regulamento*», de modo que «*um Estado-Membro que exerce este poder de apreciação aplica o direito da União na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta.*»<sup>194</sup> Não vingou o argumento pelo qual, por se tratar do exercício de um poder discricionário, a situação não estaria abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE<sup>195</sup>. Resulta do acórdão, pelo contrário, que um Estado-Membro que tome uma decisão, seja positiva ou negativa<sup>196</sup>, no exercício de um poder de apreciação reconhecido pelo DUE aplica DUE na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE.

O TJ salientou ainda que os Estados-Membros devem «*não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com o direito da União mas também velar por que não se tome por base uma interpretação de um diploma de direito derivado que seja susceptível de entrar em conflito com os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da União ou com os outros*

---

<sup>193</sup> Cfr. acórdão *N. S.*, cit., cons. 65 e 66. O TJ acompanhou as observações da Comissão (acórdão *N. S.*, cit., cons. 60), bem como de VERICA TRSTENJAK (Conclusões *N. S.*, 22 de setembro de 2011, Proc. C-411/10, EU:C:2011:611, cons. 79-82), nas quais ambas se referem à jurisprudência *Wachauf*.

<sup>194</sup> Acórdão *N. S.*, cit., cons. 67 e 68; no mesmo sentido, já em 2017, cfr. acórdão *C. K.*, cit., cons. 53.

<sup>195</sup> No caso subjacente ao Proc. C-411/10, o *Secretary of State for the Home Department* recusou assumir, nos termos do art. 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 343/2003, a responsabilidade pela análise do pedido de asilo de *N. S.*, tendo alegado, em sede de recurso judicial, que os Estados-Membros, ao exercer o poder discricionário que lhes é reconhecido, não têm de respeitar os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE dado que «*este poder discricionário não é abrangido pelo âmbito de aplicação do direito da União*» – acórdão *N. S.*, cit., cons. 46. O argumento foi também avançado por alguns governos que apresentaram observações – cfr. acórdão *N. S.*, cit., cons. 61-63, e Conclusões *N. S.*, cit., cons. 58.

<sup>196</sup> O Governo checo avançou o argumento pelo qual a decisão do Estado-Membro só seria abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE caso assumisse a responsabilidade de analisar o pedido de asilo nos termos do art. 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 343/2003, não sendo o caso na hipótese contrária – cfr. acórdão *N. S.*, cit., cons. 63.

*princípios gerais do direito da União.»*<sup>197</sup> Se os Estados-Membros devem observar os direitos fundamentais tal como protegidos pela ordem jurídica da UE e, em especial, pela CDFUE, quando *aplicam* DUE, também o devem, por maioria de razão, quando *interpretam* DUE. O TJ sublinha, assim, a necessidade de interpretar os atos do direito derivado da UE à luz da CDFUE, confirmando o seu estatuto de direito primário vinculativo. Para além disso, o TJ não só evita uma intrusão excessiva em relação ao (controlo jusfundamental do) direito nacional, como também associa os órgãos jurisdicionais nacionais nesta tarefa interpretativa, convidando-os a propor, em sede de reenvio prejudicial, «fundamental rights-inspired interpretations of EU law.»<sup>198</sup>

Em outros acórdãos, apesar da interpretação do art. 51.º, n.º 1, CDFUE não ser problematizada, transparece igualmente este entendimento quanto ao âmbito de aplicação da CDFUE no que toca aos Estados-Membros. Assim, no acórdão *DEB*, no âmbito de uma ação de responsabilidade intentada contra um Estado-Membro com fundamento em violação do DUE, o TJ, mencionando o art. 51.º, n.º 1, CDFUE, reformulou e respondeu à questão prejudicial colocada de forma a integrar a interpretação do «*princípio da protecção jurisdicional efectiva, como consagrado no artigo 47.º da Carta*»<sup>199</sup>, assim colocando a CDFUE no centro da sua argumentação; quanto ao caso, o art. 47.º CDFUE foi considerado aplicável nos termos do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, não porque as normas nacionais em causa (relativas ao apoio judiciário) aplicavam DUE em sentido estrito, mas porque tinham um impacto no exercício de um direito conferido pelo DUE (o direito à reparação por danos causados em violação do

---

<sup>197</sup> Acórdão *N. S.*, cit., cons. 77, referindo-se ao acórdão *Lindqvist*, cit., cons. 87.

<sup>198</sup> CLEMENS LADENBURGER, «Institutional Report», cit., p. 16.

<sup>199</sup> Acórdão *DEB*, cit., cons. 33 e 59; cfr., em especial, cons. 26-33.

DUE). No acórdão *Dereci*, a questão da aplicação da CDFUE foi aferida considerando o âmbito de aplicação do DUE, mas foi deixada à apreciação dos órgãos jurisdicionais nacionais: «(...) se o órgão jurisdicional de reenvio considerar, à luz das circunstâncias dos litígios nos processos principais, que a situação dos recorrentes é abrangida pelo direito da União, deverá examinar se a recusa de concessão de um direito de residência a estes últimos ofende o direito ao respeito da vida privada e familiar previsto no artigo 7.º da Carta. Em contrapartida, se considerar que tal situação não é abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União, deverá fazer tal exame à luz do artigo 8.º, n.º 1, da CEDH.»<sup>200</sup> No acórdão *Gueye*, a solução de direito (penal) nacional em causa no processo principal não foi apreciada à luz da CDFUE (art. 7.º) uma vez que a mesma não entrava no âmbito de aplicação do ato jurídico da UE (uma decisão-quadro) cuja interpretação havia sido solicitada ao TJ<sup>201</sup>.

São também elucidativas as decisões pelas quais o TJ, chamado a interpretar alguma disposição da CDFUE, se declara incompetente para conhecer do pedido de decisão prejudicial, seja por acórdão, seja por despacho fundamentado<sup>202</sup>. Se em algumas situações se limita a declinar competência (apenas) porque a regulamentação nacional em causa não constitui uma

---

<sup>200</sup> Acórdão *Dereci*, cit., cons. 72.

<sup>201</sup> Acórdão (TJ) *Gueye*, 15 de setembro de 2011, Procs. C-483/09 e C-1/10, EU:C:2011:583, cons. 50-70. Em causa estava a interpretação da Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, JO L 82 de 22.03.2001, pp. 1-4.

<sup>202</sup> Por força do art. 53.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, de 25 de setembro de 2012 (JO L 265 de 29.09.2012, pp. 1-42, retificação JO L 274 de 09.10.2012, p. 34, alterado em 18 de junho de 2013, JO L 173 de 26.06.2013, p. 65, e em 19 de julho de 2016, JO L 217 de 12.8.2016, p. 69), se o TJ for manifestamente incompetente para conhecer de um processo ou se um pedido ou uma petição forem manifestamente inadmissíveis, pode, ouvido o AG, preferir despacho fundamentado, pondo termo à instância.

medida de aplicação do DUE na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE<sup>203</sup>, em outros casos não só constata que a regulamentação nacional concretamente aplicável não constitui uma medida de aplicação do DUE, mas também que não existem «*outros elementos de ligação*» com o DUE<sup>204</sup>. Esta última referência revela que o TJ compreende de forma ampla o âmbito de aplicação da CDFUE e, assim, a sua competência para a interpretar<sup>205</sup>.

Desta forma contextualizada, a jurisprudência que viria a ser firmada no acórdão *Fransson* limita-se a confirmar o que já resultava de jurisprudência assente do TJ, quer se considere a jurisprudência anterior à CDFUE, quer aquela que se seguiu à entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Valendo-se também das Anotações ao art. 51.º CDFUE, nele o TJ desprende-se de uma interpretação estritamente literal do segmento «quando apliquem direito da União», interpretando-o no sentido de que os Estados-Membros devem respeito aos direitos fundamentais garantidos pela CDFUE quando a sua atuação recaia no âmbito de aplicação do DUE. Importa ter em conta as circunstâncias em causa no caso *Fransson* para melhor compreender o alcance do acórdão proferido pelo TJ.

---

<sup>203</sup> Cfr., entre outros, despachos (TJ) *Corpul*, 14 de dezembro de 2011, Proc. C-434/11, EU:C:2011:830, cons. 16; *Cozman*, 14 de dezembro de 2011, Proc. C-462/11, EU:C:2011:831, cons. 15; *Boncea*, 14 de dezembro de 2011, Procs. C-483/11 e C-484/11, EU:C:2011:832, cons. 34; *Corpul*, 10 de maio de 2012, Proc. C-134/12, EU:C:2012:288, cons. 12-13; e *Sindicato dos Bancários do Norte*, 7 de março de 2013, Proc. C-128/12, EU:C:2013:149, cons. 12.

<sup>204</sup> Cfr., despachos (TJ) *Estov*, 12 de novembro de 2010, Proc. C-339/10, EU:C:2010:680, cons. 14; *Chartry*, 1 de março de 2011, Proc. C-457/09, EU:C:2011:101, cons. 25; *Rossius*, 23 de maio de 2011, Procs. C-267/10 e C-268/10, EU:C:2011:332, cons. 19; *Pagnoul*, 22 de setembro de 2011, Proc. C-314/10, EU:C:2011:609, cons. 23-24; *Ajdini*, 21 de fevereiro de 2013, Proc. C-312/12, EU:C:2013:103, cons. 21-22; *Currà*, 12 de julho de 2012, Proc. C-466/11, EU:C:2012:465, cons. 19 e 26; e acórdão (TJ) *Vinkov*, 7 de junho de 2012, Proc. C-27/11, EU:C:2012:326, cons. 59.

<sup>205</sup> Neste sentido, cfr. Conclusões *Scattolon*, cit., nota 66. Preferindo, pelo contrário, a primeira formulação, ALLAN ROSAS, «When is the EU Charter of Fundamental Rights applicable at national level?», cit., p. 1281.

No caso, corriam dois processos-crime contra Hans Fransson por fraude fiscal agravada. Os factos que fundamentavam a acusação do Ministério Público eram os mesmos que haviam servido de fundamento para a aplicação pela administração fiscal sueca de determinadas sobretaxas fiscais por decisões administrativas que, não tendo sido objeto de recurso judicial, se tornaram definitivas. Entre outras questões, o órgão jurisdicional de reenvio colocou ao TJ a de saber se o princípio *ne bis in idem* previsto no art. 50.º CDFUE se opunha a que fossem movidos processos-crime por factos já sancionados administrativamente. O busílis da questão residia no facto de Hans Fransson ser acusado de incumprimento de obrigações de informação tributária, com a conseqüente perda de receitas fiscais resultantes de diversos impostos, nomeadamente de IVA – aí residindo a conexão com o DUE<sup>206</sup>.

A maioria dos governos que participaram no processo, a Comissão Europeia e o AG questionaram a competência do TJ para se pronunciar sobre as questões prejudiciais colocadas. PEDRO CRUZ VILLALÓN, em particular, muito embora reconheça tratar-se de um «contexto de “poder sancionatório” dos Estados que tem origem no direito da União», o que constitui um «princípio legitimador da transferência da responsabilidade na garantia dos direitos» fundamentais para a UE<sup>207</sup>, considerou «arriscado» e «desproporcionado» «afirmar que, através de uma disposição como o artigo 273.º da Diretiva 2006/112<sup>208</sup>, se [previsse] uma transferência de todas as garantias

---

<sup>206</sup> Cfr. acórdão *Fransson*, cit., cons. 12-15. O sistema comum do IVA encontra-se regulado pela Diretiva 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, JO L 347 de 11.12.2006, pp. 1-216.

<sup>207</sup> Conclusões *Fransson*, PEDRO CRUZ VILLALÓN, 12 de junho de 2012, Proc. C-617/10, EU:C:2012:340, cons. 51-53.

<sup>208</sup> Segundo o qual «[os] Estados-Membros podem prever outras obrigações que considerem necessárias para garantir a cobrança exacta do IVA e para evitar a fraude, sob reserva da observância da igualdade de tratamento das

constitucionais que regulam o exercício do poder sancionatório dos Estados para a União, desde que esteja em causa a cobrança do IVA.»<sup>209</sup> De acordo com o AG, o direito fiscal e sancionatório nacional era colocado «ao serviço dos objetivos estabelecidos pelo direito da União» em sede de cobrança do IVA, de modo que o problema do âmbito de aplicação do princípio *ne bis in idem* era um «problema geral da estrutura do (...) direito sancionatório» nacional e, como tal, com uma «existência completamente autónoma relativamente à cobrança do IVA» – ou seja, o DUE não era a «causa» do exercício do poder sancionatório do Estado, apenas aparecia «como uma simples *occasio*» nesse exercício<sup>210</sup>. Por conseguinte, a conexão com o DUE era «muito ténue» e insuficiente para «fundamentar um interesse claramente identificável da União em chamar a si a garantia» do princípio *ne bis in idem* no caso concreto<sup>211</sup> e, assim, para fundamentar a competência do TJ para responder às questões prejudiciais colocadas<sup>212</sup>.

O TJ não seguiu a proposta do AG e no acórdão aproveita para expor em termos quase pedagógicos a sua posição sobre a questão<sup>213</sup>:

«(...) há que recordar que o âmbito de aplicação da Carta, no que respeita à ação dos Estados-Membros, está definido no artigo 51.º,

---

operações internas e das operações efectuadas entre Estados-Membros por sujeitos passivos, e na condição de essas obrigações não darem origem, nas trocas comerciais entre Estados-Membros, a formalidades relacionadas com a passagem de uma fronteira. (...)»

<sup>209</sup> Conclusões *Fransson*, cit., cons. 63.

<sup>210</sup> Cfr. Conclusões *Fransson*, cit., cons. 60 e 61.

<sup>211</sup> Conclusões *Fransson*, cit., cons. 57.

<sup>212</sup> De reparar, a esse respeito, que, ao formular as suas questões prejudiciais, o órgão jurisdicional de reenvio não se refere a nenhuma disposição do DUE outra que o art. 50.º CDFUE (cfr. acórdão *Fransson*, cit., cons. 15), facto também sublinhado por PEDRO CRUZ VILLALÓN (cfr. Conclusões *Fransson*, cit., cons. 56).

<sup>213</sup> Acórdão *Fransson*, cit., cons. 17-23 (sublinhados nossos).

*n.º 1, da mesma, nos termos do qual as disposições da Carta têm por destinatários os Estados-Membros apenas quando apliquem o direito da União.*

*Este artigo da Carta confirma, assim, a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à medida em que a ação dos Estados-Membros deve conformar-se com as exigências decorrentes dos direitos fundamentais garantidos na ordem jurídica da União.*

*Com efeito, resulta, no essencial, da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que os direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica da União são aplicáveis em todas as situações reguladas pelo direito da União, mas não fora dessas situações. É nesta medida que o Tribunal de Justiça já recordou que não pode apreciar, à luz da Carta, uma regulamentação nacional que não se enquadra no âmbito do direito da União. Em contrapartida, quando uma regulamentação nacional se enquadra no âmbito de aplicação desse direito, o Tribunal de Justiça, chamado a pronunciar-se sobre uma questão prejudicial, deve fornecer todos os elementos de interpretação necessários à apreciação, pelo órgão jurisdicional nacional, da conformidade desta regulamentação com os direitos fundamentais cujo respeito assegura<sup>214</sup>.*

*Esta definição do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da União é corroborada pelas anotações relativas ao artigo 51.º da*

---

<sup>214</sup> São referidos os acórdãos *ERT*, cit., cons. 42; *Kremzow*, cit., cons. 15; e *Annibaldi*, cit., cons. 13; bem como os acórdãos (TJ) *Roquette Frères*, 22 de outubro de 2002, Proc. C-94/00, EU:C:2002:603, cons. 25; *Sopropé*, 18 de dezembro de 2008, Proc. C-349/07, EU:C:2008:746, cons. 34; *Dereci*, 15 de novembro de 2011, Proc. C-256/11, EU:C:2011:734, cons. 72; e *Vinkov*, cit., cons. 58.

*Carta, as quais, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, terceiro período, TUE e do artigo 52.º, n.º 7, da Carta, devem ser tomadas em consideração para efeitos da sua interpretação<sup>215</sup>. Nos termos das referidas anotações, “a obrigação de respeitar os direitos fundamentais definidos no quadro da União se impõe aos Estados-Membros quando estes agem no âmbito do direito da União”.*

*Uma vez que os direitos fundamentais garantidos pela Carta devem, por conseguinte, ser respeitados quando uma regulamentação nacional se enquadra no âmbito de aplicação do direito da União, não podem existir situações que estejam 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.*

*Em contrapartida, quando uma situação jurídica não está abrangida pelo direito da União, o Tribunal de Justiça não tem competência para dela conhecer e as disposições da Carta eventualmente invocadas não podem, por si próprias, servir de base a essa competência<sup>216</sup>.*

*Estas considerações correspondem às que estão subjacentes ao artigo 6.º, n.º 1, TUE, nos termos do qual de forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Da mesma forma, por força do artigo 51.º, n.º 2, da Carta, esta não torna o âmbito de aplicação do direito da*

---

<sup>215</sup> É referido o acórdão *DEB*, cit., cons. 32.

<sup>216</sup> É referido o despacho *Currà*, cit., cons. 26.

*União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados*<sup>217</sup>.»

Depois de concluir, em termos que serão em seguida expostos, que a situação em causa no processo principal se encontrava abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE, do que resultava a aplicabilidade da CDFUE nos termos do seu art. 51.º, n.º 1<sup>218</sup>, o TJ retoma o que de essencial plasmou no acórdão *Melloni*, proferido no mesmo dia<sup>219</sup>, a respeito do princípio do nível de proteção mais elevada dos direitos fundamentais (art. 53.º CDFUE):

*«Assim, quando um órgão jurisdicional de um Estado-Membro é chamado a fiscalizar a conformidade com os direitos fundamentais de uma disposição ou de uma medida nacional que, numa situação na qual a ação dos Estados-Membros não é inteiramente determinada pelo direito da União, aplica o direito da União na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela Carta nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.»*<sup>220</sup>

Quanto ao caso, o TJ considerou que a situação em causa no processo principal configurava uma situação de «aplicação do direito da União» na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE. Ressaltou, primeiro, que da conjugação de

---

<sup>217</sup> É referido o acórdão *Dereci*, cit., cons. 71.

<sup>218</sup> Cfr. acórdão *Fransson*, cit., cons. 24-28.

<sup>219</sup> Cfr. acórdão *Melloni*, cit., cons. 58-60.

<sup>220</sup> Acórdão *Fransson*, cit., cons. 29.

certas disposições da Diretiva 2006/112 e do princípio da cooperação leal (art. 4.º, n.º 3, TUE), resultava para os Estados-Membros a «*obrigação de tomar todas as medidas legislativas e administrativas necessárias para garantir a cobrança da totalidade do IVA devido no seu território e de lutar contra a fraude*». Chamou, depois, à colação o art. 352.º TFUE do qual resulta a obrigação de os Estados-Membros «*combater[em] as atividades ilícitas lesivas dos interesses financeiros da União através de medidas dissuasivas e efetivas*» e, em particular de «*adotar[em], para combater as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União, as mesmas medidas que adotarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses.*» Ora, uma vez que os recursos próprios da UE compreendem, entre outros, as receitas provenientes da aplicação de uma taxa uniforme à matéria coletável harmonizada do IVA, que é «*determinada segundo as regras da União*», existe «*uma relação direta entre a cobrança das receitas do IVA no respeito do direito da União aplicável e a colocação à disposição do orçamento da União dos recursos IVA correspondentes, uma vez que qualquer falha na cobrança das receitas está potencialmente na origem de uma redução dos recursos próprios.*» Esta «*relação direta*» foi suficiente para considerar que o regime sueco que determinava a aplicação de sobretaxas fiscais e de sanções penais para os mesmos factos de falsas declarações em matéria de IVA como uma «*aplicação (...) do direito da União*» na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE. A tal conclusão, acrescenta o TJ, não se opõe o facto de as regulamentações nacionais em causa «*não terem sido adotadas para transpor a Diretiva 2006/112*» uma vez que a sua aplicação visa «*punir uma violação das disposições da referida diretiva*» e, assim, «*dar execução à obrigação imposta*

*pele Tratado aos Estados Membros de punir de forma efetiva os comportamentos atentatórios dos interesses financeiros da União.»<sup>221/222</sup>*

O argumento do AG pelo qual o direito fiscal e sancionatório nacional era tão-somente colocado ao serviço dos objetivos fixados pelo DUE em sede de IVA, de modo que a aplicação do princípio *ne bis in idem* relevava apenas do direito nacional, não colheu – e não podia colher. Quando seja mobilizado o direito nacional para levar a bom termo o quadro normativo delineado pelo DUE, aquele deve ser aplicado em conformidade com os critérios ditados pelo próprio DUE, nomeadamente em sede de direitos fundamentais – é a consequência lógica dos princípios da União de Direito e da cooperação leal. A interpretação do art. 51.º, n.º 1, CDFUE feita pelo TJ no acórdão *Fransson* aproxima-se daquela que já resultava do acórdão *DEB*: da mesma forma que neste as normas nacionais em causa (relativas ao apoio judiciário) foram apreciadas à luz do art. 47.º CDFUE porque tinham um impacto no exercício de um direito conferido pelo DUE aos particulares (o direito à reparação por danos causados em violação do DUE imputável a um Estado-Membro), as normas do direito sueco foram aqui apreciadas à luz do art. 50.º CDFUE porque concorriam para o cumprimento das obrigações impostas aos Estados-

---

<sup>221</sup> Cfr. acórdão *Fransson*, cit., cons. 25-28. O TJ reiterou este sentido interpretativo no acórdão (TJ) *Ivo Taricco*, 8 de setembro de 2015, Proc. C-105/14, EU:C:2015:555, cons. 36-39.

<sup>222</sup> Neste particular, o acórdão *Fransson* é coerente com a jurisprudência do TJ pela qual «a transposição para o direito interno de uma directiva não exige necessariamente uma acção legislativa em cada Estado-Membro», podendo a obrigação de transposição resultar satisfeita por meio de um regime jurídico geral e, nomeadamente, da existência de princípios gerais de direito constitucional ou administrativo interno, que torne supérflua a transposição através de medidas legislativas ou regulamentares específicas – cfr., neste sentido, acórdãos (TJ) *Comissão contra República Francesa*, 20 de novembro de 2003, Proc. C-296/01, EU:C:2003:626, cons. 55; *Comissão contra Áustria*, 29 de abril de 2004, Proc. C-194/01, EU:C:2004:248, cons. 39; e *Comissão contra Luxemburgo*, 30 de novembro de 2006, Proc. C-32/05, EU:C:2006:749, cons. 34.

Membros pelo DUE em sede de IVA. Em ambos os casos, as normas nacionais eram postas ao serviço de objetivos fixados pelo DUE ou, mais especificamente, os Estados-Membros estavam a cumprir obrigações impostas ou resultantes de um quadro normativo fixado pelo DUE<sup>223</sup>, de modo que as situações em causa, e a regulamentação nacional a elas aplicável, integravam o âmbito de aplicação do DUE na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE.

As valias do acórdão *Fransson* são múltiplas. Tanto na sua exposição inicial a respeito da vinculação dos Estados-Membros aos direitos fundamentais garantidos pela CDFUE, como depois no modo como aplica a abordagem adotada perante o quadro jurídico e factual concretamente em causa, o TJ equipara o conceito de «aplicação do direito da União» ao de «âmbito de aplicação do direito da União» para efeitos do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, assim fazendo *coincidir o âmbito de aplicação da CDFUE com o âmbito de aplicação do direito da União*. O TJ decidiu pela manutenção do *statu quo*<sup>224</sup> uma vez que atribui ao art. 51.º, n.º 1, CDFUE um sentido que dá continuidade, que «*confirma*», a sua jurisprudência anterior (à entrada em vigor do Tratado de Lisboa e, com ele, da CDFUE) relativa «*à medida em que a ação dos Estados-Membros deve conformar-se com as exigências decorrentes dos direitos fundamentais garantidos na ordem jurídica da União*»<sup>225</sup>, recusando que a CDFUE tenha um âmbito de aplicação mais restrito do que o DUE. Aproveitando a fórmula expeditiva da AG ELEANOR SHARPSTON, «se o direito da

---

<sup>223</sup> Assim, KOEN LENAERTS e JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ-FONS, «The Place of the Charter...», cit., pp. 1565-1567.

<sup>224</sup> Assim, DOMINIQUE RITLÉNG, «De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni*», in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, pp. 272-273.

<sup>225</sup> Acórdão *Fransson*, cit., cons. 18.

União é aplicável, a Carta é aplicável»<sup>226</sup>. O TJ exclui, assim, a hipótese de os Estados-Membros atuarem no âmbito de aplicação do DUE sem estarem vinculados à CDFUE, transformando a CDFUE numa espécie de «sombra» do DUE<sup>227</sup>. Na medida em que acolhe uma interpretação ampla do conceito de «aplicação do direito da União» na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, o TJ também afasta qualquer dúvida que ainda pudesse subsistir do confronto entre as formulações resultantes dos acórdãos *Wachauf* e *ERT*, no sentido de acolher ambas as *agency* e *derrogation situation* a elas tradicionalmente associadas<sup>228</sup>. Mais uma vez aproveitando as palavras de ELEANOR

---

<sup>226</sup> Conclusões YS, ELEANOR SHARPSTON, 12 de dezembro de 2013, Procs. C-141/12 e C-372/12, EU:C:2013:838, cons. 86.

<sup>227</sup> Neste sentido, cfr. DANIEL SARMIENTO, «Who's afraid of the Charter?....», cit., p. 1278: «(...) the ECJ (...) rejects the possibility that Member States might act within the scope of application of EU law but with no duty to respect the Charter. A strict interpretation of Article 51(1) would have confirmed the existence of areas in which EU law would be applicable, but not the Charter.» A referência feita pelo Autor à CDFUE como «'shadow' of substantive EU rules» é de KOEN LENAERTS e JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ-FONS, «The Place of the Charter...», cit, p. 1568.

<sup>228</sup> Tal ficou claro no acórdão (TJ) *Pfleger*, 30 de abril de 2014, Proc. C-390/12, EU:C:2014:281. Depois de retomar o essencial do acórdão *Fransson* (cons. 31-34), o TJ recorda o acórdão *ERT* afirmando que «no caso de algum Estado-Membro invocar razões imperiosas de interesse geral para justificar uma regulamentação suscetível de entrar o exercício da livre prestação de serviços, esta justificação, prevista pelo direito da União, deve ser interpretada à luz dos princípios gerais de direito e, nomeadamente, dos direitos fundamentais doravante garantidos pela Carta» (cons. 35). Assim, «quando se verificar que uma regulamentação nacional é suscetível de entrar o exercício de uma ou mais liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado, só pode beneficiar das exceções previstas pelo direito da União para justificar esse entrave na medida em que tal esteja em conformidade com os direitos fundamentais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça. Essa obrigação de conformidade com os direitos fundamentais insere-se evidentemente no âmbito de aplicação do direito da União e, por conseguinte, no da Carta.» E, para que não restem dúvidas, acrescenta que «o emprego, por um Estado-Membro, de exceções previstas pelo direito da União para justificar um entrave a uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado 'aplica o direito da União', na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta» (cons. 36). No mesmo sentido, no acórdão (TJ) *Berlington Hungary*, 11 de junho de 2015, Proc. C-98/14, EU:C:2015:386, o TJ ainda reitera que «as justificações apresentadas por um Estado-Membro para fundamentar uma restrição às [liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado] devem ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais, ainda que essa restrição diga respeito a um domínio abrangido pela competência desse Estado-Membro, desde que a situação em causa entre no âmbito de aplicação do direito da União» (cons. 74 e 113).

SHARPSTON, «o critério é se se trata de uma situação à qual é *aplicável* o direito da União (i. é, uma situação que se enquadra «*no âmbito de aplicação do direito da União*») e não (talvez em sentido mais estrito) a de saber se o Estado-Membro está a «aplicar» (*implementing*) o direito da União mediante a adoção de uma ação positiva específica.»<sup>229</sup>

Acresce que a fórmula empregue pelo TJ – «*A aplicabilidade do direito da União implica a aplicabilidade dos direitos fundamentais garantidos pela Carta*»<sup>230</sup> – não só revela o carácter automático da aplicação da CDFUE nas situações abrangidas pelo âmbito de aplicação do DUE<sup>231</sup>, mas também sublinha que a CDFUE não é um instrumento de proteção dos direitos fundamentais de alcance geral, nem de aplicação autónoma: a CDFUE apenas vincula os Estados-Membros através do DUE. Importa, pois, que esteja em causa a interpretação ou a aplicação de uma «*regra do direito da União*

---

<sup>229</sup> Conclusões *Pfleger*, ELEANOR SHARPSTON, 14 de novembro de 2013, Proc. C-390/12, EU:C:2013:747, cons. 41.

<sup>230</sup> Acórdão *Fransson*, cit., cons. 21.

<sup>231</sup> Respeitado que seja, contudo, o âmbito de aplicação *ratione temporis* da CDFUE, como resulta do acórdão (TJ) *Sabou*, 22 de outubro de 2013, Proc. C-276/12, EU:C:2013:678. As questões prejudiciais formuladas pelo órgão jurisdicional de reenvio respeitavam aos direitos dos contribuintes nos casos em que a autoridade tributária de um Estado-Membro dirige pedidos de informação à(s) autoridade(s) tributária(s) de outro(s) Estado(s)-Membro(s) ao abrigo do mecanismo de assistência mútua previsto pela Diretiva 77/799/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1977, relativa à assistência mútua das autoridades competentes dos Estados-Membros no domínio dos impostos diretos, JO L 336 de 27.12.1977, pp. 15-20 (revogada pela Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e que revoga a Diretiva 77/799/CEE, JO L 64 de 11.03.2011, pp. 1-12). Na medida em que, no caso, o procedimento de fiscalização havia sido concluído por decisão datada de 28 de maio de 2009, a CDFUE, em vigor desde 1 de dezembro de 2009, não foi aplicada *ratione temporis* (cfr. cons. 25). Tal não afastou a competência do TJ para se pronunciar sobre as questões prejudiciais colocadas: uma vez que um Estado-Membro que decide recorrer ao mecanismo de assistência mútua previsto na Diretiva deve respeitar as regras aí fixadas, as questões submetidas diziam respeito «*à execução do direito da União*», tendo o TJ competência «*para analisar a aplicação, neste contexto, dos direitos fundamentais, nomeadamente do direito de ser ouvido*» (cons. 26-28).

diferente da que figura na Carta»<sup>232</sup>, uma norma do DUE que desencadeie/ative a aplicação da CDFUE, que funcione como catalisador para a vinculação dos Estados-Membros à CDFUE<sup>233/234</sup>.

---

<sup>232</sup> Assim, cfr. despachos (TJ) *Pedone*, 7 de fevereiro de 2013, Proc. C-498/12, EU:C:2013:76, cons. 14; *Gentile*, 7 de fevereiro de 2013, Proc. C-499/12, EU:C:2013:77, cons. 14; *Loreti*, 14 de março de 2013, Proc. C-555/12, EU:C:2013:174, cons. 17; *T.*, 8 de maio de 2013, Proc. C-73/13, EU:C:2013:299, cons. 13; *Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio*, 28 de novembro de 2013, Proc. C-258/13, EU:C:2013:810, cons. 21; *Jozsef Dutka*, 16 de janeiro de 2014, Procs. C-614/12 e C-10/13, EU:C:2014:30, cons. 14; e acórdão (TJ) *Torralbo Marcos*, 27 de março de 2014, Proc. C-265/13, EU:C:2014:187, cons. 33.

<sup>233</sup> Neste sentido, DANIEL SARMIENTO refere-se a três tipos de «triggering rules» que funcionam como «catalyst for the application of the Charter by Member States» – (i) «mandatory rules» que imponham aos Estados-Membros uma obrigação clara relativamente aos objetivos a alcançar e/ou aos meios a empregar (dando como exemplo a situação subjacente ao acórdão *Fransson*); (ii) «optioning rules» que reconhecem uma certa margem de apreciação aos Estados-Membros no respetivo âmbito de aplicação (dando como exemplo a situação subjacente ao acórdão *N. S.*); e (iii) «remedial rules» relativas às garantias desenvolvidas pela jurisprudência do TJ ao abrigo do princípio da cooperação leal, como a tutela jurisdicional efetiva dos direitos que para os particulares resultam do DUE, a tutela provisória desses direitos ou a responsabilidade do Estado por violação do DUE (dando como exemplo a situação subjacente ao acórdão *DEB*), – complementados por «exclusionary rules», de interpretação estrita porque contemplam exceções à aplicação de um ato jurídico da UE – cfr. DANIEL SARMIENTO, «Who's afraid of the Charter?...», cit., pp. 1279-1287.

<sup>234</sup> À luz do acórdão *Torralbo Marcos* o momento processual no qual se afere da aplicabilidade do DUE também parece ser relevante. O litígio opunha Emiliano Torralbo Marcos à Korota e ao Fondo de Garantía Salarial a respeito do pagamento da indemnização devida ao primeiro na sequência do seu despedimento pela Korota que se encontrava em situação de recuperação judicial. No âmbito do processo executivo que corria termos contra a Korota, foi solicitado a Emiliano Torralbo Marcos o pagamento de uma taxa para interpor um recurso destinado a obter uma declaração judicial de insolvência da Korota, o que lhe conferia o direito de acesso à instituição de garantia em conformidade com a Diretiva 2008/94/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2008, relativa à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador (JO L 283 de 28.10.2008, pp. 36-42). Emiliano Torralbo Marcos considerava o pagamento da taxa como um obstáculo desproporcionado contrário ao seu direito à tutela jurisdicional efetiva consagrado no art. 47.º CDFUE (cfr. cons. 14-24). Interpelado a respeito da compatibilidade da legislação espanhola relativa à assistência judiciária com o art. 47.º CDFUE (cfr. cons. 25 e 26), o TJ considerou, por um lado, que a mesma não tinha por «objetivo a aplicação das disposições do direito da União», o qual também «não integra[va] nenhuma regulamentação específica na matéria ou suscetível de afetar essa legislação nacional» (considerando 32); por outro, que «o objeto do processo principal não diz[ia] respeito à interpretação ou à aplicação de uma regra do direito da União diferente da que figura na Carta» (cons. 33); e, finalmente, que, muito embora «o objetivo final das diligências judiciais efetuadas por [E.] Torralbo Marcos [fosse] o acesso à intervenção do Fogasa, em

O teste da conexão com o DUE efetuado no acórdão *Fransson* para determinar a aplicação da CDFUE também é relevante. Para além de ter considerado – a título, dir-se-ia, quase acessório – irrelevante o facto de as disposições de direito sueco em causa não terem sido adotadas como medidas de transposição da Diretiva 2006/112, não configurando, como tal, medidas de «aplicação» do DUE em sentido estrito<sup>235</sup>, o TJ esforça-se por revelar da conjugação de certas disposições do direito primário e derivado – sequer referidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, porque, afinal, *Cvria novit iura* –, incluindo o princípio da cooperação leal, a obrigação de os Estados-Membros adotarem todas as medidas, incluindo de natureza sancionatória, necessárias à cobrança da totalidade das receitas provenientes do IVA e, assim, à proteção dos interesses financeiros da UE. O essencial do discurso argumentativo do TJ identifica *obrigações* que, por força do DUE, recaem na esfera dos Estados-Membros: no cumprimento de tais obrigações e, em especial, no exercício da «liberdade de escolha das sanções aplicáveis» que lhes é deixada, devem, em consequência, respeitar os direitos fundamentais protegidos pela CDFUE,

---

*caso de insolvência da Korota, em conformidade com o artigo 3.º da Diretiva 2008/94», tal não obstava ao facto de que, «na fase atual do processo principal, a situação em causa não [estar] abrangida pelo âmbito de aplicação desta diretiva nem, de maneira geral, pelo do direito da União» na medida em que, nos termos da própria Diretiva 2008/94, a questão de saber se um empregador deve ser considerado em situação de insolvência «está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito nacional» (cons. 35-42). No fundo, e contrariamente à situação em causa no acórdão *DEB*, também relativo a um pedido de assistência judiciária, a pretensão de Emiliano Torralbo Marcos *ainda* só tinha «fundamento no direito nacional», quando a pretensão indemnizatória da DEB se dirigia contra um Estado-Membro «com fundamento no direito da União» (cons. 34) – um argumento que, não considerando todo o quadro jurídico concretamente aplicável e, nomeadamente, «o objetivo final das diligências judiciais efetuadas», não nos convence.*

<sup>235</sup> Pelo contrário, e como decorre da natureza jurídica própria das diretivas (art. 288.º, 3º parágrafo, TFUE), o facto de as disposições de direito interno aplicáveis numa dada situação terem sido adotadas para a transposição de uma certa diretiva é, em si mesmo, suficiente ou determinante para integrar a situação em causa no âmbito de aplicação do DUE e, assim, da CDFUE. Cfr., a título de exemplo, acórdão (TJ) *Texdata*, 26 de setembro de 2013, Proc. C-418/11, EU:C:2013:588, cons. 71-76; e acórdão *AMS*, 15 de janeiro de 2014, Proc. C-176/12, EU:C:2014:2, cons. 42 e 43.

nomeadamente pelo art. 50.º CDFUE<sup>236</sup>. Resulta, pois, do acórdão *Fransson* que importa *considerar todo o quadro jurídico e factual relevante para determinar se a situação em causa se encontra ou não abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE*<sup>237</sup>.

Por fim, e em conjugação com a jurisprudência firmada no acórdão *Melloni*, proferido no mesmo dia e que o TJ fez questão de expressamente retomar no acórdão *Fransson*, ressalta a devida *centralidade da CDFUE nas situações abrangidas pelo âmbito de aplicação do DUE*. Estando em causa uma regulamentação nacional, ou mais amplamente, uma situação abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE, o padrão de jusfundamentalidade relevante será o determinado pela CDFUE, incluindo no que toca à determinação do nível de proteção mais elevado nos termos do art. 53.º CDFUE. E a interpretação dada pelo TJ a este preceito revela a sua disposição em ceder lugar aos «*padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais*» quando «*a ação dos Estados-Membros não é inteiramente determinada pelo direito da União*» porque o «*ato do direito da União [em causa] exige medidas nacionais de execução*»<sup>238/239</sup>. Assim, quando um ato da UE deixar uma certa margem de

---

<sup>236</sup> Cfr. acórdão *Fransson*, cit., cons. 34.

<sup>237</sup> Mas, como sublinham KOEN LENAERTS e JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ-FONS, «The Place of the Charter...», cit., p. 1568, basta, considerando todo o quadro jurídico e factual relevante, constatar que o Estado-Membro estava a cumprir alguma obrigação imposta ou resultante do DUE, não sendo necessário que o próprio DUE determine os meios para a sua consecução: «In order for a national measure to fall within the scope of EU law, it suffices to determine the existence of such an obligation. Conversely, the application of the Charter is not conditioned upon finding that the EU legislature has *specifically* determined the ways in which Member States are to carry out such an obligation.»

<sup>238</sup> Acórdão *Fransson*, cit., cons. 29, e acórdão *Melloni*, cit., cons. 60, respetivamente.

<sup>239</sup> Pelo contrário, sendo a situação «*inteiramente determinada pelo direito da União*», «any inconsistent principle at Member State level will have to be disaplied, even if it supplies a higher level of protection than the Charter», como explica ANGELA WARD, «Article 51», cit., p. 1419. Era esta a situação em causa no caso *Melloni* uma vez que a disposição em causa, o art. 4.º-A, n.º 1, da Decisão-Quadro 2002/584, não deixa aos Estados-Membros a faculdade de

apreciação aos Estados-Membros, tanto a CDFUE como os «*padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais*» serão (i) concorrentemente mobilizáveis, sendo (ii) concretamente aplicável, nos termos do art. 53.º CDFUE, o padrão que oferece um nível mais elevado de proteção<sup>240</sup>. Não fica, deste modo, comprometido «o nível de proteção previsto pela Carta, conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça», que será aplicável se oferecer um nível de proteção mais elevado. Acresce que, nesta configuração, a interpretação feita pelo TJ ao art. 53.º CDFUE também não abdica do «*primado, [d]a unidade e [d]a efetividade do direito da União*»<sup>241</sup>. Assim, na hipótese de os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais oferecerem um nível mais elevado de proteção do que o resultante da CDFUE, esta será, ainda assim, aplicável para a salvaguarda de princípios estruturantes da ordem jurídica da UE<sup>242</sup>.

---

recusar a execução de um mandado de detenção europeu quando o interessado se encontrar numa das quatro situações aí previstas. Porque a disposição do DUE em causa não deixa margem de apreciação ao Estado-Membro de execução, não é possível, com base no art. 53.º CDFUE, subordinar a execução do mandado ao respeito pelo direito a um processo equitativo e dos direitos de defesa tal como garantidos pela Constituição do Estado-Membro de execução, *in casu* a Espanha – cfr. acórdão *Melloni*, cit., cons. 40 e 61-64.

<sup>240</sup> Sendo a proteção mais elevada «avaliada do ponto de vista dos cidadãos em relação à autoridade pública», no sentido de que «o nível mais elevado de proteção é (...) aquele que se revelar mais favorável ao indivíduo, alargando a sua esfera de autonomia face ao Estado, ou conferindo-lhes mais garantias em determinadas situações.» – MARIANA CANOTILHO, «Artigo 53.º - Nível de proteção», in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, cit., pp. 607-608; a Autora sugere três critérios metodológicos e/ou interpretativos para o efeito: (i) critério da aplicação da norma que confira ao particular maior liberdade de ação ou que consagre um dever jurídico de prestação mais intenso para as entidades públicas; (ii) critério da proteção da parte mais fraca; e (iii) critério da subsidiariedade que, na insuficiência dos critérios anteriores, determina a aplicação da norma mais próxima do cidadão (cfr. pp. 623-624).

<sup>241</sup> Acórdão *Fransson*, cit., cons. 29, e acórdão *Melloni*, cit., cons. 60.

<sup>242</sup> Neste sentido, admitindo que tal cenário é, ainda assim, dificilmente concebível, cfr. DANIEL SARMIENTO, «Who's afraid of the Charter?...», cit., pp. 1287-1298, em especial p. 1295: «This is a safeguard clause, an exceptional remedy for situations where the ordinary application of Article 53, as interpreted in *Åkerberg Fransson*, might lead to severe breach of constitutionally protected principles inherent in the EU's legal order.»

Em jurisprudência posterior, o TJ procura fornecer alguns critérios para determinar o alcance do conceito de «aplicação do direito da União» pelos Estados-Membros para efeitos do art. 51.º, n.º 1, CDFUE e, assim, orientar a delimitação das situações que relevam ou não do âmbito de aplicação do DUE para efeitos de proteção dos direitos fundamentais, especificamente para delimitar a esfera da sua própria jurisdição na matéria. Sem, em abstrato, recuar no entendimento plasmado no acórdão *Fransson*, é curioso reparar que, em várias ocasiões, o TJ não considera, em concreto, o DUE aplicável e, assim, declina competência para se pronunciar sobre a interpretação das disposições da CDFUE solicitada. Se o TJ abriu todas as portas à aplicabilidade da CDFUE no acórdão *Fransson*, fazendo-a devidamente coincidir com a aplicabilidade do DUE, parece fechar algumas janelas à aplicabilidade do DUE em jurisprudência posterior.

De tal é primeiro exemplo o acórdão *Siragusa*. O pedido de decisão prejudicial visava aferir da compatibilidade de uma disposição de direito italiano em sede de proteção paisagística com o direito de propriedade consagrado no art. 17.º CDFUE e o princípio da proporcionalidade. De acordo com a legislação italiana aplicável, o proprietário de um imóvel situado numa zona de paisagem protegida não podia efetuar nenhuma intervenção nesse imóvel sem a autorização da entidade administrativa competente. Caso o proprietário de um imóvel protegido realizasse modificações sem requerer autorização prévia, a administração podia, contudo, autorizar essas modificações a título de regularização, desde que a obra realizada fosse compatível com os interesses paisagísticos protegidos. No caso concreto, Cruciano Siragusa, proprietário de um imóvel situado numa zona de paisagem protegida no qual procedeu a

alterações sem autorização prévia, viu indeferido o seu pedido de regularização, e ordenada a reposição do local no estado em que se encontrava, com fundamento no facto de não ser possível à administração examinar a compatibilidade das obras efetuadas com as normas de proteção paisagística aplicáveis. O órgão jurisdicional que conheceu o recurso interposto considerou que, por não ser um «*domínio autónomo e conceptualmente distinto da proteção do ambiente*», a proteção da paisagem integrava ou fazia «*parte*» deste domínio material da competência da UE, e, por isso, suportando-se de um conjunto de disposições de direito primário e de atos de direito derivado no domínio ambiental, submeteu ao TJ um pedido de decisão prejudicial<sup>243</sup>.

De forma unânime, os governos que apresentaram observações, bem como a Comissão Europeia, concluíram pela incompetência do TJ para se pronunciar sobre a questão prejudicial formulada «*em razão da falta de um elemento de ligação suficiente com o direito da União.*»<sup>244</sup> Dando conta que este entendimento era partilhado pelo TJ está o facto de o processo ter sido decidido por uma formação de três juízes e sem a apresentação de Conclusões da parte de JULIANE KOKOTT<sup>245</sup>. O TJ não deixou, por isso, de cuidar a sua argumentação, recorrendo a extensas referências jurisprudenciais. Após

---

<sup>243</sup> Cfr. acórdão *Siragusa*, cit., cons. 3-15 e 23.

<sup>244</sup> Acórdão *Siragusa*, cit., cons. 17. A Comissão pronunciou-se sobre cada uma das disposições invocadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, alegando que as mesmas ora se destinavam à UE e às suas instituições (e não aos Estados-Membros), ora diziam respeito à repartição de competências entre os Estados-Membros e a UE, ora careciam de pertinência para a resolução do litígio (cfr. acórdão *Siragusa*, cit., cons. 18).

<sup>245</sup> O que ocorre quando, ouvido o AG, o TJ considere que a causa não suscita «questão de direito nova» nos termos do art. 20.º, 5º parágrafo, do Protocolo (n.º 3) relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, anexo aos Tratados, por último alterado pelo Regulamento (UE, Euratom) n.º 2016/1192 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativo à transferência para o Tribunal Geral da União Europeia da competência para decidir, em primeira instância, dos litígios entre a União Europeia e os seus agentes (JO L 200 de 26.06.2016, p. 137).

retomar o essencial da jurisprudência firmada no acórdão *Fransson*<sup>246</sup>, o TJ procurou precisar a fórmula empregue no art. 51.º, n.º 1, CDFUE, nomeadamente pela enunciação de um conjunto de critérios destinados a esclarecer em que circunstâncias uma situação integra o âmbito de aplicação do DUE na aceção da disposição, referindo-se, depois, ao «*objetivo da proteção dos direitos fundamentais no direito da União*». Em razão da importância desta última consideração, será invertida a ordem seguida pelo TJ.

Assim, quanto ao «*objetivo da proteção dos direitos fundamentais no direito da União*», o TJ refere que o mesmo consiste em «*zelar por que esses direitos não sejam violados nos domínios de atividade da União, seja em razão da ação da União ou em razão da aplicação do direito da União pelos Estados-Membros*», objetivo justificado pela «*necessidade de evitar que uma proteção dos direitos fundamentais suscetível de variar consoante o direito nacional em causa prejudique a unidade, o primado e efetividade do direito da União.*»<sup>247</sup> Afirmações, assim formuladas, inéditas, mas que não deixam de estar carregadas de sentido e profundamente enraizadas. Como se aludiu *supra*, tais afirmações reportam-se à ideia da UE como uma *União de direitos fundamentais*. Muito embora a proteção jurisprudencial dos direitos fundamentais na UE date de várias décadas, só após a entrada em vigor da CDFUE, e após um certo “período experimental”, terá o TJ sentido ser tempo de formalizar o objetivo há muito prosseguido nesta matéria – a unidade, o primado e a efetividade do DUE. Por isso, tais afirmações buscam fundamento no acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, devidamente atualizado à luz

---

<sup>246</sup> Cfr. acórdão *Siragusa*, cit., cons. 20-22, nos quais são retomados os cons. 19 e 20 do acórdão *Fransson*.

<sup>247</sup> Acórdão *Siragusa*, cit., cons. 31 e 32, respetivamente.

do acórdão *Mellon*<sup>248</sup>. Subjaz aqui a ideia de que, nos domínios abrangidos pelo âmbito de aplicação do DUE, a proteção dos direitos fundamentais terá de ser tanto quanto possível idêntica, não podendo variar (pelo menos não de forma substancial) consoante se esteja perante a aplicação do DUE ao nível da UE ou dos Estados-Membros, nem, neste caso, em função do Estado-Membro concretamente em causa – ou, noutros termos, a ideia da sujeição dos atores envolvidos no processo de integração ao mesmo padrão de jusfundamentalidade emergente do sistema internormativo de proteção dos direitos fundamentais da UE.

Quanto ao conceito de «aplicação do direito da União» na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, o TJ começou por esclarecer que o mesmo «*impõe a existência de um nexo de ligação de um certo grau, que ultrapassa a mera proximidade das matérias em causa ou as incidências indiretas de uma matéria na outra.*»<sup>249</sup> Para alicerçar esta definição, socorre-se do acórdão *Kremzow*, no qual havia considerado que a situação em causa não apresentava um «*nexo suficiente com o direito comunitário*», nomeadamente em razão do caráter meramente hipotético do exercício do direito à livre circulação associado ao estatuto de cidadão da UE<sup>250</sup>. Concretizando, enuncia um conjunto, não

---

<sup>248</sup> O TJ remete para os acórdãos *Internationale Handelsgesellschaft e Melloni*, considerandos 3 e 60, respetivamente.

<sup>249</sup> Acórdão *Siragusa*, cit., cons. 24.

<sup>250</sup> Acórdão *Kremzow*, cit., cons. 16. Em causa estava um pedido de reparação apresentado por um cidadão austríaco condenado a uma pena de prisão perpétua pela prática de um crime de homicídio. Após um conturbado percurso judicial que envolveu tribunais austríacos e o TEDH, o TJ foi chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade da sanção penal aplicada a Friedrich Kremzow com o direito comunitário e, em especial, com o direito de livre circulação que lhe era reconhecido na qualidade de cidadão comunitário (cfr. cons. 13). Para além da natureza puramente interna da situação concreta (cfr. cons. 2 e 3) e de a regulamentação nacional em causa não se destinar a «*garantir o respeito das regras de direito comunitário*» (cons. 17), o TJ considerou ainda que a situação de Friedrich Kremzow não apresentava «*nenhum elemento de conexão a qualquer das diversas situações previstas pelas disposições do Tratado*

exaustivo («entre outros elementos»), de critérios destinados a determinar se uma situação se encontra ou não abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE: ter em conta o objetivo e o caráter da regulamentação nacional aplicável, verificando se a mesma «tem por objetivo aplicar uma disposição do direito da União» e se prossegue ou não «objetivos diferentes dos abrangidos pelo direito da União, ainda que seja suscetível de afetar indiretamente este último»; verificar «se existe uma regulamentação de direito da União específica na matéria ou suscetível de o afetar» e, em especial, apurar se «as disposições da União no domínio em causa não [impõem] aos Estados-Membros qualquer obrigação relativamente à situação do processo principal»; apreciar o risco de prejudicar «a unidade, o primado e efetividade do direito da União.»<sup>251</sup>

O TJ declinou competência para interpretar o art. 17.º CDFUE<sup>252</sup> considerando cada um destes critérios. Começou por referir que as disposições de DUE invocadas – no domínio ambiental – não «impõem aos Estados-Membros obrigações específicas destinadas a proteger a paisagem»<sup>253</sup> – distanciando-se, desta forma, do esforço hermenêutico empregue no acórdão *Fransson*. No que toca aos objetivos prosseguidos pelas disposições do DUE

---

*relativas à livre circulação de pessoas*»: muito embora a privação da liberdade seja suscetível de impedir o exercício do direito à livre circulação, «a perspectiva puramente hipotética desse exercício não constitui umnexo suficiente com o direito comunitário para justificar a aplicação das disposições comunitárias» (cons. 16). A situação em causa não integrava o «âmbito de aplicação do direito comunitário», não tendo, por isso, o TJ competência para se pronunciar sobre as questões prejudiciais formuladas (cfr. cons. 18 e 19).

<sup>251</sup> Acórdão *Siragusa*, cit., consi. 25, 26 e 32.

<sup>252</sup> Bem como o princípio da proporcionalidade – cfr. acórdão *Siragusa*, cit., cons. 33-36. O TJ voltou a declarar-se (manifestamente) incompetente para se pronunciar sobre a interpretação do art. 17.º CDFUE a propósito de legislação italiana no domínio urbanístico, sem, contudo, se alongar a respeito do art. 51.º, n.º 1, CDFUE – cfr. despacho (TJ) *Fierro*, 30 de maio de 2013, Proc. C-106/13, EU:C:2013:357, cons. 12-14.

<sup>253</sup> Acórdão *Siragusa*, cit., cons. 27.

invocadas e a regulamentação italiana em causa, afirmou não serem os mesmos. Procurando ir ao encontro das preocupações manifestadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, reconheceu que a paisagem constitui um dos elementos a ter em conta em sede de avaliação de impacto ambiental e de acesso à informação ambiental, instrumentos de prevenção ambiental regulados pelo DUE mencionados pelo órgão jurisdicional de reenvio. Contudo, respondeu o TJ, não só as disposições de direito italiano em causa «*não constituem a aplicação de normas do direito da União*», como também apenas eram suscetíveis de afetar o DUE em causa de forma indireta, não constituindo com ele um «*nexo de ligação suficiente*»<sup>254</sup>. Por último, e uma vez que a situação não estava abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE, não se verificava qualquer risco para a unidade, o primado e a efetividade do DUE<sup>255</sup>.

Os critérios referidos no acórdão *Siragusa* já haviam sido experimentados em jurisprudência anterior, desde logo no acórdão *Annibaldi*. No caso, a regulamentação nacional controvertida havia criado um parque natural e arqueológico regional. A fim de proteger e valorizar o ambiente e o património cultural da zona em causa, proibia determinadas atividades no interior do parque, prevendo, contudo, certas exceções, sujeitas a autorização. Foi neste contexto que Daniele Annibaldi viu indeferido o seu pedido de autorização para a plantação de um pomar, considerando ter sido alvo de uma expropriação sem indemnização. Em sede de recurso judicial, alegou que a regulamentação em causa era contrária ao DUE, especificamente no que toca à organização comum dos mercados agrícolas, e violava os direitos

---

<sup>254</sup> Cfr. acórdão *Siragusa*, cit., cons. 28-30.

<sup>255</sup> Cfr. acórdão *Siragusa*, cit., cons. 32.

fundamentais ligados à propriedade, à empresa e à igualdade de tratamento<sup>256</sup>. O TJ não considerou a situação em causa abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE: não existia qualquer elemento que permitisse concluir que a regulamentação nacional em causa tinha por «*objectivo dar aplicação a uma disposição do direito comunitário no domínio agrícola, no do ambiente ou no da cultura*»; muito embora fosse «*susceptível de afectar indirectamente o funcionamento de uma organização comum dos mercados agrícolas*», a regulamentação em causa prosseguia «*objectivos diversos dos da Política Agrícola Comum*»; não existia «*regulamentação comunitária específica em matéria de expropriações*»; e «*uma vez que as medidas relativas à organização comum dos mercados agrícolas não têm por efeito afectar os regimes da propriedade agrícola*», a regulamentação em causa respeitava a uma competência dos Estados-Membros<sup>257</sup>.

Em jurisprudência recente<sup>258</sup>, o TJ voltou a aplicar os referidos critérios no acórdão *Julian Hernández*. Num litígio em matéria laboral (ação de impugnação de despedimento), era posta em causa a compatibilidade das disposições de direito nacional aplicáveis com o princípio da igualdade consagrado no art. 20.º CDFUE<sup>259</sup>. Retomando o que de essencial resulta da sua jurisprudência relativa ao art. 51.º, n.º 1, CDFUE<sup>260</sup>, o TJ retoma a definição plasmada no acórdão *Siragusa* – pela qual o art. 51.º, n.º 1, CDFUE

---

<sup>256</sup> Cfr. acórdão *Annibaldi*, cit., cons. 3-9.

<sup>257</sup> Cfr. acórdão *Annibaldi*, cit., cons. 21-24.

<sup>258</sup> Cfr., ainda, acórdãos (TJ) *lida*, 8 de novembro de 2012, Proc. C-40/11, EU:C:2012:691, cons. 79, e *Ymeraga*, 8 de maio de 2013, Proc. C-87/12, EU:C:2013:291, cons. 41, acórdãos que, por suscitarem questões relativas aos direitos derivados do estatuto de cidadão da UE para os membros da sua família nacionais de um país terceiro, serão analisados mais adiante.

<sup>259</sup> Cfr. acórdão (TJ) *Julian Hernández*, 10 de julho de 2014, Proc. C-198/13, EU:C:2014:2055, cons. 19-28.

<sup>260</sup> Cfr. acórdão *Julian Hernández*, cit., cons. 32-37.

«pressupõe a existência de umnexo de ligação entre um ato do direito da União e a medida nacional em causa, que ultrapassa a proximidade das matérias visadas ou as incidências indiretas de uma das matérias na outra» – e aproveita para esclarecer que «o simples facto de uma medida nacional dizer respeito a um domínio em que a União dispõe de competências não é suscetível de a integrar no âmbito de aplicação do direito da União e, assim, implicar a aplicabilidade da Carta»<sup>261</sup>. Confirma-se, assim, que a consideração das competências atribuídas à UE constitui um ponto de partida para aferir da aplicabilidade do DUE e, assim, da CDFUE, sendo, em última análise, determinante a intensidade da ligação entre a situação em causa e o DUE relevante – e não apenas «um ato do direito da União», pois, como ficou claro no acórdão *Fransson*, o quadro jurídico relevante pode desenhar-se por via interpretativa.

Quanto à situação concreta, reincidente em não considerar a situação em causa abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE, nomeadamente à luz dos critérios estabelecidos no acórdão *Siragusa*<sup>262</sup>. Por um lado, o TJ concluiu que a legislação nacional em causa e a regulamentação da UE relevante na matéria – a Diretiva 2008/94 relativa à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador<sup>263</sup> – prosseguiam objetivos distintos<sup>264</sup>. Por outro lado, sublinhou que a legislação nacional em causa não havia sido adotada no exercício de uma «*faculdade de legislar nos termos do direito da*

---

<sup>261</sup> Acórdão *Julian Hernández*, cit., cons. 34, 36 e 46. O TJ refere-se ao acórdão *Gueye*, cit., cons. 55, 69 e 70, bem como ao acórdão (TJ) *Pringle*, 27 de novembro de 2012, Proc. C-370/12, EU:C:2012:756, cons. 104, 105, 180 e 181.

<sup>262</sup> Cfr. acórdão *Julian Hernández*, cit., cons. 37.

<sup>263</sup> Diretiva 2008/94/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2008, relativa à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, JO L 283 de 28.10.2008, pp. 36-42.

<sup>264</sup> Cfr. acórdão *Julian Hernández*, cit., cons. 38-41.

*União*», tratando-se antes de «*disposições mais favoráveis [adotadas] fora do quadro do regime estabelecido*» pela Diretiva: o direito nacional concedia uma proteção mais favorável aos trabalhadores que ia para além da proteção mínima fixada na Diretiva (que nem por isso resultava afetada ou limitada) no «*exercício da única competência dos Estados-Membros*»<sup>265</sup>. Por fim, e por conta disso, a regulamentação nacional em causa não apresentava um risco de prejudicar «*a unidade, o primado e a efetividade do direito da União.*»<sup>266</sup>

De entre os critérios elencados no acórdão *Siragusa* destinados a determinar se uma situação se encontra ou não abrangida pelo âmbito de

---

<sup>265</sup> Cfr. acórdão *Julian Hernández*, cit., cons. 43-45. No mesmo sentido, cfr. acórdãos (TJ) *Mayor*, 10 de dezembro de 2009, Proc. C-323/08, EU:C:2009:770, cons. 23, 24, 58 e 59; e *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, 22 de maio de 2014, Proc. C-56/13, EU:C:2014:352. Neste último, o litígio opunha uma exploração agrícola de criação de aves à Administração húngara a respeito da indemnização dos danos causados na sequência da adoção de certas medidas de proteção contra a gripe aviária de alta patogenicidade: se lhe havia sido concedida uma indemnização pelos danos sofridos, era-lhe recusada uma reparação que incluísse os lucros cessantes (cfr. cons. 21-29). O quadro jurídico da UE relevante integrava duas diretivas e duas decisões da Comissão: o TJ esclareceu que as duas primeiras não eram aplicáveis em concreto e considerou que as medidas adotadas pelas autoridades administrativas húngaras estavam em conformidade com as segundas (cfr. cons. 31-33 e 39-44). A respeito da exclusão dos lucros cessantes do âmbito da reparação dos danos causados por medidas nacionais de proteção contra a gripe aviária, o TJ observou que nenhuma das decisões previa «*um regime de indemnização dos danos causados aos particulares pela aplicação de medidas de luta contra a gripe aviária*» (cons. 46), nem que se podia deduzir «*a existência, no direito da União, de um princípio geral que imponha a atribuição de uma indemnização em quaisquer circunstâncias*» (cons. 48). Ora, uma vez que uma obrigação de reparação não se podia basear no DUE, a medida nacional que previa o pagamento de uma indemnização correspondente ao dano e às despesas efetivas, excluindo os lucros cessantes, não estava «*abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União*», antes dependia «*exclusivamente da escolha do legislador nacional*» (cons. 52). Não era, assim, da competência do TJ apreciar a conformidade da legislação nacional em causa com os direitos fundamentais consagrados nos arts. 16.º, 17.º e 47.º CDFUE (cons. 55 e 57), nem a consideração do princípio da equivalência, interpretado a *contrario* (como sugerido pelo órgão jurisdicional de reenvio – cfr. cons. 30, questão prejudicial 6, e cons. 60), conduzia a resultado inverso: «*desde que a observância do princípio da equivalência pressuponha a aplicação indiferenciada de uma norma nacional nas situações resultantes, por um lado, da aplicação do direito da União e, por outro, do direito interno, este princípio não pode ser aplicado numa situação que não é abrangida pelo direito da União, como a do processo principal*» (cons. 63).

<sup>266</sup> Acórdão *Julian Hernández*, cit., cons. 47.

aplicação do DUE na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE tem assumido particular relevância a consideração dos objetivos prosseguidos pela regulamentação nacional aplicável, em ordem a aferir se a mesma prossegue ou não «*objetivos diferentes dos abrangidos pelo direito da União, ainda que seja suscetível de afetar indiretamente este último*»<sup>267</sup>. Assim resulta da jurisprudência acabada de mencionar<sup>268</sup>. O referido critério, apesar de não enunciado nestes termos, também foi determinante no acórdão *Fransson*: as normas de direito sueco foram aqui apreciadas à luz do art. 50.º CDFUE porque eram postas ao serviço de objetivos fixados pelo DUE em sede de IVA. A importância dos objetivos prosseguidos pela regulamentação nacional aplicável foi posta em nítida evidência no acórdão *Willems*<sup>269</sup>.

O pedido de decisão prejudicial tinha por objeto a interpretação do Regulamento n.º 2252/2004 que estabelece normas para os dispositivos de segurança e dados biométricos dos passaportes e documentos de viagem emitidos pelos Estados-Membros; nos termos do Regulamento, os dados biométricos recolhidos e armazenados no suporte de armazenamento dos passaportes e documentos de viagem apenas podem ser utilizados para verificar a autenticidade do documento ou a identidade do titular<sup>270</sup>. Sucede que, ao abrigo da lei neerlandesa relativa aos passaportes, os dados recolhidos para a emissão de documentos de viagem (uma imagem facial, duas

---

<sup>267</sup> Acórdão *Siragusa*, cit., cons. 25.

<sup>268</sup> Cfr. acórdão *Siragusa*, cit., cons. 28, e acórdão *Julian Hernández*, cit., cons. 38-41.

<sup>269</sup> Acórdão (TJ) *Willems*, 16 de abril de 2015, Procs. C-446/12 a C-449/12, EU:C:2015:238.

<sup>270</sup> Cfr. art. 4.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 2252/2004 do Conselho, de 13 de dezembro de 2004, que estabelece normas para os dispositivos de segurança e dados biométricos dos passaportes e documentos de viagem emitidos pelos Estados-Membros, JO L 385 de 29.12.2004, pp. 1-6, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 444/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de maio de 2009, JO L 142 de 06.06.2009, pp. 1-4.

impressões digitais e a assinatura do titular), incluindo duas impressões digitais do requerente diferentes das que figuram no documento de viagem, podiam ser mantidos num registo central e ser utilizados para fins distintos daqueles previstos no Regulamento n.º 2252/2004, designadamente para efeitos de identificação de vítimas de catástrofes e acidentes, de deteção e repressão de infrações penais e de inquérito a respeito de atos que constituam uma ameaça à segurança do Estado<sup>271</sup>. Em sede de reenvio prejudicial, colocou-se ao TJ a questão de saber se o Regulamento n.º 2252/2004, conjugado com os arts. 7.º e 8.º CDFUE, impedia ou não os Estados-Membros de utilizarem os dados recolhidos e armazenados em conformidade com o Regulamento para outros fins que não aqueles resultantes do mesmo<sup>272</sup>. A resposta, negativa<sup>273</sup>, do TJ foi linear e pacífica, do que é indício o facto de não ter sido precedida de Conclusões da parte de PAOLO MENGOZZI.

O TJ começou por recordar que já havia declarado a utilização e o armazenamento dos dados biométricos para os fins especificados no Regulamento n.º 2252/2004 em conformidade com as exigências decorrentes dos arts. 7.º e 8.º CDFUE<sup>274</sup>. Quanto a «*outras utilizações*» desses mesmos dados, esclareceu no acórdão *Willems* que o Regulamento n.º 2252/2004 não

---

<sup>271</sup> Cfr. acórdão *Willems*, cit., cons. 10-15.

<sup>272</sup> Cfr. acórdão *Willems*, cit., cons. 29 e 43. No caso, quatro nacionais neerlandeses apresentaram pedidos de documentos de viagem mas recusaram-se a fornecer certos dados (impressões digitais e uma imagem facial), alegando que a recolha e o armazenamento dos mesmos constituíam uma violação da sua integridade física e do seu direito à proteção da vida privada, bem como uma violação do Regulamento n.º 2252/2004 na medida em que aqueles dados poderiam ser utilizados pelas autoridades para fins diferentes daqueles para os quais foram recolhidos (a saber, verificar a autenticidade do documento e a identidade do seu titular) – cfr. acórdão *Willems*, cit., cons. 16-20.

<sup>273</sup> O TJ foi também questionado quanto à aplicabilidade do Regulamento n.º 2252/2004 aos bilhetes de identidade emitidos por um Estado-Membro, ao que respondeu negativamente – cfr. acórdão *Willems*, cit., cons. 30-42.

<sup>274</sup> Cfr. acórdão *Willems*, cit., cons. 46, referindo-se ao acórdão (TJ) *Schwarz*, 17 de outubro de 2013, Proc. C-291/12, EU:C:2013:670.

é aplicável: «o Regulamento n.º 2252/2004 não obriga um Estado-Membro a garantir, na sua legislação, que os dados biométricos não serão utilizados nem armazenados por esse Estado para fins diferentes dos previstos no artigo 4.º, n.º 3, desse regulamento», o que é «da exclusiva competência dos Estados-Membros.»<sup>275</sup> Decorre matematicamente da jurisprudência *Fransson* que, no caso, não sendo o Regulamento n.º 2252/2004 aplicável, também não o será a CDFUE: «[uma] vez que, no caso em apreço, o Regulamento n.º 2252/2004 não é aplicável, não há que verificar se o armazenamento e as utilizações de dados biométricos para finalidades diferentes das previstas no artigo 4.º, n.º 3, desse regulamento estão em conformidade com os referidos artigos da Carta», sem prejuízo de um eventual exame da conformidade das medidas nacionais em causa com o direito (constitucional) nacional e, se for o caso, com a CEDH<sup>276</sup>. Resulta do acórdão *Willems* que um Estado-Membro que recolha e armazene dados biométricos em conformidade com o Regulamento n.º 2252/2004, mas que os utilize para outros fins que não aqueles aí especificados, não atua no âmbito de aplicação do DUE na aceção da jurisprudência *Fransson* e, assim, não está vinculado à CDFUE nos termos do seu art. 51.º, n.º 1<sup>277</sup>.

Mas nem sempre o TJ lança mão dos critérios delineados no acórdão *Siragusa*, preferindo regressar à abordagem originária iniciada em *Fransson* –

---

<sup>275</sup> Cfr. acórdão *Willems*, cit., cons. 48 e 47, respetivamente.

<sup>276</sup> Cfr. acórdão *Willems*, cit., cons. 49-51.

<sup>277</sup> A mesma conclusão será aplicável em relação à transposição de diretivas: um Estado-Membro que, aquando da transposição de uma diretiva, adote medidas que vão para além do regime nela estabelecido, não estará a atuar no âmbito de aplicação do DUE na aceção da jurisprudência *Fransson* e, assim, não estará vinculado à CDFUE nos termos do seu art. 51.º, n.º 1 – neste sentido, num texto anterior ao acórdão *Fransson*, cfr. THOMAS VON DANWITZ e KATHERINA PARASCHAS, «A fresh start for the Charter...», cit., p. 1409.

lançando mais um elemento de perturbação no teste da «aplicação do direito da União» pelos Estados-Membros para efeitos do art. 51.º, n.º 1, CDFUE. Assim sucedeu, por exemplo, no acórdão *Delvigne*. Estava em causa a exclusão do recenseamento eleitoral de Thierry Delvigne decidida na sequência da aplicação de uma pena acessória de degradação cívica ligada automaticamente à sua condenação a uma pena de prisão por crime grave. Apesar de uma alteração do Código Penal francês (em vigor desde 1994) que suprimiu a referida pena de degradação cívica, a alteração legislativa não afetou a situação de Thierry Delvigne a respeito do seu direito de voto na medida em que a condenação já havia transitado em julgado (em 1988). Porque a decisão de exclusão do recenseamento eleitoral adotada pelas autoridades francesas (em 2012) implicava a perda do seu direito de voto nas eleições para o Parlamento Europeu, Thierry Delvigne solicitou ao órgão jurisdicional de reenvio que submetesse ao TJ questões relativas à interpretação dos arts. 39.º e 49.º CDFUE na parte em que consagram, respetivamente, o direito de participação ativa nas eleições para o Parlamento Europeu e o princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável<sup>278</sup>.

A questão de saber se as autoridades francesas haviam ou não atuado em «aplicação do direito da União» na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE não foi pacífica<sup>279</sup>. Na sua resposta, retomando a jurisprudência *Fransson*, o TJ

---

<sup>278</sup> Cfr. acórdão *Delvigne*, 6 de outubro de 2015, Proc. C-650/13, EU:C:2015:648, cons. 14-20.

<sup>279</sup> Cfr. acórdão *Delvigne*, cit., cons. 21, bem como Conclusões *Delvigne*, PEDRO CRUZ VILLALÓN, 4 de junho de 2015, Proc. C-650/13, EU:C:2015:363, cons. 28-31. O AG propôs uma análise diferenciada da questão consoante o direito fundamental em causa (cons. 71-75): se a questão relativa à aplicação retroativa (ou não) da lei penal mais favorável relevava do direito nacional, não apresentando uma conexão suficiente com o DUE (cons. 82-88), existia, contudo, uma «clara relação» entre a regulamentação nacional em matéria eleitoral e o DUE, relação resultante da assunção pelo direito primário de uma competência para o estabelecimento das disposições necessárias para, nos termos do art.

acolheu as observações feitas a respeito pelo Parlamento Europeu e pela Comissão Europeia<sup>280</sup>. Se bem que, como já esclarecido em jurisprudência anterior<sup>281</sup>, a determinação dos titulares do direito de participação nas eleições para o Parlamento Europeu seja da competência dos Estados-Membros, estes devem exercer esta competência «*no respeito do direito da União*», estando, em particular, vinculados à obrigação de «*garantir que a eleição dos deputados do Parlamento Europeu decorre por sufrágio universal direto, livre e secreto*» resultante do art. 14.º, n.º 3, TUE<sup>282</sup>. Por conseguinte, um ato de autoridade pública de um Estado-Membro que, «*no âmbito da aplicação da (referida) obrigação*», priva um cidadão da UE, como Thierry Delvigne, do seu direito de participação nas eleições para o Parlamento Europeu é um ato de «*aplicação do direito da União*» na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE<sup>283</sup>. O TJ prosseguiu, desta forma, com a análise da situação em causa à luz dos arts. 39.º, n.º 2<sup>284</sup>, e 49.º CDFUE, concluindo, por um lado, que a privação do direito de voto à qual Thierry Delvigne foi sujeito respeitava as condições impostas no art. 52.º, n.º 1,

---

223.º TFUE, permitir a eleição dos membros do Parlamento Europeu «segundo um processo uniforme em todos os Estados-Membros ou baseado em princípios comuns a todos os Estados-Membros» (cons. 90-107).

<sup>280</sup> Cfr. acórdão *Delvigne*, cit., cons. 25-28 e 32, bem como Conclusões *Delvigne*, cit., cons. 40-46.

<sup>281</sup> Cfr. acórdãos (TJ) *Espanha contra Reino Unido*, 12 de setembro de 2006, Proc. C-145/04, EU:C:2006:543, cons. 70 e 78, e *Eman e Sevinger*, 12 de setembro de 2006, Proc. C-300/04, EU:C:2006:545, cons. 43 e 45.

<sup>282</sup> Cfr. acórdão *Delvigne*, cit., cons. 31 e 32. Em rigor, o TJ fundou a referida obrigação da conjugação dos arts. 14.º, n.º 3, TUE e 1.º, n.º 3, do Ato relativo à eleição dos representantes ao Parlamento Europeu por sufrágio universal direto (anexo à Decisão 76/787/CECA, Euratom do Conselho, de 20 de setembro de 1976, JO L 278 de 08.10.1976, pp. 1-4, e alterando pela Decisão 2002/722/CE, Euratom, do Conselho, de 25 de junho de 2002 e de 23 de setembro de 2002, JO L 283 de 21.10.2002, pp. 1-4). Excluiu, contudo, da equação o art. 39.º, n.º 2, CDFUE, de conteúdo essencialmente idêntico ao do art. 14.º, n.º 3, TUE, uma vez que, por força do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, deve estar em causa a aplicação de uma outra norma do DUE para despoletar a aplicação da CDFUE.

<sup>283</sup> Cfr. acórdão *Delvigne*, cit., cons. 33.

<sup>284</sup> E não do art. 39.º, n.º 1, CDFUE na medida em que a situação em causa respeitava ao direito de voto de um cidadão da UE no Estado-Membro de que é nacional – cfr. acórdão *Delvigne*, cit., cons. 42 e 43.

CDFUE<sup>285</sup> e, por outro, que o princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável não se opunha à legislação francesa em causa<sup>286</sup>.

Relativamente ao raciocínio seguido pelo TJ no acórdão *Delvigne*, é notório o “regresso” ao precedente *Fransson*. Tal como neste acórdão, o TJ esforça-se em *Delvigne* por revelar a conjugação de certas disposições do direito primário e derivado, também não referidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, uma obrigação que impende sobre os Estados-Membros (a de garantir que a eleição dos deputados do Parlamento Europeu decorra por sufrágio universal direto, livre e secreto) no cumprimento da qual devem respeitar os direitos fundamentais protegidos pela CDFUE (especialmente o «*direito de voto dos cidadãos da União nas eleições ao Parlamento Europeu*» consagrado no art. 39.º, n.º 2, CDFUE<sup>287</sup>). A atenção aos objetivos prosseguidos pela regulamentação nacional aplicável também não deixa de estar presente na medida em que, por força das disposições do DUE pertinentes<sup>288</sup>, o direito eleitoral dos Estados-Membros é mobilizado/posto ao serviço dos objetivos fixados pelo DUE em sede de cidadania.

Também é digno de nota que, neste caso, a situação de um cidadão da UE confrontado com uma decisão adotada pelas autoridades do Estado-Membro de que é nacional que o priva do seu direito de voto nas eleições para o Parlamento Europeu, não foi apreciada à luz da jurisprudência iniciada nos

---

<sup>285</sup> Cfr. acórdão *Delvigne*, cit., cons. 44-52.

<sup>286</sup> Cfr. acórdão *Delvigne*, cit., cons. 56 e 57.

<sup>287</sup> Cfr. acórdão *Delvigne*, cit., cons. 44.

<sup>288</sup> Assim dispõe o art. 8.º do Ato relativo à eleição dos representantes ao Parlamento Europeu por sufrágio universal direto: «Sob reserva do disposto no presente ato, o processo eleitoral será regulado, em cada Estado-Membro, pelas disposições nacionais. Essas disposições nacionais, que podem eventualmente ter em conta as particularidades de cada Estado-Membro, não devem prejudicar globalmente o carácter proporcional do sistema de escrutínio.»

acórdãos *Rottmann* e *Zambrano*, objeto de análise *infra*. A situação poderia, com efeito, ter sido considerada, à semelhança da situação de Janko Rottmann, «*abrangida, pela sua própria natureza e pelas suas consequências, pelo direito da União*»<sup>289</sup> na medida em que estava em causa a privação de um direito associado ao estatuto de cidadão da UE. Por essa razão, a aplicação do DUE e, com ele, da CDFUE e a própria jurisdição do TJ, poderiam ter sido aferidas à luz do critério da privação do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da UE<sup>290</sup>. Nessa medida, o acórdão *Delvigne* não se inscreve na jurisprudência que tem, em determinadas situações, o mero gozo do estatuto (fundamental) de cidadão da UE como conexão suficiente com o DUE e, assim, com o padrão de jusfundamentalidade da UE. Não foi o facto de Thierry Delvigne ser um cidadão da UE privado de um direito associado a este estatuto que, por si só, constituiu conexão suficiente com o DUE, mas o facto de, em relação a ele, o Estado-Membro de que é nacional ter tomado uma decisão abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE. A diferença é subtil, mas não deixa de dissociar o acórdão *Delvigne* da mais recente linha jurisprudencial desenvolvida pelo TJ em matéria de cidadania da UE. A opção é, contudo, feliz. Os desdobramentos subsequentes desta jurisprudência revelam que a mesma se encontra reservada a situações de carácter particular e excecional, no essencial ligadas ao exercício (ou não) do direito de livre circulação e residência. Distanciando-se dela, o acórdão *Delvigne* inscreve o direito de participação nas eleições para o Parlamento Europeu no quadro da “regra” em sede de aplicabilidade do DUE e da CDFUE, o que é significativo para o robustecimento de uma cidadania política na UE.

---

<sup>289</sup> Acórdão (TJ) *Rottmann*, 2 de março de 2010, Proc. C-135/08, EU:C:2010:104, cons. 42.

<sup>290</sup> Cfr. acórdão (TJ) *Zambrano*, 8 de março de 2011, Proc. C-34/09, EU:C:2011:124, cons. 42.

Só futuros desdobramentos jurisprudenciais permitirão precisar a relevância e o exato alcance dos critérios delineados no acórdão *Siragusa*, que deixam, ainda assim, uma certa margem de apreciação para determinar a existência ou não de uma ligação suficiente com o DUE. Apesar do evidente esforço no sentido de incutir algum sentido de previsibilidade em sede de proteção dos direitos fundamentais, os termos empregues são vagos – «nexo de ligação de um certo grau», «mera proximidade», «incidências indiretas», «objetivo e carácter da regulamentação nacional», «susceptibilidade de afetar». Resulta, contudo, evidente que o TJ não está disposto a monopolizar o controlo jusfundamental do exercício do poder público pelos Estados-Membros, reconhecendo existirem situações que escapam do âmbito de aplicação do DUE e recusando fundar na CDFUE um desfecho diferente – o que equivaleria a criar ou modificar as competências da UE, em contravenção do disposto nos arts. 6.º, n.º 1, 2º parágrafo, TUE e 51.º, n.º 2, CDFUE.

A estratégia seguida pelo TJ, de fechar janelas à aplicabilidade do DUE para, assim, sustentar o impacto da CDFUE no controlo do exercício do poder público pelos Estados-Membros<sup>291</sup>, não é, contudo, necessariamente coerente

---

<sup>291</sup> Do que é recente exemplo o acórdão (TJ) *X e X*, 7 de março de 2017, Proc. C-638/16 PPU, EU:C:2017:173. No caso, os requerentes, de nacionalidade síria, apresentaram pedidos de vistos com validade limitada na Embaixada da Bélgica em Beirute (Líbano). Os pedidos tinham por base o disposto no art. 25.º, n.º 1, a), do Código de Vistos [Regulamento (CE) n.º 810/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece o Código Comunitário de Vistos (Código de Vistos), JO L 243 de 15.09.2009, pp. 1-58, retificação JO L 154 de 2013, p. 10, alterado pelo Regulamento (UE) n.º 610/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, JO L 182 de 29.06.2013, pp. 1-18] pelo qual os Estados-Membros podem excecionalmente emitir vistos com validade territorial limitada por razões humanitárias. Contudo, no caso, o objetivo dos requerentes era o de, deixando a cidade ocupada de Aleppo, apresentarem um pedido de proteção internacional na Bélgica logo que chegassem a este Estado-Membro: o objetivo não era o de obter um visto no território dos Estados-Membros não superior a 90 dias num período de 180 dias em conformidade com o art. 1.º do Código de Vistos, mas sim o de obter uma autorização de permanência cuja duração de validade não fosse limitada a 90 dias. Em outros termos, refere o TJ, as autoridades belgas haviam

com o «*objetivo da proteção dos direitos fundamentais no direito da União*» – que é, nas palavras do próprio TJ, o de «*zelar por que esses direitos não sejam*

---

erradamente qualificado os pedidos em causa de vistos de curta duração. Por isso, muito embora «*formalmente apresentados*» com fundamento no art. 25.º, n.º 1, a), do Código de Vistos, os pedidos em causa «*não [estavam] abrangidos pelo âmbito de aplicação do mesmo código*», tal como delimitado pelo respetivo art. 1.º. A tal acresce que o legislador da UE não adotou, à data, qualquer ato, com fundamento no art. 79.º, n.º 2, a), TFUE, no que diz respeito às condições de emissão, pelos Estados-Membros, de vistos ou títulos de residência de longa duração a nacionais de países terceiros por razões humanitárias, do que resulta serem «*os pedidos em causa no processo principal (...) regidos exclusivamente pelo direito nacional*». Em consequência, e em conformidade com a jurisprudência *Fransson*, «*[uma] vez que a situação em causa no processo principal não é, (...), regida pelo direito da União, as disposições da Carta, em especial as dos seus artigos 4.º e 18.º, a que se referem as questões do órgão jurisdicional de reenvio, não lhe são aplicáveis.*» – acórdão *X e X.*, cit., cons. 43-45. O TJ esclarece ainda que solução contrária não se coadunaria com a regulamentação da UE adotada com fundamento no art. 78.º TFUE, pondo em causa a «*economia geral*» do Sistema Europeu Comum de Asilo (cfr. acórdão *X e X.*, cit., cons. 48-49).

É manifesta a discordância entre o acórdão prolatado pelo TJ e as Conclusões de PAOLO MENGOZZI. Para o AG, era inquestionável que «*ao emitir ou ao recusar a emissão de um visto com validade territorial limitada com base no artigo 25.º do Código de Vistos, as autoridades dos Estados-Membros adotam uma decisão relativa a um documento que autoriza a passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros, que está sujeito a um regime harmonizado e agem, consequentemente, no âmbito e em aplicação do direito da União*». Por conseguinte, a margem de apreciação deixada aos Estados-Membros pelo art. 25.º, n.º 1, a), do Código de Vistos, encontra-se «*necessariamente enquadrada pelo direito da União*», devendo «*ser exercida no respeito dos direitos garantidos pela Carta*». O AG foi mais longe: considerando o caráter absoluto do direito garantido pelo art. 4.º CDFUE, propunha que o art. 25.º, n.º 1, a), do Código de Vistos fosse interpretado no sentido de impor aos Estados-Membros a emissão de um visto com validade territorial limitada, apresentado com fundamento na existência de razões humanitárias, se, atendendo às circunstâncias do caso, existirem «*razões sérias e comprovadas*» para crer que a recusa tenha como consequência direta expor o requerente a um risco real de tortura ou tratos desumanos ou degradantes – cfr. Conclusões *X e X*, 7 de fevereiro de 2017, C-638/16 PPU, EU:C:2017:93, cons. 75-101 e 120-175, em especial 80, 129, 131 e 163.

Ficando muito aquém da proposta formulada pelo AG, o TJ terá sido sensível ao agitado clima político que tem vindo a caracterizar a atuação da União e dos Estados-Membros neste domínio, procurando não por em causa o funcionamento do Sistema Europeu Comum de Asilo, apesar das suas falhas. A abordagem seguida pelo TJ no acórdão *X e X* é, como referido em texto, a de fechar janelas à aplicabilidade do DUE para evitar o escrutínio da atuação dos Estados-Membros à luz da CDFUE quando, em razão do caráter excepcional das circunstâncias que caracterizam a aplicação do art. 25.º, n.º 1, a), do Código de Vistos e da consequente margem de apreciação deixada aos Estados-Membros para o efeito, reconhecer o Código de Vistos como sendo aplicável apenas significaria que o pedido de visto seria decidido em conformidade com o mesmo e com a CDFUE, sem que tal implicasse automaticamente para os requerentes a concessão do visto.

*violados nos domínios de atividade da União, seja em razão da ação da União ou em razão da aplicação do direito da União pelos Estados-Membros», objetivo justificado pela «necessidade de evitar que uma proteção dos direitos fundamentais suscetível de variar consoante o direito nacional em causa prejudique a unidade, o primado e efetividade do direito da União.»<sup>292</sup> A referida estratégia mina a tendencial equiparação das posições jusfundamentais dos particulares numa União de direitos fundamentais. Em situações como aquelas em causa nos acórdãos *Julian Hernández* ou *Willems*, o TJ admite, em última análise, que, em «domínios [certos] de atividade da União», a proteção dos direitos fundamentais divirja quando o nexo de ligação com o DUE, apesar de existente, não é tido por suficiente por o Estado-Membro em causa atuar «fora do quadro» ou na prossecução de fins distintos daqueles definidos pelo DUE.*

O resultado vai, pois, em contrassenso do sentido primeiro da proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da UE e, em particular, do sentido de previsibilidade – e segurança jurídica – que a redação da CDFUE, e especialmente das disposições do seu Título VII, pretendia, à partida, incutir. Como alerta ALESSANDRA SILVEIRA, poderá estar, a termo, fragilizado o diálogo jurisdicional promovido pelo processo das questões prejudiciais, indicador que não deve ser menosprezado em razão do insubstituível papel desempenhado por este mecanismo na moldagem dos rumos do processo de integração: «Não há, pois, como afirmar que uma matéria recai “só um pouquinho” no âmbito de aplicação do direito da União – ou que há apenas uma “ligaçãozinha” com tal direito. Ou recai ou não recai – não há meio termo. Caso contrário está a

---

<sup>292</sup> Acórdão *Siragusa*, cit., cons. 31 e 32, respetivamente.

impor-se aos tribunais nacionais um exercício de adivinhação incompatível com uma União que se pretende de direito. (...) Se o juiz nacional pediu o apoio interpretativo do TJUE é porque dele precisava para ultrapassar os obstáculos impostos pelos cânones tradicionais do direito nacional à correta aplicação do direito da União. E se os juízes tiverem de andar a testar critérios de utilidade (porventura) duvidosa, desistirão justificadamente a meio do caminho, comprometendo a desejável prossecução do *standard* de proteção mais elevado que decorre do direito da União – tanto para o caso concreto como para todos aqueles que dele se possam valer, por força do precedente vinculativo das decisões do TJUE.»<sup>293</sup>

## ii) A problematização da questão no contexto da cidadania da União

Para um quadro tanto quanto possível completo do estado da questão relativa ao âmbito de aplicação do DUE para efeitos do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, importa ter em conta a jurisprudência do TJ em matéria de cidadania da UE e, especialmente, no que toca ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da UE. A razão para tal delimitação é simples: o direito de livre circulação e residência inscreve-se no núcleo essencial da cidadania da UE<sup>294</sup>. Não só no direito primário<sup>295</sup>, mas também no direito derivado<sup>296</sup>, se associa

---

<sup>293</sup> ALESSANDRA SILVEIRA, «Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais», cit., pp. 66-67.

<sup>294</sup> Ou «basic ingredient of Union citizenship» na expressão de FRANCIS JACOBS nas Conclusões *Bickel e Franz*, 19 de março de 1998, Proc. C-274/96, EU:C:1998:115, cons. 24. Ou ainda um «direito primário, (...) no sentido de que constitui o primeiro dos direitos subjacentes à cidadania da União», como afirmou um ano antes ANTONIO LA PERGOLA nas Conclusões *Martínez Sala*, 1 de julho de 1997, Proc. C-85/96, EU:C:1997:335, cons. 18.

<sup>295</sup> Cfr. arts. 20.º, n.º 2, a) e 21.º TFUE, e art. 45.º, n.º 1, CDFUE.

<sup>296</sup> Pode ler-se, no cons. 3 da Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito à livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE,

umbilicalmente o direito de livre circulação e residência à cidadania da UE. No mesmo sentido aponta claramente a jurisprudência do TJ. Foi no contexto do exercício do direito de livre circulação e residência por um estudante francês que o TJ inaugurou o «mantra»<sup>297</sup> pelo qual «o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros», afirmação primeiramente vertida no acórdão *Grzelczyk*<sup>298</sup> e sucessivamente retomada desde então. Os mais recentes e importantes desenvolvimentos em matéria de cidadania da UE prendem-se igualmente com o (não) exercício deste direito. Não surpreende, pois, a afirmação de JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES pela qual o direito de livre circulação e residência se tem revelado um «terreno privilegiado para a evolução do estatuto de cidadania»<sup>299</sup>.

É tautológico afirmar que o DUE só é aplicável quando a situação integra o respetivo âmbito de aplicação. É por isso que, segundo jurisprudência constante do TJ, «a cidadania da União não tem por objectivo alargar o âmbito de aplicação material do Tratado a situações internas sem qualquer conexão com o direito comunitário.»<sup>300</sup> Ora, no que diz especificamente respeito às

---

68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CE, 90/364/CE, 90/365/CEE e 93/96/CE, JO L 158 de 30.04.2004, pp. 77-123, que «[a] cidadania da União deverá ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros quando estes exercerem o seu direito de livre circulação e residência».

<sup>297</sup> ALINA TRYFONIDOU, «Redefining the Outer Boundaries of EU Law: The *Zambrano*, *McCarthy* and *Dereci* trilogy», in *European Public Law*, vol. 18, n.º 2, 2012, p. 502.

<sup>298</sup> Acórdão *Grzelczyk*, 20 de setembro de 2001, Proc. C-184/99, EU:C:2001:458, cons. 31.

<sup>299</sup> JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, «Artigo 45.º - Liberdade de circulação e permanência», in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, cit., p. 529.

<sup>300</sup> Cfr., neste sentido, acórdãos (TJ) *Uecker e Jacquet*, cit., cons. 23; *García Avello*, 2 de outubro de 2003, Proc. C-148/02, EU:C:2003:539, cons. 26; *Schempp*, 12 de julho de 2005, Proc. C-403/03, EU:C:2005:446, cons. 20; *Tas-Hagen*, 26 de outubro de 2006, Proc. C-192/05, EU:C:2006:676, cons. 23; *Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon*, 1 de abril de 2008, Proc. C-212/06, EU:C:2008:178, cons. 39; e *Nerkowska*, 22 de maio de 2008, Proc. C-499/06, EU:C:2008:300, cons. 25.

disposições do DUE em sede de livre circulação, a sua aplicação é, por regra, despoletada pela existência de um elemento transfronteiriço que caracteriza a situação em causa. Tradicionalmente, pois, a aplicação das disposições do DUE relativas às liberdades (económicas) fundamentais depende da existência de um elemento transfronteiriço<sup>301</sup>, não se aplicando a situações cujos elementos pertinentes se situam no território de um só Estado-Membro – as chamadas situações puramente internas. Esta abordagem foi transposta para o domínio da cidadania da UE, «originariamente concebida como uma cidadania migrante, [e por isso] associada ao exercício da liberdade de circulação»<sup>302</sup>.

Mas, aproveitando as palavras de ELEANOR SHARPSTON, «a questão de saber se uma situação é interna distingue-se conceptualmente da questão de saber se existe uma conexão com o direito comunitário.»<sup>303</sup> É por isso que «a situação de um cidadão de um Estado-Membro que não fez uso do direito de livre circulação não pode, só por isso, ser equiparada a uma situação puramente interna»<sup>304</sup>, no sentido de ostracizar automaticamente o cidadão da UE estático para fora do âmbito de aplicação do DUE<sup>305</sup>. Está aqui subjacente

---

<sup>301</sup> A exigência de um elemento transfronteiriço não é transversal a todo o DUE. A aplicação de certas normas do DUE, primário ou derivado, não está condicionada à existência de um elemento transfronteiriço. É o caso de certas normas relativas à cidadania da UE, nomeadamente aquelas que consagram os direitos de apresentar petições ao Provedor de Justiça Europeu, de petição ao Parlamento Europeu e de se dirigir às instituições, aos órgãos e aos organismos da UE numa das línguas oficiais da UE e de obter uma resposta na mesma língua (arts. 20.º, n.º 2, d) e 24.º TFUE).

<sup>302</sup> ALESSANDRA SILVEIRA, «Cidadania e Jusfundamentalidade na União Europeia...», cit., p. 952.

<sup>303</sup> Conclusões *Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon*, ELEANOR SHARPSTON, 28 de junho de 2007, Proc. C-212/06, EU:C:2007:398, cons. 136.

<sup>304</sup> Cfr., neste sentido, acórdãos (TJ) *Zhu Chen*, 19 de outubro de 2004, Proc. C-200/02, EU:C:2004:639, cons. 19; *Schempp*, cit., cons. 22; *McCarthy*, 5 de maio de 2011, Proc. C-434/09, EU:C:2011:277, cons. 46.

<sup>305</sup> Contrariamente ao que sucedia na era pré-cidadania da UE, como demonstra o acórdão *Morson*, cit., cons. 15-17, no qual a aplicação do DUE foi excluída por os trabalhadores em causa, de nacionalidade neerlandesa, nunca terem exercido o seu direito de livre circulação.

a ideia de que um cidadão da UE que nunca tenha exercido o seu direito de livre circulação e residência não deixa, por isso, de ser cidadão da UE, nem titular desse direito. Em consequência, a situação um cidadão da UE não deixa de estar abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE simplesmente porque se configura como meramente interna em razão da ausência de deslocação efetiva do cidadão da UE para além das fronteiras do seu Estado-Membro de nacionalidade. Tal implica, em particular, que qualquer medida nacional suscetível de afetar o exercício deste direito deva respeitar o DUE. Neste sentido, a cidadania da UE tem-se progressivamente desprendido da «servidão do *link* transfronteiriço»<sup>306</sup> ou da «arbitrariedade da passagem de uma fronteira nacional»<sup>307</sup>, ganhando vida própria<sup>308</sup> – mas nem por isso pode abdicar de um elemento de ligação com o DUE.

Não sendo a natureza puramente interna de uma situação condição suficiente para negar a aplicação do DUE, a questão está em saber se e em que medida pode a própria cidadania da UE – ou seja, a simples nacionalidade de um Estado-Membro e, conseqüentemente, a mera titularidade do estatuto (fundamental) de cidadão da UE (arts. 9.º TUE e 20.º, n.º 1, TFUE) – constituir conexão suficiente com o DUE e, assim, com o padrão de jusfundamentalidade da UE. A resposta é, pelo menos em certos casos – que restam excepcionais –,

---

<sup>306</sup> Ou «cross-border servitude» no original de SARA IGLESIAS SÁNCHEZ, «The Court and the Charter...», cit., p. 1610.

<sup>307</sup> Conclusões *Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon*, cit., cons. 141. Para uma análise detalhada da progressiva relativização do elemento transfronteiriço para a aplicação das disposições do DUE relativas às liberdades de circulação, especialmente no domínio da cidadania da UE, cfr., também Conclusões *Zambrano*, ELEANOR SHARPSTON, 30 de setembro de 2010, Proc. C-34/09, EU:C:2010:560, cons. 69-79, e, entre nós, ALESSANDRA SILVEIRA, «Cidadania e Jusfundamentalidade na União Europeia...», cit., pp. 954-969.

<sup>308</sup> Assim, DIMITRY KOCHENOV, «EU Citizenship. New Questions in Need of an Answer», in *Citizenship and Solidarity in the European Union...*, cit., p. 389, e «The Right to Have *What* Rights? EU Citizenship in Need of Clarification», in *European Law Journal*, vol. 19, n.º 4, 2013, p. 508.

positiva: o estatuto de cidadão da UE já foi considerado pelo TJ conexão suficiente com o DUE em situações puramente internas, situações cujos elementos caracterizadores relevantes se circunscreviam ao território de um único Estado-Membro, não apresentando outra conexão com o DUE que não o estatuto de cidadão da UE do(s) interessado(s). Dos acórdãos *Rottmann* e *Zambrano* resulta que os direitos associados à cidadania da UE são suscetíveis de operar como escudo protetor em benefício do cidadão da UE independentemente de este se ter aventurado ou não para além das fronteiras do seu Estado-Membro de nacionalidade<sup>309</sup>.

No primeiro, o TJ foi confrontado com o entrelaçamento entre a nacionalidade dos Estados-Membros e a cidadania da UE numa situação suscetível de acarretar a perda do estatuto de cidadão da UE. No caso, Janko Rottmann, nascido austríaco, perdera a nacionalidade austríaca na sequência da aquisição da nacionalidade alemã. O modo fraudulento pelo qual obteve esta última motivou a revogação, com eficácia retroativa, do ato de naturalização. Uma vez que a revogação não foi acompanhada da reaquisição da nacionalidade originária, colocava-se a questão de saber se o DUE se opunha à apatridia que daí resultava, com a consequente perda do estatuto de cidadão da UE<sup>310</sup>.

Os governos que apresentaram observações no decurso do processo, especialmente os governos alemão e austríaco, bem como a Comissão Europeia, não consideraram a situação de Janko Rottmann abrangida pelo

---

<sup>309</sup> Assim, KOEN LENAERTS, «'Civis Europaeus Sum': From the Cross-border Link to the Status of Citizen of the Union», in *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, PASCAL CARDONNEL, ALLAN ROSAS e NILS WAHL, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 226.

<sup>310</sup> No decurso do procedimento de naturalização, Janko Rottmann havia deliberadamente ocultado que contra ele corria um processo penal na Áustria – cfr. acórdão *Rottmann*, cit., cons. 22-28.

âmbito de aplicação do DUE: estava em causa, por um lado, o exercício de uma competência exclusiva dos Estados-Membros (a definição das condições de aquisição e perda da respetiva nacionalidade); e tratava-se, por outro, de uma situação puramente interna, sem conexão com o DUE, pois estava em causa a revogação de um ato administrativo alemão dirigido a um cidadão alemão residente na Alemanha. O facto de Janko Rottmann, na qualidade de cidadão austríaco, ter exercido o seu direito de livre circulação e residência quando passou a residir na Alemanha antes da sua naturalização também não foi considerado, em si, um elemento transfronteiriço suscetível de integrar a situação em causa no âmbito de aplicação do DUE<sup>311</sup>. Já MIGUEL POIARES MADURO considerou a dimensão transfronteiriça das circunstâncias que deram origem à situação de Janko Rottmann determinante para a aplicação das disposições do DUE em matéria de cidadania<sup>312</sup>.

Este elemento transfronteiriço não teve, contudo, relevância na resposta dada pelo TJ<sup>313</sup>: uma situação suscetível de implicar a perda do estatuto de cidadão da UE e dos direitos correspondentes «*é abrangida, pela sua própria natureza e pelas suas consequências, pelo direito da União.*»<sup>314</sup> Por isso, a competência dos Estados-Membros em matéria de nacionalidade deve ser

---

<sup>311</sup> Cfr. acórdão *Rottmann*, cit., cons. 37 e 38.

<sup>312</sup> Cfr. Conclusões *Rottmann*, cit., cons. 10-13.

<sup>313</sup> Não era a primeira vez que, em matéria de cidadania, a efetiva deslocação do cidadão da UE para além das fronteiras do seu Estado-Membro era dificilmente identificável ou simplesmente não havia ocorrido, sem que tal afetasse a resposta dada pelo TJ. Assim, por exemplo, os filhos de Garcia Avello, de dupla nacionalidade espanhola e belga, haviam nascido na Bélgica e nunca tinham saído deste Estado-Membro, e Kunqian Catherine Zhu, de nacionalidade irlandesa, tinha nascido na Irlanda do Norte e residia no País de Gales, nunca tendo, por isso, saído do Reino Unido – cfr. acórdão *Garcia Avello*, cit., cons. 27 e 28, e acórdão *Zhu Chen*, cit., cons. 18 e 19.

<sup>314</sup> Acórdão *Rottmann*, cit., cons. 42.

exercida no respeito pelo DUE<sup>315</sup> e, «na medida em que afecte os direitos conferidos e protegidos pela ordem jurídica da União, como é designadamente o caso de uma decisão de revogação da naturalização (...), é susceptível de fiscalização jurisdicional à luz do direito da União»<sup>316</sup> e, em particular, do princípio da proporcionalidade<sup>317</sup>. Para a questão que nos ocupa, importa reter do acórdão *Rottmann* que a questão relativa ao âmbito de aplicação do DUE foi resolvida unicamente com fundamento no atual art. 20.º TFUE, ou seja, via estatuto de cidadão da UE. Desconsiderada a prévia passagem de Janko Rottmann pela fronteira austro-alemã e resultando, quanto ao resto, a sua situação acantonada a um único Estado-Membro, foi o seu estatuto de cidadão da UE que chamou a aplicação do DUE. O TJ confirma, desta forma, que «o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros» e faz jus à «importância que o direito primário atribui ao estatuto de cidadão da União»<sup>318 / 319</sup>.

---

<sup>315</sup> Cfr. acórdão *Rottmann*, cit., cons. 39-41 e 45. O mesmo resultava de jurisprudência anterior – cfr. acórdãos (TJ) *Micheletti*, 7 de julho de 1992, Proc. C-369/90, EU:C:1992:295, cons. 10; *Mesbah*, 11 de novembro de 1999, Proc. C-179/98, EU:C:1999:549, cons. 29; *Kaur*, 20 de fevereiro de 2001, Proc. C-192/99, EU:C:2001:106, cons. 19; e *Zhu Chen*, cit., cons. 37.

<sup>316</sup> Acórdão *Rottmann*, cit., cons. 48.

<sup>317</sup> Cfr. acórdão *Rottmann*, cit., cons. 55-58.

<sup>318</sup> Cfr. acórdão *Rottmann*, cit., cons. 43 e 56.

<sup>319</sup> A atualidade da jurisprudência *Rottmann* foi recentemente confirmada pelo acórdão (TJ) *Petruhhin*, 6 de setembro de 2016, Proc. C-182/15, EU:C:2016:630, no qual o princípio da não extradição dos nacionais foi apreciado à luz da cidadania da UE. O caso surge na sequência da apresentação de um pedido de extradição pelas autoridades russas às autoridades letãs relativamente a Aleksei Petruhhin, nacional estónio, relacionado com uma infração por tráfico de estupefacientes (cfr. cons. 10-16). Colocava-se concretamente a questão de saber se as disposições do DUE em matéria de cidadania, especialmente o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade (art. 18.º TFUE) e o direito à livre circulação e residência (art. 21.º, n.º 1, TFUE), exigiam que, em caso de extradição para um Estado terceiro (Rússia), fosse garantido aos nacionais dos outros Estados-Membros (Estónia) o mesmo nível de proteção que o conferido aos nacionais do Estado-Membro requerido (Letónia). Ora, da mesma forma que, no acórdão *Rottmann*, o

Num pronunciamento de extensão inversamente proporcional à dimensão do seu impacto, o TJ confirmou e concretizou o sentido desta jurisprudência no acórdão *Zambrano*. O pedido de decisão prejudicial colocava a questão de saber se um cidadão da UE, menor, que nunca exerceu o seu direito de livre circulação e residência, podia fundar no seu estatuto de cidadão da UE um direito de residência derivado em benefício dos seus progenitores,

---

DUE, via cidadania, enquadrou o exercício da competência dos Estados-Membros em matéria de aquisição e perda da respetiva nacionalidade, no acórdão *Petruhhin*, o DUE, via cidadania, enquadrou o exercício da competência dos Estados-Membros em matéria de extradição: ainda que as regras em matéria de extradição sejam da competência dos Estados-Membros, tal não impede que a potencial extradição de um cidadão da UE residente num Estado-Membro que não é o da sua nacionalidade esteja abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE e que, em consequência, os Estados-Membros devam, no exercício daquela competência, respeitar o DUE, nomeadamente em matéria de cidadania (cfr. cons. 25-31). Assim, ao reservar apenas para os nacionais o benefício da proteção contra a extradição, o direito letão introduz *i*) uma diferenciação de tratamento fundada na nacionalidade *ii*) suscetível de afetar o exercício do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da UE (cons. 32-33). Da mesma forma que no acórdão *Rottmann*, decisivo foi o teste da proporcionalidade. Com efeito, o TJ considerou existir uma via menos atentatória do exercício do direito à livre circulação e residência do que a extradição e que permitia alcançar com a mesma eficácia o objetivo de evitar o risco de impunidade legitimamente visado pelo direito letão (cfr. cons. 34-41 e 48-49): a solução passa por «*privilegiar a troca de informações com o Estado-Membro da nacionalidade do interessado, a fim de dar às autoridades desse Estado-Membro, desde que sejam competentes, ao abrigo do respetivo direito nacional, para proceder criminalmente contra essa pessoa por atos praticados fora do território nacional, a oportunidade de emitir um mandado de detenção europeu para fins de procedimento penal*» nos termos da Decisão-Quadro 2002/584 (cons. 48). A resposta é, ainda assim, condicionada: o Estado-Membro da nacionalidade do cidadão da UE (Estónia), deve ser competente, à luz do seu direito interno, para proceder criminalmente contra ele por atos praticados fora do seu território para, assim, emitir um mandado de detenção europeu que obrigue o Estado-Membro de acolhimento (Letónia). Não sendo o caso, e uma vez que, ao decidir a extradição, o Estado-Membro de acolhimento atua no âmbito de aplicação do DUE na aceção do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, deve respeitar os direitos fundamentais aí protegidos, devendo, em particular, «*verificar se a extradição não viola os direitos consagrados no artigo 19.º da Carta*» (cfr. cons. 52-60). Assim, não sendo a cidadania da UE suficiente para obstaculizar a extradição em virtude do direito interno do Estado-Membro da nacionalidade não alargar a competência penal a atos praticados pelos seus nacionais fora do seu território, a proteção concedida ao abrigo do art. 19.º CDFUE será ainda assim operante em relação ao Estado-Membro de acolhimento. Tal como em *Rottmann* em relação à apatridia, também em *Petruhhin* a diferenciação de tratamento entre nacionais e não nacionais em relação à extradição subsiste, mas a proteção contra a extradição é reforçada por via da cidadania e da proteção dos direitos fundamentais instituídas pela ordem jurídica da UE.

nacionais de um país terceiro. No caso, Gerardo Ruiz Zambrano e a sua esposa, ambos de nacionalidade colombiana, chegaram à Bélgica em 1999 acompanhados do seu primeiro filho. Apesar do indeferimento dos seus pedidos de asilo, o casal não foi repatriado, atendendo à situação de guerra civil em que se encontrava o seu país de origem. Durante o atribulado processo de regularização que se seguiu, nasceram os segundo e terceiro filhos do casal Zambrano. Uma vez que estes haviam adquirido a nacionalidade belga, Gerardo Ruiz Zambrano fundava no DUE o seu direito de residência na Bélgica, invocando especificamente o acórdão *Zhu Chen*, no qual o TJ reconheceu ao nacional de um país terceiro, progenitor de um cidadão da UE de tenra idade que nunca exerceu o seu direito de livre circulação e que se encontra efetivamente a cargo do primeiro, o direito de com ele residir no Estado-Membro de acolhimento<sup>320</sup>.

---

<sup>320</sup> Cfr. acórdão *Zambrano*, cit., cons. 14-34; cfr., ainda, acórdão *Zhu Chen*, cit., cons. 47. Neste último, estava em causa a situação de Kunqian Catherine Zhu, cidadã irlandesa nascida de pais chineses na Irlanda do Norte e residente no País de Gales. Em virtude da legislação irlandesa então aplicável, que concedia a nacionalidade irlandesa a qualquer pessoa nascida na ilha da Irlanda, incluindo a Irlanda do Norte, Catherine Zhu adquiriu a nacionalidade irlandesa, apesar de ter nascido em território do Reino Unido – mas, em virtude da legislação britânica aplicável, não tinha o direito de obter a nacionalidade britânica. A administração britânica recusou conceder a Catherine Zhu e à mãe uma autorização de residência porque, por um lado, Catherine Zhu não tinha exercido qualquer direito decorrente do DUE (apenas havia circulado no interior do Reino Unido, da Irlanda do Norte, onde nasceu, para o País de Gales, onde residia) e, por outro, porque a mãe não tinha o direito de residir no Reino Unido nos termos da legislação nacional aplicável – cfr. acórdão *Zhu Chen*, cit., cons. 7-15. Pronunciando-se a título prejudicial, o TJ reconheceu a Catherine Zhu, na qualidade de cidadã da UE, o direito de residir no Reino Unido, bem como, sob pena de privar de qualquer efeito útil o direito de residência de Catherine Zhu, um direito de residência derivado à sua mãe – cfr. acórdão *Zhu Chen*, cit., cons. 25-28, 45 e 46. Explicou que «a recusa de permitir ao progenitor, nacional de um Estado-Membro ou de um Estado terceiro, que tem efectivamente à sua guarda uma criança à qual [o atual art. 21.º TFUE e a correntemente em vigor Diretiva 2004/38] reconhecem o direito de residência, residir com essa criança no Estado-Membro de acolhimento, privaria de qualquer efeito útil o direito de residência deste último. Com efeito, é manifesto que o gozo do direito de residência por um criança de tenra idade implica necessariamente que essa criança tem o direito de ser acompanhada pela pessoa que efectivamente a tem à sua guarda e, portanto, que essa pessoa esteja

Sucedo que, contrariamente à situação subjacente ao acórdão *Zhu Chen*, os dois filhos menores do casal Zambrano residiam no seu Estado-Membro de nacionalidade, do qual nunca tinham saído. Por isso, e à semelhança do sucedido na pendência do processo *Rottmann*, os governos que apresentaram observações no decurso do processo, bem como a Comissão Europeia, não consideraram a situação da família Zambrano abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE por se tratar de uma situação meramente interna<sup>321</sup>. Pelo contrário, ELEANOR SHARPSTON, apoiando-se textualmente no acórdão *Rottmann*, em conjugação com o acórdão *Zhu Chen*, considerou a situação dos menores «abrangida, pela sua própria natureza e pelas suas consequências, pelo direito da União»: «[se] os progenitores não tiverem um direito de residência derivado e se foram obrigados a deixar a Bélgica, as crianças, com toda a probabilidade, terão de partir com eles», o que os colocaria numa «situação susceptível de implicar a perda do estatuto conferido [pela sua cidadania da União] e dos direitos correspondentes»<sup>322</sup>.

O TJ acolheu o argumento. Referindo-se ao acórdão *Rottmann*, interpretou o art. 20.º TFUE no sentido de que «*obsta a medidas nacionais que tenham o efeito de privar os cidadãos do gozo efectivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União.*»<sup>323</sup> Era esse o caso da família Zambrano: recusar uma autorização de residência a Gerardo Ruiz Zambrano teria por consequência obrigar os seus filhos menores, cidadãos da UE, a «*deixar o território da União para acompanhar os seus progenitores*», o

---

*em condições de residir com ela no Estado-Membro de acolhimento durante essa residência.*» O TJ retomou este sentido de jurisprudência no acórdão *Alopa*, 10 de outubro de 2013, Proc. C-86/12, EU:C:2013:645, cons. 28.

<sup>321</sup> Cfr. acórdão *Zambrano*, cit., cons. 37.

<sup>322</sup> Cfr. Conclusões *Zambrano*, cit., cons. 93-97, em especial cons. 95.

<sup>323</sup> Acórdão *Zambrano*, cit., cons. 42, com referência ao acórdão *Rottmann*, cit., cons. 42.

mesmo sucedendo ao recusar-lhe uma autorização de trabalho, pois correria o risco de não dispor dos recursos necessários para se sustentar a si próprio e à sua família. Em qualquer dos casos, os cidadãos da UE ficariam, «*de facto, impossibilitados de exercer o essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União.*»<sup>324</sup> Mais uma vez, a questão relativa ao âmbito de aplicação do DUE foi resolvida unicamente com fundamento no art. 20.º TFUE, ou seja, via estatuto de cidadão da UE. Resulta da conjugação dos acórdãos *Rottmann* e *Zambrano* que a privação, *de iure* ou *de facto*<sup>325</sup>, do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da UE constitui elemento de conexão suficiente com o DUE e, apesar de omissos nos acórdãos, com o padrão de jusfundamentalidade da UE.

Com efeito, apesar de proferidos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e, assim, da CDFUE, nenhuma referência é feita à CDFUE, apesar das questões de direitos fundamentais suscitadas, especialmente evidentes no caso *Zambrano*<sup>326</sup>. No caso do acórdão *Rottmann*, a explicação residirá no

---

<sup>324</sup> Acórdão *Zambrano*, cit., cons. 43 e 44.

<sup>325</sup> Assim, NATHAN CAMBIEN, «The scope of EU law in recent ECJ case law: reversing 'reverse discrimination' or aggravating inequalities?», in *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 47, 2012, p. 135; também sulinhando o salto qualitativo ou a passagem «du droit au fait», cfr. SEBASTIEN PLATON, «Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure», in *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 1, 2012, pp. 38-39.

<sup>326</sup> Com efeito, as questões formuladas pelo órgão jurisdicional de reenvio convidavam o TJ a pronunciar-se sobre a interpretação dos atuais arts. 18.º, 20.º e 21.º TFUE, em matéria de não discriminação em razão da nacionalidade e cidadania da UE, em conjugação com os arts. 21.º, 24.º e 34.º CDFUE – cfr. acórdão *Zambrano*, cit., cons. 35. O TJ optou por responder a todas as questões conjuntamente e por concentrar-se sobre as disposições relativas à cidadania, evitando, especificamente, pronunciar-se sobre a problemática da discriminação inversa suscitada no caso. Tendo por evidente que «o problema dos direitos fundamentais se reflecte como um “leitmotiv” nas três questões» prejudiciais colocadas, ELEANOR SHARPSTON aborda extensivamente nas suas Conclusões as questões suscitadas em torno da proteção dos direitos fundamentais e de discriminação inversa – cfr. Conclusões *Zambrano*, cit., cons. 53-66 e 123-177 –, sugerindo que o art. 18.º TFUE fosse interpretado no sentido de proibir «a discriminação inversa causada

facto de dificilmente se conceber o “direito a uma nacionalidade” como um direito fundamental protegido pelo DUE. No caso do acórdão *Zambrano*, a ausência de qualquer referência à CDFUE revela a reserva em expressamente associar o alcance da jurisprudência nele fixada a considerações em sede de proteção dos direitos fundamentais, em geral, e da CDFUE, em particular<sup>327</sup>. A jurisprudência posterior encarregar-se-ia de colmatar a lacuna em termos, contudo, restritivos, do que são exemplos os acórdãos *McCarthy* e *Dereci*.

No primeiro, o TJ trouxe alguns esclarecimentos no que toca à interpretação da expressão «medidas nacionais que tenham por efeito privar os cidadãos do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União», *link* com o DUE inaugurado no acórdão *Zambrano*. No caso, Shirley McCarthy, com fundamento na sua dupla nacionalidade britânica e irlandesa, apresentou um pedido de autorização de residência ao abrigo do DUE junto das autoridades do Reino Unido, Estado-Membro no qual sempre residiu. O pedido destinava-se a obter para o seu cônjuge de nacionalidade jamaicana um direito de residência derivado, na qualidade de membro da família de um cidadão da UE, uma vez que esse direito de residência não decorria da legislação britânica aplicável<sup>328</sup>. O objetivo era, pois, o de obter um reagrupamento familiar via DUE e, em especial, via estatuto de cidadão da UE, único elemento de conexão entre a situação do casal McCarthy e o DUE<sup>329</sup>.

---

pela interação entre o artigo 21.º TFUE e o direito nacional que implica a violação de um direito fundamental protegido pelo direito da UE, quando não estiver prevista uma protecção pelo menos equivalente no direito nacional» (cons. 144).

<sup>327</sup> Neste sentido, cfr. SARA IGLESIAS SÁNCHEZ, «The Court and the Charter...», cit., p. 1593.

<sup>328</sup> Acórdão *McCarthy*, cit., cons. 14-20.

<sup>329</sup> Cfr. Conclusões *McCarthy*, JULIANE KOKOTT, 25 de novembro de 2010, EU:C:2010:718, cons. 21 e 22.

Depois de afastar a aplicação da Diretiva 2004/38 do caso concreto<sup>330</sup>, o TJ pronunciou-se sobre a aplicabilidade do art. 21.º TFUE<sup>331</sup> a um cidadão da UE na situação de Shirley McCarthy, ou seja, um «*cidadão da União que nunca fez uso do seu direito de livre circulação, que sempre residiu num Estado-Membro do qual possui a nacionalidade e que possui, além disso, a nacionalidade de outro Estado-Membro.*»<sup>332</sup> Ora, porque «*a situação de um cidadão de um Estado-Membro que, como S. McCarthy, não fez uso do direito de livre circulação não pode, só por isso, ser equiparada a uma situação puramente interna*», importava aferir se a medida nacional em causa – que impossibilitava o reagrupamento familiar pretendido – tinha por efeito privá-la do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadã da UE no sentido da jurisprudência *Zambrano*<sup>333</sup>. A resposta do TJ foi negativa: «*nenhum elemento da situação de S. McCarthy (...) revela que a medida nacional em causa [...] tenha por efeito privá-la do gozo efectivo do essencial dos direitos relacionados com o seu estatuto de cidadã da União ou dificultar o*

---

<sup>330</sup> Na medida em que Shirley McCarthy nunca havia exercido o seu direito de livre circulação e residência, sempre tendo residido num Estado-Membro do que é nacional, o Reino Unido – cfr. acórdão *McCarthy*, cit., cons. 30-43.

<sup>331</sup> Contrariamente aos acórdãos *Rottmann* e *Zambrano*, a base jurídica invocada pelo TJ é o art. 21.º TFUE e não o art. 20.º TFUE. Deve, contudo, ser relativizada esta “alteração”, uma vez que o primeiro limita-se a concretizar um dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE – o direito de livre circulação e residência – listado no segundo. Neste sentido, cfr. KOEN LENAERTS, «*‘Civis Europaeus Sum’...*», cit., pp. 230-231. Para além disso, a referência ao art. 21.º TFUE no acórdão *McCarthy* é feita em relação ao direito de livre circulação e residência que concretiza e não ao estatuto de cidadão da UE enquanto tal (art. 20.º TFUE), o que é visível em algumas passagens do acórdão, como o cons. 44 reproduzido no texto. A jurisprudência posterior do TJ a confirmar o art. 20.º TFUE como base jurídica para o critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE, como, aliás, resultava expressamente do acórdão *Zambrano*, cit., cons. 42 – cfr., por exemplo, acórdão *Alokpa*, cit., cons. 29-35. O TJ reconhece assim «alcance autónomo» à disposição pela qual é instituída a cidadania da UE – cfr. Conclusões *NA*, MICHEL WATHELET, 14 de abril de 2016, Proc. C-115/15, EU:C:2016:259, cons. 94.

<sup>332</sup> Acórdão *McCarthy*, cit., cons. 44.

<sup>333</sup> Cfr. acórdão *McCarthy*, cit., cons. 46 e 47, respetivamente.

*exercício do seu direito de circular e de residir livremente no território dos Estados-Membros, nos termos do artigo 21.º TFUE. [...] nem [afeta], de resto, qualquer outro direito que lhe seja conferido pelo seu estatuto de cidadã da União.»*<sup>334</sup>

Concretizando, o TJ distinguiu a situação do casal McCarthy dos casos subjacentes aos acórdãos *Zambrano* e *Garcia Avello*. Quanto ao primeiro, observou que «*a medida nacional em causa no processo principal não tem por efeito que S. McCarthy se verá obrigada a abandonar o território da União*», uma vez que goza, por força de um princípio de direito internacional, de um direito de residência incondicional no Reino Unido<sup>335</sup>. Quanto ao segundo, um caso no qual estava em causa a distinta composição dos apelidos de dois cidadãos da UE menores em razão da diversidade das legislações dos dois Estados-Membros de que tinham a nacionalidade<sup>336</sup>, ressaltou que «*o mais importante não era tanto o facto de a diversidade de patronímicos ser consequência da dupla nacionalidade dos interessados, mas sim o facto de essa diversidade poder causar aos cidadãos da União em causa sérios inconvenientes que constituíam um entrave à livre circulação*»<sup>337</sup>. Dito de outro

---

<sup>334</sup> Acórdão *McCarthy*, cit., cons. 49; cfr., ainda, cons. 53-55.

<sup>335</sup> Acórdão *McCarthy*, cit., cons. 50; cfr., também, cons. 29.

<sup>336</sup> Em concreto, as autoridades belgas recusaram alterar o apelido (“Garcia Avello”) de dois menores que gozavam da dupla nacionalidade belga e espanhola, de forma a acolher a prática assegurada pelo direito espanhol pelo qual o apelido dos filhos de um casal é composto pelo primeiro apelido do pai (“Garcia”), seguido pelo primeiro apelido da mãe (“Weber”) – cfr. acórdão *Garcia Avello*, cit., cons. 13-19. No acórdão, o TJ considerou tal recusa incompatível com os atuais arts. 18.º e 20.º TFUE, disposições relativas, respetivamente, ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e à cidadania da UE, em razão dos «*sérios inconvenientes de ordem profissional e privada, resultantes, nomeadamente, das dificuldades em gozar, num Estado-Membro cuja nacionalidade possuem, os efeitos jurídicos de actos ou de documentos elaborados sob o apelido reconhecido noutra Estado-Membro cuja nacionalidade também possuem*», considerando o indeferimento das autoridades belgas injustificado e desproporcionado (cons. 39-45).

<sup>337</sup> Cfr. acórdão *McCarthy*, cit., cons. 51 e 52.

modo, a dupla nacionalidade não é, por si só, um elemento de conexão suficiente com o DUE: importa aferir se a medida nacional em causa dificulta/entruva de modo injustificado e desproporcionado o exercício do direito de livre circulação e residência. Não se verificando nenhuma destas hipóteses em relação a Shirley McCarthy, a sua situação não estava abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE<sup>338</sup>.

Resulta, contudo, do acórdão *McCarthy* que é a intensidade com que o exercício do poder público estadual afeta o exercício dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE que determina a aplicação do DUE; e que, concretamente, determinam a aplicação do DUE medidas nacionais suscetíveis de, *de iure* ou *de facto*, causar um «efeito de privação» do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da União – à semelhança das circunstâncias em causa nos acórdãos *Rottmann* e *Zambrano* – ou um «efeito de entrave/restricção» (inconveniente sério, injustificado e desproporcionado) ao exercício do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da UE – à semelhança das circunstâncias em causa no acórdão *Garcia Avello*<sup>339</sup>. Não sendo esse o caso, o DUE não é aplicável e, por conseguinte, a CDFUE também não. Por isso, o TJ não teceu considerações

---

<sup>338</sup> Cfr. acórdão *McCarthy*, cit., cons. 54 e 55.

<sup>339</sup> Ou, no original, «deprivation effect» e «impeding effect» – cfr. KOEN LENAERTS, «'Civis Europaeus Sum'...», cit., p. 230 (em sentido próximo, cfr. ALINA TRYFONIDOU, «Redefining the Outer Boundaries of EU Law...», cit., pp. 511-512). O Autor associa também a situação em causa no acórdão *Zhu Chen* à situação do tipo «efeito de privação». Neste acórdão, o TJ reconheceu a um nacional de um país terceiro, progenitor de um cidadão da UE de tenra idade, o direito de com ele residir no seu Estado-Membro de acolhimento sob pena de privar «de qualquer efeito útil o direito de residência deste último» – acórdão *Zhu Chen*, cit., cons. 45. Com efeito, à semelhança do que sucederia aos filhos do casal *Zambrano*, a deportação da mãe de Catherine Zhu teria obrigado esta última a abandonar o território da UE para acompanhar a mãe de quem dependia afetiva e financeiramente, privando-a desta forma do «gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da União» no sentido que viria a ser fixado no acórdão *Zambrano*.

no que toca ao respeito pelos direitos fundamentais, especialmente pelo direito ao respeito pela vida familiar, no acórdão *McCarthy*. Como conclui JULIANE KOKOTT, não se tratava de uma «questão de direito da União», mas de uma «questão relativa ao vínculo do Reino Unido à CEDH, cuja apreciação compete exclusivamente aos órgãos jurisdicionais nacionais e eventualmente ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.»<sup>340</sup>

O acórdão *Dereci* confirma esta orientação jurisprudencial. No caso, os cinco demandantes, nacionais de países terceiros, pretendiam viver com os membros das suas famílias, cidadãos da União que nunca haviam exercido o seu direito de livre circulação e residência: todos residiam na Áustria, Estado-Membro do qual tinham a nacionalidade<sup>341</sup>. Depois de afastar a aplicação das Diretivas 2003/86 e 2004/38<sup>342</sup>, o TJ pronunciou-se sobre a aplicabilidade das disposições do Tratado relativas à cidadania da UE especialmente à luz dos acórdãos *Zambrano* e *McCarthy*. Muito embora não tenha considerado as situações em causa, em si, meramente internas<sup>343</sup>, o TJ cedeu à pressão dos

---

<sup>340</sup> Conclusões *McCarthy*, cit., cons. 60.

<sup>341</sup> Cfr. acórdão *Dereci*, cit., cons. 22-35. As situações familiares em causa apresentavam algumas diferenças, respeitantes ao carácter legal ou ilegal da entrada e/ou estadia em território austríaco, à natureza dos laços familiares existentes entre os demandantes e os cidadãos da UE e à eventual dependência económica dos demandantes para com os cidadãos da UE. Estas diferenças não foram, contudo, tidas em conta pelo TJ que preferiu apresentar uma solução única tendo em conta os seus pontos comuns.

<sup>342</sup> A primeira (Diretiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar, JO L 251 de 03.10.2003, pp. 12-18) por não ser aplicável aos familiares dos cidadãos da UE, para a qual releva a Diretiva 2004/38, e esta por não ser aplicável a cidadãos da UE (e aos membros da sua família) que nunca exerceram o direito de livre circulação e residência que regula – cfr. acórdão *Dereci*, cit., cons. 44-58.

<sup>343</sup> Pois «a situação de um cidadão da União que, como cada um dos cidadãos membros da família dos recorrentes nos processos principais, não fez uso do direito de livre circulação, não pode, só por isso, ser equiparada a uma situação puramente interna» – acórdão *Dereci*, cit., cons. 61.

governos que apresentaram observações no processo e da Comissão Europeia<sup>344</sup>, reservando a jurisprudência *Zambrano* a situações excepcionais.

No acórdão *Dereci*, o critério relativo à privação do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da UE inaugurado no acórdão *Zambrano* foi interpretado no sentido de referir-se/aplicar-se a «*situações caracterizadas pela circunstância de o cidadão da União ser obrigado, na prática, a abandonar não apenas o território do Estado-Membro de que é nacional, mas a totalidade do território da União*»<sup>345</sup> – o que já resultava da argumentação tecida pelo TJ a respeito da situação concreta de Shirley McCarthy<sup>346</sup>. Trata-se, assim, de um «*critério muito particular*», dirigido a situações nas quais «*um direito de residência não pode, excepcionalmente, ser recusado a um nacional de um Estado terceiro, membro da família de um nacional de um Estado-Membro, sob pena de ignorar o efeito útil da cidadania da União de que este último nacional goza.*»<sup>347</sup> O TJ vai mais longe ao afirmar que «*o simples facto de um nacional de um Estado-Membro poder pensar que é desejável, por razões de ordem económica ou a fim de manter a unidade familiar no território da União, que membros da sua família, que não têm a nacionalidade de um Estado-Membro, possam residir com ele no território da União, não basta, por si só, para considerar que o cidadão da União seja obrigado a abandonar o território da União se tal direito não for concedido.*»<sup>348</sup>

Como já resultava do acórdão *Zambrano*, o essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE não inclui o direito ao respeito pela

---

<sup>344</sup> Cfr. acórdão *Dereci*, cit., cons. 39 e 40.

<sup>345</sup> Acórdão *Dereci*, cit., cons. 66.

<sup>346</sup> Cfr. acórdão *McCarthy*, cit., cons. 50.

<sup>347</sup> Acórdão *Dereci*, cit., cons. 67.

<sup>348</sup> Acórdão *Dereci*, cit., cons. 68.

vida familiar<sup>349</sup>; em especial, o conteúdo essencial do direito de livre circulação e residência associado ao estatuto de cidadão da UE está em assegurar que os cidadãos da UE possam, efetivamente, circular e residir livremente no conjunto do território dos Estados-Membros (no interior do território da UE) – não em assegurar que o possam fazer *com os membros da sua família*<sup>350</sup>. Por isso, a questão relativa à proteção da vida familiar deve ser «*abordada no quadro das disposições relativas à protecção dos direitos fundamentais e em função da sua aplicabilidade respectiva*», apreciação que o TJ deixou ao cuidado do órgão jurisdicional de reenvio: «*se o órgão jurisdicional de reenvio considerar, à luz das circunstâncias dos litígios nos processos principais, que a situação dos recorrentes é abrangida pelo direito da União, deverá examinar se a recusa de concessão de um direito de residência a estes últimos ofende o direito ao respeito da vida privada e familiar previsto no artigo 7.º da Carta. Em contrapartida, se considerar que tal situação não é abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União, deverá fazer tal exame à luz do artigo 8.º, n.º 1, da CEDH.*»<sup>351</sup>

O TJ deixa ao cuidado do órgão jurisdicional de reenvio a decisão quanto à aplicabilidade do DUE para efeitos do art. 51.º, n.º 1, CDFUE<sup>352</sup>. A ele

---

<sup>349</sup> Tomada de Posição *Dereci*, PAOLO MENGOZZI, 29 de setembro de 2011, Proc. C-256/11, EU:C:2011:626, cons. 37.

<sup>350</sup> Como salientou NUNO PIÇARRA, «Cidadania europeia e interconstitucionalidade. O caso do reagrupamento familiar dos cidadãos europeus “estáticos”», intervenção havida no IV Colóquio Macrofilosófico / I Colóquio sobre Interconstitucionalidade «Interculturalidade, Interconstitucionalidade, Interdisciplinaridade», Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU), Escola de Direito da Universidade do Minho, 25 de julho de 2014.

<sup>351</sup> Acórdão *Dereci*, cit., cons. 69 e 72, respetivamente.

<sup>352</sup> Cfr. acórdão *Dereci*, cit., cons. 70-72. É o desenlace resultante do quadro de cooperação e de repartição de competências entre o TJ e os órgãos jurisdicionais nacionais sobre o qual assenta o processo das questões prejudiciais – pois a apreciação do critério da «privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da União» não é uma questão meramente jurídica, antes repousa também na apreciação das

caberia apreciar, considerando as diferentes situações específicas *sub judice*, se a recusa de concessão de um direito de residência a cada um dos nacionais de países terceiros, membros da família de um cidadão da UE, acarretaria para estes uma privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao seu estatuto de cidadão da UE no sentido da jurisprudência *Zambrano*. Assim, sendo a apreciação positiva, tal seria elemento de conexão suficiente com o DUE e a recusa teria de ser apreciada à luz do art. 7.º CDFUE; em caso de apreciação negativa, o DUE não seria aplicável e a recusa seria de apreciar à luz do direito ao respeito pela vida privada e familiar tal como protegido pela ordem jurídica austríaca e pela CEDH<sup>353</sup>.

---

circunstâncias de facto concretamente em causa –, para além de resultar da complementaridade dos distintos sistemas de proteção dos direitos fundamentais que convivem no sistema jurídico europeu. Não é, porventura, o desenlace mais satisfatório do ponto de vista da segurança jurídica, uma vez que a determinação do exato alcance do critério fixado no acórdão *Zambrano* é entregue ao juízo dos tribunais nacionais com repercussões (i) para a aplicação uniforme do DUE (risco de interpretação divergente do critério nos distintos Estados-Membros) e (ii) na delimitação da jurisdição do próprio TJ nos casos de cidadania – neste sentido, cfr. DIMITRY KOCHENOV, «The Right to Have *What Rights?*...», cit., pp. 504 e 513-514.

<sup>353</sup> Atendendo à ênfase dada no acórdão *Dereci* ao carácter particular e excecional do critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE, é plausível que nenhuma das cinco situações concretas tenha sido apreciada à luz do DUE. Era esta a opinião de PAOLO MENGGOZZI (Tomada de Posição *Dereci*, cit., cons. 33-36), partilhada por NATHAN CAMBIEN, «The scope of EU law in recent ECJ case law...», cit., p. 135. O AG não deixou de apontar certas perplexidades geradas pela aplicação da jurisprudência *Zambrano* e *McCarthy* aos casos em apreciação. Desde logo, o facto de, «para poderem ter efectivamente uma vida familiar no território da União [diríamos, ao abrigo do direito da União], os cidadãos da União em causa estarem obrigados a exercer uma das liberdades de circulação previstas pelo TFUE» – resultado que mantém acesa a problemática das discriminações inversas dos cidadãos da UE estáticos. PAOLO MENGGOZZI chamou particularmente a atenção para a situação da família *Dereci*, próxima da situação da família *Zambrano*, com uma exceção: contrariamente aos cônjuges *Zambrano*, ambos de nacionalidade colombiana, a Sra. *Dereci* é de nacionalidade austríaca. A cidadania da UE da Sra. *Dereci* teria, paradoxalmente, por efeito dificultar a reunificação familiar: «enquanto na sequência do acórdão *Ruiz Zambrano* os filhos, nacionais da União, ao invés dos seus progenitores, ambos nacionais de um país terceiro, podem no imediato manter a relação com os dois progenitores no Estado-Membro de que são nacionais e no território onde residem, a vida familiar dos três filhos menores do casal *Dereci* está, em contrapartida, subordinada na prática ao exercício, pela

Em jurisprudência mais recente, o TJ teve novamente a oportunidade de expressamente considerar o critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE como elemento de conexão com o DUE para efeitos do art. 51.º, n.º 1, CDFUE<sup>354</sup> – consequência omissa no acórdão *Zambrano* e apenas tenuemente referida no acórdão *Dereci*.

No acórdão *Iida*, o pedido de decisão prejudicial prendia-se com a questão de saber se um nacional de um país terceiro (Japão), que reside no Estado-Membro da nacionalidade da sua filha e da sua esposa (Alemanha), podia obter, com fundamento no estatuto de cidadão da UE destas, uma autorização de residência no referido Estado-Membro após ambas terem passado a residir permanentemente em outro Estado-Membro (Áustria)<sup>355</sup>. Contrariamente ao que sucedia nos casos analisados até agora, os cidadãos da UE membros da família de Yoshikazu Iida haviam efetivamente exercido o seu direito de livre circulação e residência. Mesmo assim, o litígio não deixava de opor duas cidadãs da UE ao respetivo Estado-Membro de nacionalidade no qual o nacional de um país terceiro pretendia permanecer. A situação era mais próxima das situações em causa nos acórdãos *Zambrano*, *McCarthy* e *Dereci* do que uma primeira leitura podia deixar antever. Foi assim que, seguindo a mesma orientação jurisprudencial, o TJ não considerou a recusa em conceder a Yoshikazu Iida uma autorização de residência «*abrangida pela execução do*

---

sua mãe, de uma das liberdades de circulação prevista pelo TFUE e portanto, verosimilmente, à deslocação desta para um Estado-Membro diferente da Áustria» – Tomada de Posição *Dereci*, cit., cons. 43-45.

<sup>354</sup> Noutros casos, não chega a ser considerado por manifestamente não se verificar; é o caso da detenção, por 24 horas, de um cidadão da UE pelas autoridades do respetivo Estado-Membro de nacionalidade por não apresentação de documentos de identificação – cfr. despacho (TJ) *Ivanova*, 6 de junho de 2013, Proc. C-14/13, EU:C:2013:374.

<sup>355</sup> Cfr. acórdão *Iida*, cit., cons. 23-33.

*direito da União na aceção do artigo 51.º da Carta*», pois a situação em causa não apresentava nenhum «*elemento de conexão com as disposições do direito da União respeitantes à cidadania*»<sup>356</sup>. Não só nenhum ato de direito derivado relativo ao direito de residência dos nacionais de países terceiros era em concreto aplicável<sup>357</sup>, como também a decisão em causa não privava as cidadãs da União do «*gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao seu estatuto de cidadão da União*», nem as impedia do «*exercício do seu direito de circular e residir livremente no território dos Estados-Membros*»<sup>358</sup>. Em

---

<sup>356</sup> Acórdão *lida*, cit., cons. 81 e 82.

<sup>357</sup> Em concreto, (i) muito embora nada parecesse obstar à concessão do estatuto de residente de longa duração, Yoshikazu *lida* havia retirado o seu pedido, de modo que não lhe era aplicável a Diretiva 2003/109/CE do Conselho, de 25 de novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração, JO L 16 de 23.01.2004, pp. 44-53; (ii) não podia ser considerado «membro da família» da sua filha na aceção da Diretiva 2004/38 uma vez que não se encontrava a seu cargo (a situação era precisamente a inversa); e (iii) na medida em que não acompanhava nem se reunia com a sua esposa no Estado-Membro de acolhimento, também não podia ser considerado «beneficiário» da mesma diretiva – cfr. acórdão *lida*, cit., cons. 36-48 e 54-65.

<sup>358</sup> Cfr. acórdão *lida*, cit., cons. 66-76. O TJ retoma o duplo critério enunciado no acórdão *McCarthy*, cit., cons. 49, à semelhança de *VERICA TRSTENJAK* nas suas Conclusões. A AG considerou, em particular, existir uma «relação suficiente com a aplicação do direito da União, quando na recusa da autorização de residência ao abrigo do direito da União, embora não se verifique qualquer ingerência no núcleo essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União, ocorre uma restrição menos grave à livre circulação do menor cidadão da União.» Quanto ao caso concreto, considerou plausível (ainda que dependente de uma apreciação mais detalhada das circunstâncias do caso) que uma eventual recusa de um direito de residência na Alemanha ao abrigo do DUE em benefício de Yoshikazu *lida* pudesse, no futuro, constituir uma restrição ao direito de livre circulação e residência da sua filha menor, «ainda que não represente uma ingerência no núcleo essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União» – cfr. Conclusões *lida*, *VERICA TRSTENJAK*, 12 de maio de 2012, Proc. C-40/11, EU:C:2012:296, cons. 73-78. A verificar-se tal efeito restritivo, a AG fundamentou nos arts. 20.º e 21.º TFUE, «à luz dos direitos fundamentais garantidos pelos artigos 6.º, n.º 1 e 3 TUE e, em especial, dos direitos consagrados no artigo 7.º e no artigo 24.º da [CDFUE]», o direito do progenitor com a nacionalidade de um país terceiro, que tenha o direito de exercer a autoridade parental, de residir «no Estado-Membro de origem do seu filho cidadão da União, para o efeito de com ele manter relações pessoais e parentais diretas, no caso de esse filho se mudar desse Estado-Membro para outro Estado-Membro no exercício do seu direito de livre circulação» – Conclusões *lida*, cit., cons. 88. O TJ afastou-se da solução proposta, não considerando verificar-se em concreto uma restrição ao exercício do direito de livre circulação e residência. Constatou,

consequência, não estando abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE, a recusa das autoridades alemãs em conceder a Yoshikazu lida uma autorização de residência não podia ser apreciada à luz dos direitos fundamentais protegidos pela CDFUE, especificamente pelos seus arts. 7.º e 24.<sup>359</sup>.

Já no caso na origem do acórdão *Ymeraga*, Kreshnik Ymeraga, de nacionalidade luxemburguesa, não havia exercido o seu direito de livre circulação e residência, uma das razões pelas quais as autoridades luxemburguesas haviam indeferido o seu pedido de reagrupamento com os seus pais e dois irmãos, nacionais do Kosovo<sup>360</sup>. No acórdão, embora reconhecendo que a regulamentação nacional aplicável, relativa à livre circulação das pessoas e à imigração, visasse «*dar execução ao direito da União*», o TJ não considerou que a situação concreta fosse, contudo, «*regulada pelo direito da União*»: não só nenhum ato do direito derivado relativo ao direito de residência dos nacionais de países terceiros era em concreto aplicável<sup>361</sup>, como também «*a recusa de conceder um direito de residência aos membros da família de Kreshnik Ymeraga não [tinha] por efeito privá-lo do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de*

---

por um lado, que «*a inexistência de um direito de residência ao abrigo do direito da União*» não havia dissuadido a filha e a esposa de Yoshikazu lida de «*exercerem o seu direito de livre circulação, mudando-se para a Áustria*». Terá, por outro lado, contribuído o facto de Yoshikazu lida dispor de um direito de residência, «*prorrogável sem dificuldade de maior*», em conformidade com o direito nacional aplicável, para além de poder, «*em princípio, obter o estatuto de residente de longa duração na aceção da Diretiva 2003/109*». Finalmente, a restrição ao exercício do direito de livre circulação e residência afigurava-se hipotética e, como tal, não podia constituir um «*nexo suficiente com o direito da União para justificar a aplicação das suas disposições*» – cfr. acórdão *lida*, cit., cons. 74, 75 e 77.

<sup>359</sup> Cfr. acórdão *lida*, cit., cons. 81.

<sup>360</sup> Cfr. acórdão *Ymeraga*, cit., cons. 11-22.

<sup>361</sup> Uma vez que a Diretiva 2003/86 não é aplicável aos familiares de cidadãos da UE e que Kreshnik Ymeraga não tinha exercido o seu direito de livre circulação e residência, o que afastava a aplicação da Diretiva 2004/38 – cfr. acórdão *Ymeraga*, cit., cons. 25-32.

*cidadão da União.»*<sup>362</sup> Em consequência, porque não pertencia ao «*domínio de execução do direito da União na aceção do artigo 51.º da Carta*», a recusa das autoridades luxemburguesas em conceder aos membros da família de Kreshnik Ymeraga um direito de residência enquanto membros da família de um cidadão da UE não podia ser apreciada à luz dos direitos fundamentais protegidos pela CDFUE, sem prejuízo de um exame à luz da CEDH<sup>363</sup>. O acórdão *Ymeraga* segue de perto o acórdão *Dereci*. Nele o TJ reincide em desconsiderar a vontade do cidadão da UE em manter a unidade familiar no território da UE<sup>364</sup> e, tal como havia feito também no acórdão *lida*, reitera o carácter particular e excepcional do critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE, associando-o a situações nas quais o cidadão da UE se vê, na prática, obrigado a abandonar o território da UE<sup>365</sup>.

Em ambos os acórdãos, o critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE apreciado como eventual elemento de conexão com o DUE para efeitos do art. 51.º, n.º 1, CDFUE – muito embora o resultado desta apreciação seja negativo. Só situações de facto das quais resulte um tal «efeito de privação» integram o âmbito de aplicação do DUE, com a *consequente* e *sucedânea* aplicação das disposições da CDFUE. Por isso, o TJ continua a negar qualquer relevo ao direito ao respeito pela vida familiar protegido pelo art. 7.º CDFUE na apreciação deste «efeito de privação»: não é a tutela deste direito fundamental que despoleta a aplicação do DUE, é antes o facto de o DUE ser

---

<sup>362</sup> Acórdão *Ymeraga*, cit., cons. 42.

<sup>363</sup> Acórdão *Ymeraga*, cit., cons. 43 e 44.

<sup>364</sup> Cfr. acórdão *Ymeraga*, cit., cons. 38 e 39.

<sup>365</sup> Cfr. acórdão *Ymeraga*, cit., cons. 36, e acórdão *lida*, cit., cons. 71.

concretamente aplicável que determina a tutela deste direito fundamental tal como protegido pela ordem jurídica da UE<sup>366</sup>. Caso contrário, o TJ estaria a fundar numa disposição da CDFUE a aplicação do DUE fora do respetivo âmbito de aplicação, o que equivaleria a criar ou modificar as competências da UE, o que seria contrário ao princípio da não expansão de competências da União através da CDFUE<sup>367</sup> resultante dos arts. 6.º, n.º 1, 2º parágrafo, TUE e 51.º, n.º 2, CDFUE. Em absoluto, o direito ao respeito pela vida familiar não fica totalmente desprotegido, uma vez que o TJ conta decisivamente com a complementaridade dos sistemas de proteção dos direitos fundamentais numa real ilustração do sentido prático da expressão “interjusfundamentalidade”<sup>368</sup>.

Isto, por um lado, quanto às consequências da verificação em concreto de uma privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE. Quanto, por outro, às situações de facto que se subsumem a tal descrição, o TJ continua a cercá-las de grandes muros, confirmando o carácter particular e excecional deste elemento de conexão com o DUE. Em ambos os acórdãos, avança com uma explicação. Neles, o TJ sublinhou a natureza derivada dos direitos atribuídos aos nacionais de países terceiros pelas disposições de DUE em matéria de cidadania: não se trata de

---

<sup>366</sup> Ou, nas palavras de MICHEL WATHELET, «é a cidadania europeia consagrada no artigo 20.º TFUE que desencadeia a proteção dos direitos fundamentais – em particular, no caso em apreço, o artigo 7.º da Carta – e não o inverso» – Conclusões NA, cit., cons. 126.

<sup>367</sup> Refletindo a ideia de que as disposições da CDFUE não são atributivas de competências, mas somente limitam o exercício de competências atribuídas – assim, NÓRA CHRONOWSKI, *Enhancing the scope of the Charter of Fundamental Rights – problems of the limitations and advantages of directly applicable Charter rights with regard to the recent case law developments of the European Court of Justice and national courts*, Discussion Paper no âmbito do convite lançado pela Comissão Europeia para as *Assises de la Justice*, 2013, pp. 3 e 4 [<http://ec.europa.eu>].

<sup>368</sup> Ou uma «real-life illustration of the legal doctrine of ‘constitutional pluralism’» – assim, tendo apenas por referência o acórdão *Dereci*, KOEN LENAERTS, «‘Civis Europaeus Sum’...», cit., pp. 231-232.

«direitos próprios dos referidos nacionais», mas de «direitos derivados do exercício da liberdade de circulação por parte dos cidadãos da União.» A sua «finalidade» e «justificação» está na «constatação de que não os reconhecer pode afetar a liberdade de circulação dos cidadãos da União, dissuadindo-os de exercer os seus direitos de entrada e de residência no Estado-Membro de acolhimento.»<sup>369</sup> Daqui retirou a seguinte conclusão: o elemento caracterizador das situações nas quais o DUE é aplicável a situações *a priori* da competência dos Estados-Membros está na sua «relação intrínseca com a liberdade de circulação de um cidadão da União, que impede que o (...) direito de entrada e de residência seja recusado aos [nacionais de países terceiros] no Estado-Membro onde reside o cidadão da União, para que a sua liberdade de circulação não seja afetada.»<sup>370</sup>

Ora, nem a filha e a esposa de Yoshikazu Iida, nem Kreshnik Ymeraga – nem, já agora, Shirley McCarthy e os cidadãos austríacos familiares dos demandantes nos processos na origem do acórdão *Dereci* – viam afetado o seu direito de livre circulação e residência no território dos Estados-Membros. Muito embora pudessem ver-se confrontados com escolhas de vida difíceis (quanto ao seu lugar de residência e à sua situação familiar), o não reconhecimento de um direito de residência derivado ao membro da família nacional de um país terceiro não os impedia de continuar a residir nos seus respetivos Estados-Membros de nacionalidade e deles livremente sair, nem afetava qualquer outro dos direitos associados ao seu estatuto de cidadão da UE. O mesmo não se pode dizer em relação aos filhos Zambrano, nem em relação a Janko Rottmann, confrontados com a perspetiva de, por ato de

---

<sup>369</sup> Acórdão *Iida*, cit., cons. 67 e 68, e acórdão *Ymeraga*, cit., cons. 35.

<sup>370</sup> Acórdão *Iida*, cit., cons. 72, e acórdão *Ymeraga*, cit., cons. 37.

autoridade pública, sair do território da UE para acompanhar ambos os progenitores para a Colômbia ou perder o estatuto de cidadão da União e os direitos a ele associados, respetivamente.

São, assim, situações excecionais de «ser ou não ser»<sup>371</sup>, de facto ou de direito, cidadão da UE que chamam a aplicação do DUE ao abrigo do simples estatuto de cidadão da UE por se verificar uma privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados a esse estatuto. Repare-se que, para além das reservas expressas pelo TJ quanto ao alcance do critério em causa, o mesmo só conheceu aplicação positiva – no sentido de integrar no âmbito de aplicação do DUE situações que não apresentavam com ele outro elemento de ligação que não o estatuto de cidadão da UE do interessado – em duas ocasiões na amostragem jurisprudencial até agora considerada: no acórdão *Zambrano* e, por extensão, no acórdão *Rottmann*. Em jurisprudência mais recente, os acórdãos *Alokpa, NA, CS* e *Rendón Marín*, proferidos no quadro de constelações factuais próximas às das situações subjacentes aos acórdãos *Zhu Chen* e *Zambrano*, confirmam o carácter de *ultima ratio* de proteção dos cidadãos da UE que a jurisprudência entretanto cunhou ao critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE aqui em análise<sup>372</sup>.

---

<sup>371</sup> Assim, DANIEL THYM, «Towards 'Real Citizenship'? The Judicial Construction of Union Citizenship and its Limits», in *Judging Europe's judges: the legitimacy of the case law of the European Court of Justice*, MAURICE ADAMS et al. (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 169: «The 'substance rights' test is much narrower and concerns legal-existential questions which 'deprive' Union citizens of their rights. The new yardstick will resolve extreme cases only that concern matters of 'to be or not to be'. For other purposes, 'regular' fundamental rights take over as the *Dereci* judgment states in welcome clarity.»

<sup>372</sup> O TJ também é chamado a interpretar o critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da UE fundado no art. 20.º TFUE no quadro do processo *Chavez Vilchez*, Proc. C-133/15,

O litígio em causa no primeiro acórdão opunha Adzo Domenyo Alokpa, nacional togolesa, e os seus dois filhos menores, cidadãos da União de nacionalidade francesa nascidos no Luxemburgo, Estado-Membro no qual sempre residiram, à Administração deste último que indeferiu o pedido de autorização de residência apresentado pela primeira e lhe ordenou que abandonasse o território luxemburguês<sup>373</sup>. Assim configurada, a situação era suscetível de integrar o âmbito de aplicação da Diretiva 2004/38 na medida em que os cidadãos da UE, muito embora nunca tenham, de facto, exercido o seu direito de livre circulação e residência, residiam num Estado-Membro de que não eram nacionais. Contudo, porque era Adzo Domenyo Alokpa que assegurava sozinha a guarda efetiva dos seus filhos menores, não podia invocar a qualidade de ascendente direto «a cargo» na aceção da Diretiva 2004/38<sup>374</sup>. Tratando-se precisamente do inverso, a situação era equiparável à situação subjacente ao acórdão *Zhu Chen* e, por isso, o TJ começou por lhe aplicar a jurisprudência nele fixada. Assim, na hipótese de os filhos menores de Adzo Domenyo Alokpa preencherem as condições fixadas pela Diretiva 2004/38 para gozarem de um direito de residência no Luxemburgo<sup>375</sup>, não

---

atualmente pendente. A propósito, cfr. Conclusões *Chavez Vilchez*, MACIEJ SZPUNAR, 8 de setembro de 2016, Proc. C-133/15, EU:C:2016:659, em especial cons. 102-103.

<sup>373</sup> Cfr. acórdão *Alokpa*, cit., cons. 2 e 11-18.

<sup>374</sup> Cfr. arts. 2.º, n.º 2, d), e 3.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38 e acórdão *Alokpa*, cit., cons. 24-26.

<sup>375</sup> Para o que caberia ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se dispunham, por eles próprios ou por intermédio da sua mãe, de recursos suficientes e de uma cobertura extensa de seguro de doença na aceção do art. 7.º, n.º 1, b), da Diretiva 2004/38. A propósito, PAOLO MENGOZZI dá conta de alguns elementos que caracterizam a situação de Adzo Domenyo Alokpa, nomeadamente o facto de residir com os filhos num lar de acolhimento no Luxemburgo mas de entretanto ter recebido uma proposta de emprego por tempo indeterminado nesse Estado-Membro; o AG aprecia, em particular, a pertinência desta proposta para efeitos do art. 7.º, n.º 1, b) da Diretiva 2004/38, considerando a condição relativa à disposição de recursos suficientes «suscetível de ser preenchida com a perspectiva concreta de recursos futuros que provenham de uma proposta de trabalho à qual um cidadão da União ou um membro da sua família tenha

permitir que a mãe com eles resida nesse Estado-Membro «*privaria de efeito útil o direito de residência*» que lhes é reconhecido pelo art. 21.º TFUE e nos termos da Diretiva 2004/38<sup>376</sup>. A jurisprudência *Zhu Chen* bastava, pois, para a situação de Adzo Domenyo Alokpa encontrar solução fundada no direito primário: com fundamento no art. 21.º TFUE<sup>377</sup>, goza de um direito de residência derivado no Estado-Membro de acolhimento dos cidadãos da UE, menores, na qualidade de progenitor que assegura a sua guarda efetiva.

A aplicação da jurisprudência *Zhu Chen* era, contudo, condicionada – ao preenchimento das condições fixadas pela Diretiva 2004/38 para que os filhos menores de Adzo Domenyo Alokpa, cidadãos da UE, possam gozar de um direito de residência no Luxemburgo. Assim, na hipótese contrária, esclareceu o TJ, o art. 21.º TFUE «*não se opõe a que seja recusado a A. Alokpa um direito de residência no território luxemburguês.*»<sup>378</sup> Mas, nesta hipótese, o TJ considera ainda assim que, com fundamento no art. 20.º TFUE, um direito de residência não poderá, a título excepcional, ser recusado a Adzo Domenyo Alokpa «*sob pena de se ignorar o efeito útil da cidadania da União de que gozam os filhos da interessada*». Assim sucede caso o órgão jurisdicional de

---

respondido com êxito noutro Estado-Membro» – cfr. Conclusões *Alokpa*, PAOLO MENGOZZI, 21 de março de 2013, Proc. C-86/12, EU:C:2013:197, cons. 21-33.

<sup>376</sup> Cfr. acórdão *Alokpa*, cit., cons. 27-30.

<sup>377</sup> O TJ parece fundar igualmente o direito de residência derivado de Adzo Domenyo Alokpa na Diretiva 2004/38: «*Assim, se o artigo 21.º TFUE e a Diretiva 2004/38 conferem um direito de residência no Estado-Membro de acolhimento a um nacional, menor, de tenra idade, de outro Estado-Membro que preenche os requisitos fixados no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), desta diretiva, estas mesmas disposições permitem que o progenitor que efetivamente tem esse nacional a seu cargo resida com este no Estado-Membro de acolhimento.*» (acórdão *Alokpa*, cit., cons. 29). Concordamos, contudo, com PAOLO MENGOZZI no sentido de que apenas o art. 21.º TFUE serve de fundamento para o reconhecimento daquele direito uma vez que, não se encontrando «a cargo» dos cidadãos da UE, Adzo Domenyo Alokpa se encontra fora do âmbito de aplicação pessoal da Diretiva – cfr. Conclusões *Alokpa*, cit., cons. 42-45.

<sup>378</sup> Acórdão *Alokpa*, cit., cons. 31.

reenvio verifique que recusar-lhe um direito de residência tenha por consequência que, na prática, os seus filhos sejam «*obrigados a abandonar o território da União considerado no seu todo, privando-os desse modo do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo referido estatuto.*»<sup>379</sup>

A hipótese é remota se se continuar a perspetivar a situação em causa numa constelação triangular – cidadãos da UE da nacionalidade de um Estado-Membro (França) residentes noutro Estado-Membro (Luxemburgo). Com efeito, «*a recusa das autoridades luxemburguesas em atribuir a A. Alokpa um direito de residência não pode ter como consequência obrigar os seus filhos a abandonarem o território da União considerado no seu todo*»<sup>380</sup> uma vez que estes gozam de um direito incondicional de residir no Estado-Membro do qual são nacionais, como o TJ recordou no acórdão *McCarthy*<sup>381</sup> e PAOLO MENGOZZI nas suas Conclusões<sup>382</sup>. Caberia, contudo, ao órgão jurisdicional de reenvio «*verificar se, atendendo às circunstâncias do litígio no processo principal, esse é efetivamente o caso.*»<sup>383</sup> Com efeito, uma eventual recusa das autoridades francesas em atribuir a Adzo Domenyo Alokpa um direito de residência seria suscetível de privar os seus filhos menores do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao seu estatuto de cidadão da UE, obrigando-os a abandonarem o território da UE no seu todo<sup>384</sup> – ou seja, o critério inaugurado

---

<sup>379</sup> Cfr. acórdão *Alokpa*, cit., cons. 32 e 33.

<sup>380</sup> Acórdão *Alokpa*, cit., cons. 35.

<sup>381</sup> Cfr. acórdão *McCarthy*, cit., cons. 29.

<sup>382</sup> Cfr. Conclusões *Alokpa*, cit., cons. 54.

<sup>383</sup> Acórdão *Alokpa*, cit., cons. 35.

<sup>384</sup> O órgão jurisdicional de reenvio deu por assente que Adzo Domenyo Alokpa é a única pessoa com quem os menores mantiveram uma vida familiar desde que nasceram; o pai ter-se-á limitado a reconhecer os filhos no momento em que foram lavrados os respetivos assentos de nascimento, tornando possível a emissão dos respetivos documentos de identificação franceses – cfr. acórdão *Alokpa*, cit., cons. 18. Em contrapartida, como admitiu PAOLO

no acórdão *Zambrano* seria «reativado» em relação ao Estado-Membro da nacionalidade<sup>385</sup>. Nesta constelação, muito embora a situação seja, do ponto de vista factual, meramente interna (litígio que opõe cidadãos da UE ao respetivo Estado-Membro de nacionalidade), não deixa de estar abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE por efeito do critério inaugurado no acórdão *Zambrano* com o sentido que lhe foi, entretanto, cunhado em jurisprudência posterior. Assim, o TJ chama a atenção de que Adzo Domenyo Alokpa, na qualidade de mãe de dois cidadãos da UE menores e de pessoa que exerce sozinha a guarda efetiva destes últimos desde que nasceram, «*poderia beneficiar de um direito derivado de os acompanhar e de com eles residir no território francês*»<sup>386</sup>, direito, pois, fundado no estatuto de cidadão da UE dos seus filhos. Como alerta PAOLO MENGOZZI nas suas Conclusões, para as quais o TJ remete expressamente neste particular, solução inversa das autoridades francesas «privaria de efeito útil os direitos relacionados com o gozo pleno e absoluto do estatuto fundamental de cidadão da União.»<sup>387</sup>

Em relação ao acórdão *Alokpa*, o acórdão *NA*, por sua vez, deixa particularmente claro o caráter de *ultima ratio* do critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE

---

MENGOZZI (Conclusões *Alokpa*, cit., nota 22), a residência das crianças no território francês poderá proporcionar uma eventual aproximação com o pai. As delicadas questões colocadas em sede de respeito pela vida familiar e proteção dos direitos das crianças, que carecem de uma apreciação atenta das circunstâncias do caso concreto, terão estado na base da ausência de qualquer referência aos direitos fundamentais no acórdão. Repare-se que a questão prejudicial foi reformulada em termos que permitiram ao TJ abster-se de tecer considerações em matéria de direitos fundamentais e à sua relação com as disposições do direito primário relativas à cidadania – cfr. acórdão *Alokpa*, cit., cons. 19-21.

<sup>385</sup> A expressão é de MICHEL WATHELET (Conclusões *NA*, cit., cons. 109) retomando ANNE RIGAUX, «Regroupement familial», in *Europe*, n.º 12, 2013.

<sup>386</sup> Acórdão *Alokpa*, cit., cons. 34.

<sup>387</sup> Conclusões *Alokpa*, cit., cons. 54.

fundado no art. 20.º TFUE. Estava em causa o direito de residência no Reino Unido de uma nacional de um país terceiro (Paquistão), mãe de duas filhas menores, cidadãs da UE de nacionalidade alemã, nascidas no Reino Unido, Estado-Membro no qual sempre residiram, das quais obteve a guarda exclusiva após divórcio com um cidadão da UE<sup>388</sup>. Em razão das circunstâncias do caso concreto, foram três os fundamentos de DUE invocados para fundar um direito de residência no Reino Unido em benefício de NA – o acórdão está estruturado em conformidade.

Os dois primeiros fundamentos assentavam em duas disposições do direito derivado. No caso, NA havia casado em 2003 com KA, de nacionalidade alemã, tendo sido vítima de vários atos de violência doméstica durante o casamento; depois de KA ter deixado o Reino Unido para regressar ao Paquistão em 2006, NA deu início a um processo de divórcio no Reino Unido finalizado em 2009. Nessa medida, colocava-se a questão de saber se lhe era possível invocar o art. 13.º, n.º 2, c), da Diretiva 2004/38 para conservar o seu direito de residência no Reino Unido<sup>389</sup>. Com base numa interpretação literal, sistemática e teleológica da disposição, o TJ respondeu pela negativa na medida em que, no caso, o processo de divórcio se havia iniciado depois de KA ter deixado o Reino Unido. Na medida em que a disposição em causa contempla uma derrogação ao princípio pelo qual nem todos os nacionais de países terceiros beneficiam de direitos de entrada e de residência com base na Diretiva 2004/38, mas apenas os que são membros da família de um cidadão

---

<sup>388</sup> Cfr. acórdão NA, 30 de junho de 2016, Proc. C-115/15, EU:C:2016:487, cons. 15-29.

<sup>389</sup> Nos termos do art. 13.º, n.º 2, c), da Diretiva 2004/38, o divórcio, a anulação do casamento ou a cessação da parceria registada não implica a perda do direito de residência dos membros da família de um cidadão da UE que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro «desde que tal seja justificado por circunstâncias particularmente difíceis, como violência doméstica enquanto se mantinha o casamento ou a parceria registada».

da UE, o TJ concluiu que este último tem de residir no Estado-Membro de acolhimento até à data do início do processo de divórcio para que o nacional de um país terceiro possa invocar o art. 13.º, n.º 2, c), da Diretiva 2004/38<sup>390</sup>.

Em contrapartida, uma vez que, no caso, KA havia residido no Reino Unido na qualidade de trabalhador assalariado ou não assalariado, o TJ reconheceu às filhas do ex-casal um direito de residência no Reino Unido na qualidade de filhas de um ex-trabalhador migrante e, assim, com base no art. 12.º do Regulamento n.º 1612/68<sup>391</sup>: o direito dos filhos à igualdade de tratamento no acesso ao ensino aí previsto não depende da circunstância de o progenitor, ex-trabalhador migrante, residir no Estado-Membro de acolhimento no início e ao longo da escolaridade ou dos estudos dos filhos. Daqui resultava, em aplicação da jurisprudência *Baumbast*<sup>392</sup>, um direito de residência em benefício de NA pois recusar-lhe a possibilidade de permanecer no Reino Unido durante a escolaridade das filhas era «*suscetível de privar [estas últimas] de um direito que lhes foi reconhecido pelo legislador da União.*»<sup>393</sup>

Finalmente, o terceiro fundamento invocado assentava nas disposições dos arts. 20.º e 21.º TFUE. No que se refere à primeira, o TJ confirma de forma particularmente clara a sua qualidade de derradeiro *link* com o DUE: uma vez que tanto NA como as suas filhas beneficiam de um direito de residência no Reino Unido ao abrigo do art. 12.º do Regulamento n.º 1612/68, não se

---

<sup>390</sup> Cfr. acórdão NA, cit., cons. 31-51.

<sup>391</sup> Assim dispõe o art. 10.º, 1º parágrafo, do Regulamento (UE) n.º 492/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativo à livre circulação dos trabalhadores na União, JO L 141, 27. 05.2011, pp. 1-12, que codifica e substitui o Regulamento n.º 1612/68: «Os filhos de um nacional de um Estado-Membro que esteja ou tenha estado empregado no território de outro Estado-Membro são admitidos nos cursos de ensino geral, de aprendizagem e de formação profissional nas mesmas condições que os nacionais deste Estado, desde que residam no seu território.»

<sup>392</sup> Cfr. acórdão (TJ) *Baumbast*, 17 de setembro de 2002, Proc. C-413/99, EU:C:2002:493, cons. 71.

<sup>393</sup> Cfr. acórdão NA, cit., cons. 52-68, em especial 65.

encontrava preenchida «a primeira condição exigida para poder invocar um direito de residência no Estado-Membro de acolhimento, ao abrigo do artigo 20.º TFUE, conforme interpretado [no acórdão Zambrano]», qual seja, «que o interessado não beneficie de um direito de residência nesse Estado-Membro ao abrigo do direito derivado da União»<sup>394</sup>. Por sua vez, e seguindo a jurisprudência fixada no acórdão *Alokpa*, um direito de residência fundado no art. 21.º TFUE dependia da verificação das condições fixadas pela Diretiva 2004/38: caso as filhas de NA preencham as condições aí fixadas para gozarem de um direito de residência no Reino Unido<sup>395</sup>, não permitir que NA, que assegura a sua guarda efetiva, com elas resida nesse Estado-Membro «privaria de efeito útil o direito de residência» que é reconhecido às suas filhas enquanto cidadãos da UE pelo art. 21.º TFUE e nos termos da Diretiva 2004/38<sup>396</sup>. Na hipótese contrária, e como resulta do acórdão *Alokpa*, apesar de omissa no acórdão *NA*<sup>397</sup>, o art. 21.º TFUE não se oporia a que fosse recusado a NA um direito de residência no Reino Unido<sup>398</sup>.

---

<sup>394</sup> Acórdão *NA*, cit., cons. 74; cfr. cons. 70-73.

<sup>395</sup> Para o que caberia ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se dispunham, por elas próprios ou por intermédio da sua mãe, de recursos suficientes e de uma cobertura extensa de seguro de doença na aceção do art. 7.º, n.º 1, b), da Diretiva 2004/38 – cfr. acórdão *NA*, cit., cons. 75-78.

<sup>396</sup> Cfr. acórdão *NA*, cit., cons. 79-80.

<sup>397</sup> Sendo certo que o mesmo resultaria do art. 12.º do Regulamento n.º 1612/68. Esta circunstância explicará, porventura, o facto de, por um lado, os atos de violência doméstica durante o casamento não terem sido suficientemente sopesados na interpretação do art. 13.º, n.º 2, c), da Diretiva 2004/38, e de, por outro, não ter sido de todo ponderada a existência de uma declaração judicial pela qual afastar as menores do Reino Unido para o Estado-Membro da sua nacionalidade constituiria uma violação dos seus direitos reconhecidos no art. 8.º CEDH e no art. 7.º CDFUE (cfr. acórdão *NA*, cit., cons. 29).

Em ambas as frentes, o TJ afastou-se da opinião manifestada por MICHEL WATHELET nas suas Conclusões. No que toca à primeira questão (cfr. Conclusões *NA*, cit., cons. 63-82), o AG sublinhou, entre outros, que «uma interpretação que impusesse a presença do cônjuge cidadão da União no território do Estado-Membro de acolhimento até ao início do processo de divórcio não só seria restritiva como, além disso, privaria a disposição do seu efeito útil, que consiste

Por sua vez, os acórdãos *CS* e *Rendón Marín*, prolatados no mesmo dia, para além de confirmarem a abordagem seguida no acórdão *Alokpa*, têm em relação ao critério inaugurado no acórdão *Zambrano* o triplo efeito de reafirmação, considerando-o concretamente operante, de limitação, admitindo-lhe uma exceção, e de proteção, enquadrando restritivamente essa exceção. A particularidade dos litígios em causa residia no facto de aos nacionais de países terceiros, *CS* (nacional marroquina) e Alfredo Rendón Marín (nacional colombiano), ter sido notificado, respetivamente, uma decisão de expulsão e o indeferimento de um pedido de autorização de residência pelas autoridades competentes dos Estados-Membros (Reino Unido e Espanha) de residência e de nacionalidade dos filhos de tenra idade, de que asseguram sozinhos a guarda efetiva, em ambos os casos com fundamento nos respetivos antecedentes penais<sup>399</sup>. Na medida em que, por um lado, o filho de *CS* nunca

---

em transformar o direito de residência *derivado* de um membro da família de um cidadão da União num direito de residência pessoal em circunstâncias particulares que merecem ser protegidas» (cons. 75). Por sua vez, a referida declaração judicial foi especialmente ponderada na apreciação do critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE fundado no art. 20.º TFUE (cfr. Conclusões *NA*, cit., cons. 94-127). Dando expressão à lógica própria do processo de integração e à cidadania da UE que o sustenta, o AG apontou que «se o direito de circular e de se estabelecer é expressamente citado como um direito do cidadão da União nos artigos 20.º TFUE e 21.º TFUE, bem como no artigo 45.º da Carta, não pode ser negado a tal cidadão o facto de ter eventualmente criado noutro Estado-Membro diferente do seu, um vínculo real e duradouro mais significativo ou substancial do que no Estado-Membro do qual é nacional.» Sendo esse o caso em concreto, recusar às filhas de *NA* um direito de residência no Reino Unido com base no art. 20.º TFUE «privá-las-ia do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União», do que resultava *NA* obter, «indiretamente, um direito de residência derivado». O AG sublinha ainda a necessidade de, na apreciação deste critério, ter em conta uma eventual declaração judicial pela qual «a expulsão dos cidadãos da União em questão violaria o artigo 7.º da Carta ou o artigo 8.º, n.º 1, da CEDH» (cons. 112, 117 e 127).

<sup>398</sup> Cfr. acórdão *Alokpa*, cit., cons. 31, e também Conclusões *NA*, cit., cons. 62-93.

<sup>399</sup> Cfr. acórdãos (TJ) *CS*, 13 de setembro de 2016, Proc. C-304/14, EU:C:2016:674, cons. 12-18, e *Rendón Marín*, 13 de setembro de 2016, Proc. C-165/14, EU:C:2016:675, cons. 14-20. No que toca a este último caso, à data da decisão de reenvio (20 de março de 2014), Alfredo Rendón Marín aguardava decisão sobre um pedido de retirada da referência

havia exercido o seu direito de livre circulação e residência, sempre tendo residido no Reino Unido, o pedido de decisão prejudicial foi apreciado apenas à luz do art. 20.º TFUE e, em especial, do critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da UE<sup>400</sup>. Por outro lado, sendo Alfredo Rendón Marín pai de um rapaz, de nacionalidade espanhola, e de uma rapariga, de nacionalidade polaca, o TJ reformulou a questão prejudicial colocada de forma a analisar o quadro jurídico-factual em causa, primeiro, à luz do art. 21.º TFUE e da Diretiva 2004/38 e, depois, do art. 20.º TFUE<sup>401</sup>. Por essa razão, será primeiramente exposta a resposta dada pelo TJ ao primeiro problema levantado no caso *Rendón Marín* e, depois, a interpretação feita em ambos os acórdãos ao critério fundado no art. 20.º TFUE aqui em análise.

Em relação à situação da filha de Alfredo Rendón Marín, nacional polaca nascida em Espanha onde sempre residiu, o TJ aplicou a jurisprudência *Zhu Chen* atualizada à luz do acórdão *Aloka*<sup>402</sup>. Assim, preenchendo as condições fixadas na Diretiva 2004/38 para gozar de um direito de residência em

---

aos seus antecedentes penais do seu registo criminal, pedido que foi entretanto atendido favoravelmente, com a consequência de, após a apresentação de um pedido nesse sentido, lhe ter sido concedida uma autorização de residência temporária a título de circunstâncias excecionais com base no enraizamento familiar. Apesar disso, e em diálogo com o órgão jurisdicional de reenvio, o TJ considerou ainda útil dar resposta à questão prejudicial colocada pois a autorização de residência temporariamente concedida não equivalia ao pleno acolhimento da pretensão do requerente, para além de a impugnação judicial da decisão de indeferimento ainda estar pendente, tendo a sua decisão definitiva consequências que iam para além da própria concessão da autorização de residência, consequências como a concessão de uma indemnização pela perda de contratos de trabalho, de prestações sociais ou de contribuições para a segurança social, ou mesmo o reconhecimento ao requerente do direito a adquirir a nacionalidade espanhola – cfr. acórdão *Rendón Marín*, cit., cons. 24-32.

<sup>400</sup> Cfr. acórdão CS, cit., cons. 21-26.

<sup>401</sup> Cfr. acórdão *Rendón Marín*, cit., cons. 33-35.

<sup>402</sup> Cfr. acórdão *Rendón Marín*, cit., cons. 42-53.

Espanha<sup>403</sup>, não permitir que o seu pai, que assegurava a sua guarda efetiva, com ela residisse nesse Estado-Membro «*privaria de efeito útil o direito de residência*» que lhe é reconhecido enquanto cidadã da UE pelo art. 21.º TFUE e nos termos da Diretiva 2004/38, do que resultava o reconhecimento de um direito de residência derivado<sup>404</sup> em benefício de Alfredo Rendón Marín.

Havia, contudo, que apurar se o direito de residência derivado assim reconhecido a Alfredo Rendón Marín podia ser limitado nos termos do direito interno aplicável com fundamento nos seus antecedentes penais. A questão foi analisada à luz dos arts. 27.º e 28.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38 que enquadram a possibilidade de os Estados-Membros restringirem o exercício do direito de residência dos cidadãos da UE e dos membros das suas famílias, nomeadamente por razões de ordem pública, tendo o TJ chamado particularmente a atenção para o necessário respeito pelos direitos fundamentais aquando da decisão de tais medidas restritivas, especialmente os direitos fundamentais protegidos pelos arts. 7.º e 24.º CDFUE<sup>405</sup>. Foi especialmente relevante a disposição do n.º 2 do art. 27.º da Diretiva 2004/38 do qual resulta que «*a existência de condenações penais anteriores não pode, por si só, justificar a adoção de medidas de ordem pública*». A jurisprudência do TJ tem vindo a consolidar a interpretação pela qual o DUE se opõe a medidas restritivas do exercício do direito de residência adotadas «*de forma*

---

<sup>403</sup> Sem prejuízo de ter adquirido um direito de residência permanente em Espanha ao abrigo do art. 16.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38, havia que verificar se preenchia as condições definidas no art. 7.º, n.º 1, b), da mesma – cfr. acórdão *Rendón Marín*, cit., cons. 47 e 53.

<sup>404</sup> Em ambos os acórdãos em análise o TJ sublinha a natureza derivada dos direitos de residência reconhecidos aos nacionais de países terceiros, retomando aliás jurisprudência anterior aqui já mencionada – cfr. acórdão CS, cit., cons. 27 e 28, e *Rendón Marín*, cit., cons. 36.

<sup>405</sup> Cfr. acórdão *Rendón Marín*, cit., cons. 54-66.

*automática na sequência de uma condenação penal, sem ter em conta quer o comportamento pessoal do autor da infração quer o perigo que ele representa para a ordem pública»*<sup>406</sup>. Assim havia sucedido no caso em concreto: ao abrigo da legislação espanhola aplicável, o pedido de autorização de residência apresentado por Alfredo Rendón Marín havia sido indeferido «*de maneira automática sem tomar em conta a [sua] situação específica*» e, nomeadamente, a sua situação familiar à luz dos direitos fundamentais protegidos pelos arts. 7.º e 24.º CDFUE e do princípio da proporcionalidade<sup>407</sup>. Daqui resultava a desconformidade da decisão tomada em relação a Alfredo Rendón Marín à luz do art. 21.º TFUE e da Diretiva 2004/38<sup>408</sup>.

Para o caso de a filha de Alfredo Rendón Marín não preencher as condições fixadas na Diretiva 2004/38 e, em qualquer caso, no que respeita ao filho de Alfredo Rendón Marín, menor, que sempre residiu no Estado-Membro de que é nacional, à semelhança do filho de CS<sup>409</sup>, havia que apurar em ambos os casos se os nacionais de países terceiros podiam fundar no art. 20.º TFUE um direito de residência derivado. Em ambos os acórdãos, o TJ começa por

---

<sup>406</sup> Cfr. acórdão (TJ) *Comissão contra Alemanha*, 27 de abril de 2006, Proc. C-441/02, EU:C:2006:253, cons. 93; no mesmo sentido, em relação à segurança pública, cfr. acórdãos (TJ) *Tsakouridis*, 23 de novembro de 2010, Proc. C-145/09, EU:C:2010:708, cons. 48, e *P.I.*, 22 de maio de 2012, Proc. C-348/09, EU:C:2012:300, cons. 30 e 34. Sobre esta última jurisprudência, cfr., entre outros, GEORGIOS ANAGNOSTARAS, «Enhanced Protection of EU Nationals against Expulsion and the Concept of Public Security: Comment on the *PI* Case», in *European Law Review*, vol. 37, n.º 5, 2012, pp. 627-639; LOÏC AZOULAI e STEPHEN COUTTS, «Restricting Union citizen's residence rights on grounds of public security. Where Union citizenship and the AFFSJ meet: *P.I.*», in *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 553-570; DIMITRY KOCHENOV e BENEDIKT PIRKER, «Deporting the Citizens within the European Union: A Counter-Intuitive Trend in Case C-348/09, *P.I. v. Overbürgermeisterin der Stadt Remscheid*», in *Columbia Journal of European Law*, vol. 19, 2013, pp. 369-390.

<sup>407</sup> Cfr. acórdão *Rendón Marín*, cit., cons. 63-66.

<sup>408</sup> Cfr. acórdão *Rendón Marín*, cit., cons. 67.

<sup>409</sup> Cfr. acórdãos *Rendón Marín*, cit., cons. 68, e *CS*, cit., cons. 23-24.

reiterar o caráter particular e excecional do critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da UE cunhado na jurisprudência que se seguiu ao acórdão *Zambrano*<sup>410</sup>. Mas, à semelhança do que sucedeu neste acórdão, considerou o critério operante. As medidas nacionais em causa, a recusa em conceder a Alfredo Rendón Marín uma autorização de residência em Espanha e a expulsão de CS do Reino Unido, ambas decididas de forma automática em razão das respetivas condenações penais anteriores, tinham por efeito obrigar os seus filhos menores a abandonar o território da UE considerado no seu todo, privando-os do gozo efetivo do essencial dos seus direitos enquanto cidadãos da UE na aceção da jurisprudência *Zambrano*<sup>411</sup>.

Reafirmado o critério inaugurado no acórdão *Zambrano* e, assim, fundado no art. 20.º TFUE, em benefício de nacionais de países terceiros, progenitores de cidadãos da UE menores que não haviam exercido o seu direito de livre circulação e de que aqueles asseguravam a guarda efetiva, um direito de residência derivado no Estado-Membro da nacionalidade dos cidadãos da UE, havia, ainda, que apurar se esse mesmo direito seria

---

<sup>410</sup> Cfr. acórdãos *Rendón Marín*, cit., cons. 74-75, e CS, cit., cons. 29-30.

<sup>411</sup> Cfr. acórdãos *Rendón Marín*, cit., cons. 78 e 87, e CS, cit., cons. 31-33 e 50. No primeiro caso, foi levantada a hipótese de, em razão da nacionalidade da sua filha, Alfredo Rendón Marín e os seus filhos terem a possibilidade de viajar para a Polónia, de modo que uma recusa das autoridades espanholas em conceder-lhe um direito de residência não teria como consequência obrigar os seus filhos a abandonarem o território da UE considerado no seu todo. Sem prejuízo da apreciação a fazer pelo órgão jurisdicional de reenvio, o TJ sublinhou que Alfredo Rendón Marín não mantinha nenhuma relação com a família da mãe da sua filha, que, segundo ele, não residia na Polónia, e que nem ele nem os seus filhos conheciam a língua polaca. Antecipando, o TJ concluiu, com base nas informações de que dispunha, que «a situação em causa no processo principal é suscetível de causar, para os filhos de A. Rendón Marín, a privação do gozo efetivo do essencial dos direitos que o estatuto de cidadão da União lhes confere e que, por conseguinte, é abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União» – cfr. acórdão *Rendón Marín*, cit., cons. 15, 79 e 80.

suscetível de restrição em razão dos antecedentes penais dos nacionais de países terceiros em causa. Como fez notar o Reino Unido no processo CS, e como resulta evidente do exposto *supra* a respeito do acórdão *Rendón Marín*, «*não reconhecer a possibilidade de introduzir limitações a um direito de residência derivado que resulta diretamente do artigo 20.º TFUE (...) implica que um Estado-Membro não está em condições de expulsar um nacional de um Estado terceiro, culpado [da prática de uma infração penal], se este for progenitor de uma criança, cidadã da União, residente no Estado-Membro de que é nacional*», de modo que «*o nível de proteção contra o afastamento do território deste Estado-Membro seria mais elevado para um nacional de um Estado terceiro beneficiário de um direito de residência derivado do que para um cidadão da União*»<sup>412</sup>, ao qual se aplicaria o sistema instituído pelos arts. 27.º e 28.º da Diretiva 2004/38. Foi assim que o TJ admitiu uma exceção ao critério *Zambrano*: «*o artigo 20.º TFUE não afeta a possibilidade de os Estados-Membros invocarem uma exceção ligada, nomeadamente, à manutenção da ordem pública e à salvaguarda da segurança interna.*»<sup>413</sup> Não faria sentido que o TJ decidisse de outro modo em razão, por um lado, do disposto no art. 4.º, n.º 2, TUE<sup>414</sup> e, por outro, do sistema de proteção contra o afastamento instituído na Diretiva 2004/38 – se é necessário proteção contra o

---

<sup>412</sup> Acórdão CS, cit., cons. 35.

<sup>413</sup> Cfr. acórdãos *Rendón Marín*, cit., cons. 81, e CS, cit., cons. 36.

<sup>414</sup> Disposição nos termos da qual a UE deve, entre outros, respeitar «as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional», que continua sob a «exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro».

afastamento, é que a possibilidade de afastamento, muito embora enquadrada pelo DUE, existe/subsiste<sup>415</sup>.

Nem por isso daqui resulta um cheque em branco para os Estados-Membros excecionarem à jurisprudência *Zambrano*. É que, sendo o critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE operante, no sentido de integrar no âmbito de aplicação do DUE uma situação que não tem outro elemento de conexão relevante a não ser o estatuto de cidadão da UE, a situação em causa integra o âmbito de aplicação do DUE. Ao invocarem uma exceção de ordem pública ou de segurança interna, os Estados-Membros devem, por isso, respeitar o DUE e, nos termos seu art. 51.º, n.º 1, a CDFUE. Por isso, a possibilidade de derrogação ao direito de residência dos cidadãos da UE e dos membros das suas famílias reconhecida nos acórdãos *CS* e *Rendón Marín* deverá i) fundar-se em razões de «ordem pública» ou de «segurança pública», conceitos a ser interpretados em sentido estrito, de modo que «o seu alcance não pode ser determinado unilateralmente por cada um dos Estados-Membros sem fiscalização por parte das instituições da União»; ii) fundar-se numa apreciação casuística do comportamento do nacional do país terceiro em causa, a qual deverá revelar a

---

<sup>415</sup> O procedimento legislativo da Diretiva 2004/38 revela que o sistema de proteção absoluta contra o afastamento constante da proposta inicial da Comissão foi abandonado na sequência da posição comum do Conselho – cfr. Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao direito à livre circulação e residência dos cidadãos da União e membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, JO C 270E de 25.09.2001, pp. 150-160, em especial art. 26.º, n.º 2; e Posição Comum (CE) n.º 6/2004, de 5 de dezembro de 2003, adotada pelo Conselho deliberando nos termos do procedimento previsto no artigo 251.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, tendo em vista a adoção de uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, JO C 54E de 02.03.2004, pp. 12-32, parte III-C da Nota Justificativa (art. 28.º).

«existência de uma ameaça real, atual e suficientemente grave para a ordem pública ou segurança pública» e considerar «a duração e o caráter legal da residência do interessado no território do Estado-Membro em causa, a natureza e a gravidade da infração cometida, o grau de perigosidade atual do interessado para a sociedade, a idade da criança em causa e o seu estado de saúde, assim como a respetiva situação familiar e económica»; iii) respeitar os direitos fundamentais tal como protegidos pelo DUE, especialmente pelos arts. 7.º e 24.º CDFUE, tendo o TJ insistido na necessária consideração do interesse superior da criança, tendo em conta a sua idade, a sua situação no Estado-Membro em causa e o seu grau de dependência em relação ao progenitor; e iv) passar o teste da proporcionalidade, não podendo aquela derrogação resultar de maneira automática dos antecedentes penais do nacional de país terceiro em causa<sup>416</sup>.

Assim, só será conforme com o DUE a medida nacional – em concreto, a recusa em conceder a Alfredo Rendón Marín uma autorização de residência em Espanha e a expulsão de CS do Reino Unido – que «se basear na existência de uma ameaça real, atual e suficientemente grave para a ordem pública ou segurança pública, tendo em conta as infrações penais cometidas por um nacional de um Estado terceiro que tem a guarda exclusiva dos filhos, cidadãos da União», não parecendo ser esse o caso em nenhuma das situações em causa<sup>417</sup>. Da mesma forma como a jurisprudência tem vindo a sublinhar o caráter particular e excecional do critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da UE como elemento de conexão com o DUE e, assim, com a CDFUE, o rigor do

---

<sup>416</sup> Cfr. acórdãos *Rendón Marín*, cit., cons. 81-86, e CS, cit., cons. 36-49.

<sup>417</sup> Cfr. acórdãos *Rendón Marín*, cit., cons. 84 e 87, e CS, cit., cons. 40-45.

teste delineado pelo TJ nos acórdãos *CS* e *Rendón Marín* demonstra o caráter igualmente excepcional e particular das circunstâncias que permitirão aos Estados-Membros excecionar ao reconhecimento de um direito de residência derivado fundado nesse mesmo critério.

Resulta do sentido da jurisprudência traçado desde a prolação dos acórdãos *Rottmann* e *Zambrano* que, enquanto derradeiro *link* com o DUE, o critério da privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE opera quando o ato de autoridade pública em causa afeta *fundamentalmente* esse estatuto e o exercício dos direitos a ele associados, privando-o de qualquer efeito útil – por referência à afirmação reiterada na jurisprudência do TJ pela qual «o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros». Aproveitando as palavras de VERICA TRSTENJAK, a tutela efetiva da posição jurídica do cidadão da UE deve ficar «essencialmente prejudicada» ou «manifestamente ameaçad[a] no seu núcleo essencial»<sup>418</sup> para se estabelecer uma conexão com o DUE. No mesmo sentido, MACIEJ SZPUNAR propõe que o respeito do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE opere da mesma forma que o respeito do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, garantia aliás acolhida no art. 52.º, n.º 1, CDFUE, numa abordagem coerente também com a consagração desses mesmos direitos como direitos fundamentais no Título V da CDFUE. Assim, o critério inaugurado

---

<sup>418</sup> Conclusões *lida*, cit., cons. 62 e 64. No mesmo sentido, SARA IGLESIAS SÁNCHEZ conclui da jurisprudência *Rottmann* e *Zambrano* que integram o âmbito de aplicação do DUE casos nos quais «the core citizenship rights is negatively and strongly affected by any measure regardless of the existence of a cross-border link» – SARA IGLESIAS SÁNCHEZ, «The Court and the Charter...», cit., p. 1595.

no acórdão *Zambrano* e, por extensão, no acórdão *Rottmann*, operaria como «limite dos limites», no sentido se ser um «limite último e intransponível» a qualquer possível restrição do exercício dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE. Quando seja desrespeitado o conteúdo essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE ao ponto de este resultar «irreconhecível como tal», não sendo possível «falar de ‘restrição’ ao exercício dos referidos direitos, mas, pura e simplesmente, de ‘supressão’ dos mesmos», a situação em causa integraria o âmbito de aplicação do DUE mesmo na ausência de qualquer outro elemento de ligação<sup>419</sup>.

Foi esta a situação de cidadãos da UE, como Janko Rottmann, os filhos do casal Zambrano, o filho de CS e, dependendo de apreciação, os filhos de Alfredo Rendón Marín, confrontados com medidas adotadas pelos respetivos Estados-Membros de nacionalidade suscetíveis de acarretarem a perda do estatuto de cidadão da UE ou forçá-los a abandonarem o território da UE no seu todo. Pelo contrário, nos demais casos, apesar da proximidade das situações em causa com o DUE, as mesmas escapavam do seu âmbito de aplicação uma vez que o exercício do poder público não afetava *fundamentalmente* o estatuto de cidadão da UE dos interessados, nem o exercício de qualquer dos direitos a ele associado, que permaneciam, em si mesmos, intactos – a conexão com o DUE não era *suficiente*, mas meramente incidental ou eventualmente hipotética<sup>420</sup>.

---

<sup>419</sup> Cfr. Conclusões *Rendón Marín* e CS, MACIEJ SZPUNAR, 4 de fevereiro de 2016, Procs. C-165/14 e C-304/14, EU:C:2016:75, cons. 130.

<sup>420</sup> No acórdão *lida*, cit., cons. 77, o TJ reiterou que «a perspectiva puramente hipotética de exercício do direito de livre circulação não constitui umnexo suficiente com o direito da União para justificar a aplicação das suas disposições», o mesmo se aplicando às «perspetivas puramente hipotéticas de entrave ao referido direito».

Se, em *Rottmann e Zambrano*, o TJ concede em alargar o âmbito de aplicação do DUE, tem vindo, em jurisprudência posterior, a restringir o alcance do elemento de conexão com o DUE que lhe dá suporte. Após a prolação do acórdão *Zambrano*, alguma doutrina, encabeçada por ARMIN VON BOGDANDY, sugeriu um «reverso da doutrina *Solange*» no sentido de que, para além dos limites do art. 51.º, n.º 1, CDFUE (em situações meramente internas), os Estados-Membros conservariam a sua competência em sede de direitos fundamentais, desde que respeitada a essência dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE, que incluiria, com base no art. 2.º TUE, os direitos fundamentais; deste modo, a violação sistémica dos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da UE por um Estado-Membro seria considerada uma violação da substância da cidadania da UE, permitindo a aplicação do padrão de jusfundamentalidade da UE e, em especial, da CDFUE, sem que o interessado tivesse de demonstrar outra conexão com o DUE que não o seu estatuto de cidadão da UE<sup>421</sup>. À primeira vista, as implicações da jurisprudência *Zambrano* eram positivas. Eram, contudo, especialmente (apesar de indiretamente) positivas para nacionais de países terceiros membros da família de cidadãos da UE estáticos, limitando as escolhas

---

<sup>421</sup> Assim se impõe em razão do «respeito pelos direitos do Homem» exigido pelo art. 2.º TUE que não conhece limitação semelhante à do art. 51.º n.º 1, CDFUE – cfr. ARMÍN VON BOGDANDY, *et. al.*, «Reverse Solange - protecting the essence of fundamental rights against EU Member States», in *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, pp. 491 e 500-514. Uma proposta semelhante havia sido formulada por MIGUEL POIARES MADURO: as «violações graves e continuadas que evidenciam um problema de natureza sistémica na protecção dos direitos fundamentais» num Estado-Membro 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», assim fundando a competência para o Tribunal de Justiça «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» – cfr. Conclusões *Centro Europa*, MIGUEL POIARES MADURO, 12 de setembro de 2007, Proc. C-380/05, EU:C:2007:505, cons. 18-22.

políticas dos Estados-Membros em matéria de nacionalidade e de imigração e, por isso, despoletando consequências inversas: os Estados-Membros tenderiam a restringir as condições de acesso à nacionalidade e, assim, à cidadania da UE, bem como a restringir as condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros e dos membros da sua família<sup>422</sup>. O TJ terá sido sensível ao “mau espírito dos tempos”, não tendo ainda dado o salto qualitativo desejado em sede de cidadania e direitos fundamentais.

Uma última nota a registar. Muito embora o critério inaugurado no acórdão *Zambrano* tenha sido, até o momento, essencialmente desenvolvido tendo por referência o direito de livre circulação e residência dos cidadãos da UE, nada impede a sua aplicação a qualquer outro dos direitos associados ao estatuto de cidadão da UE<sup>423</sup> – sendo certo que não é necessário estar em causa a privação do gozo efetivo do essencial de *todos eles*<sup>424</sup>. A questão está em saber quais. Apenas os direitos listados no art. 20.º, n.º 2, TFUE e concretizados nos arts. 21.º a 24.º TFUE? O carácter não taxativo do enunciado do art. 20.º, n.º 2, TFUE («nomeadamente») aponta em sentido contrário. Será

---

<sup>422</sup> Assim, cfr. NATHAN CAMBIEN, «The scope of EU law in recent ECJ case law...», cit., pp. 137-142. O Autor dá conta que, após a prolação do acórdão *Zambrano*, uma alteração legislativa na Bélgica restringiu as condições de reunificação familiar; em particular, a referida alteração, embora contemplando a solução fixada no acórdão *Zambrano*, prevê condições de reunificação familiar para os nacionais belgas mais restritivas e não aplicáveis a nacionais de outros Estados-Membros residentes na Bélgica – multiplicando, desta forma, os casos de discriminação inversa.

<sup>423</sup> SEBASTIEN PLATON problematiza a aplicabilidade da jurisprudência *Rottmann* e *Zambrano* aos direitos de participação nas eleições para o Parlamento Europeu e nas eleições municipais formulando a seguinte interrogação: «serait-il possible d'interdire à l'Etat, sur le fondement du droit de l'Union, de poser des conditions exagérément restrictives au droit de vote et d'éligibilité de ses propres ressortissants aux élections européennes et municipales, au motif que ces restrictions affecteraient indirectement la jouissance effective des droits politiques des ressortissants des autres Etats membres résidant dans cette Etat?» – SEBASTIEN PLATON, «Le champ d'application des droits du citoyen européen...», cit., p. 44.

<sup>424</sup> Basta, para tanto, ter em conta que, no caso *Zambrano*, o direito à proteção diplomática e consular consagrado no art. 23.º TFUE não era de todo afetado – neste sentido, cfr. KOEN LENAERTS, «'Civis Europaeus Sum'...», cit., p. 226.

de considerar, neste contexto, o disposto no art. 18.º TFUE relativo à não discriminação em razão da nacionalidade? Uma resposta positiva forneceria, com fundamento no DUE, solução (proibitiva) para o problema das discriminações inversas<sup>425</sup>, solução para a qual o TJ ainda não avançou – e as discriminações inversas continuam do foro estritamente doméstico<sup>426</sup>. Serão de considerar os direitos fundamentais consagrados na CDFUE como direitos associados ao estatuto de cidadão da UE para esse mesmo fim – o de chamar a aplicação do DUE em caso de privação do gozo efetivo do seu conteúdo essencial? Infelizmente, a jurisprudência *Dereci* responde pela negativa e o «reverso da doutrina *Solange*» ainda se faz esperar.

---

<sup>425</sup> Indo ao encontro da sugestão feita por ELEANOR SHARPSTON de interpretar o art. 18.º TFUE no sentido de proibir «a discriminação inversa causada pela interação entre o artigo 21.º TFUE e o direito nacional que implica a violação de um direito fundamental protegido pelo direito da UE, quando não estiver prevista uma protecção pelo menos equivalente no direito nacional» – Conclusões *Zambrano*, cit., cons. 144. A proposta da AG pressupõe que o DUE «assumiria a responsabilidade de remediar as consequências da discriminação inversa causada pela interação do direito da UE com o direito nacional somente nos casos em que essas consequências fossem incoerentes com os níveis de protecção mínimos estabelecidos pela CEDH» (cons. 147), o que, por ignorar o princípio do nível de protecção mais elevado consagrado no art. 53.º CDFUE, é criticado por ALESSANDRA SILVEIRA: «o art. 18.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que proíbe a discriminação inversa causada pela interação entre o art. 21.º TFUE e o direito nacional, desde que tal implique a violação dos direitos fundamentais da cidadania, *maxime* dos direitos fundamentais protegidos pelo direito da União, nos termos da protecção mais elevada decorrente do art. 53.º da CDFUE» – ALESSANDRA SILVEIRA, «Cidadania e Jusfundamentalidade na União Europeia...», cit., pp. 966-969.

<sup>426</sup> Muito embora o DUE não seja aplicável a situações meramente internas desta índole, o TJ poderá, contudo, auxiliar os órgãos jurisdicionais nacionais na interpretação do DUE pertinente caso o mesmo seja de aplicar no caso concreto por força do direito interno – cfr., por exemplo, acórdãos (TJ) *Guimont*, 5 de dezembro de 2000, Proc. C-448/98, EU:C:2000:663, cons. 23; *Reisch*, 5 de março de 2002, Procs. C-515/99, C-519/99 a C-524/99 e C-526/99 a C-540/99, EU:C:2002:135, cons. 26; *Anomar*, 11 de setembro de 2003, Proc. C-6/01, EU:C:2003:446, cons. 41; *Cipolla*, 5 de dezembro de 2006, Procs. C-94/04 e C-202/04, EU:C:2006:758, cons. 30; *Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon*, cit., cons. 38-40; *Blanco Pérez*, 1 de junho de 2010, Procs. C-570/07 e C-571/07, EU:C:2010:300, cons. 39 – e jurisprudência aí mencionada.

#### 4. Considerações conclusivas

Devidamente interpretado, e tal como tem sido assumidamente confirmado pela jurisprudência do TJ, o art. 51.º, n.º 1, CDFUE faz coerentemente *coincidir o âmbito de aplicação da CDFUE com o âmbito de aplicação do DUE*. O art. 51.º, n.º 1, CDFUE vincula os Estados-Membros à CDFUE sempre que a situação em análise, e o exercício do poder público que está na sua origem, recaia no âmbito de aplicação do DUE. A subsistência deste critério – que só por via de revisão dos Tratados poderá ser retirado<sup>427</sup> – revela que a UE não está disposta a monopolizar o controlo jusfundamental do exercício do poder público pelos Estados-Membros, reconhecendo existirem situações que escapam do âmbito de aplicação do DUE e, assim, da CDFUE. Daqui se podem extrair algumas conclusões.

(i) A CDFUE só se aplica quando for aplicável o DUE, ou seja, *a CDFUE não é um instrumento de proteção dos direitos fundamentais de aplicação*

---

<sup>427</sup> Como admite e propõe VIVIANE REDING: «A very ambitious Treaty amendment – which I would personally favour for the next round of Treaty change – would be abolishing Article 51 of our Charter of Fundamental Rights, so as to make all fundamental rights directly applicable in the Member States, including the right to effective judicial review (Article 47 of the Charter). I have raised this idea already in a speech at the FIDE Congress in Tallinn in May 2012. This would open up the possibility for the Commission to bring infringement actions for violations of fundamental rights by Member States even if they are not acting in the implementation of EU law. I admit that this would be a very big federalising step. It took the United States more than 100 years until the first ten amendments started to be applied to the states by the Supreme Court.» – VIVIANE REDING, Discurso de 4 de setembro de 2013 proferido no âmbito do seminário «The EU and the Rule of Law – What next?» organizado pela COMISSÃO EUROPEIA em Bruxelas, p. 11 [[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-677\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-677_en.htm?locale=en)].

Equacionando a hipótese à luz do «modelo de pluralismo constitucional ou de interconstitucionalidade» em construção na UE, cfr. ALESSANDRA SILVEIRA, «Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais», cit., pp. 51-57.

A eliminação do critério «quando apliquem o direito da União» implicaria a aplicabilidade da CDFUE fora do âmbito de aplicação do DUE, em casos estritamente domésticos, mas tal não significaria, contudo, que os particulares ganhariam acesso direto ao TJ quando os seus direitos fundamentais fossem postos em causa, ficando, pelo contrário, inalteradas as competências do TJ, especialmente em sede de reenvio prejudicial, como explica NÓRA CHRONOWSKI, *Enhancing the scope of the Charter...*, cit., p. 10.

*autónoma, nem de alcance geral* – nem nunca almejou sê-lo. Persistem, pois, «zonas de não-direito da União»<sup>428</sup>, matérias e situações de natureza estritamente doméstica, que escapam do âmbito de aplicação do DUE e, assim, da CDFUE<sup>429</sup>. Ao limitar a vinculação dos Estados-Membros à CDFUE «apenas quando apliquem direito da União», o art. 51.º, n.º 1, CDFUE tranquiliza os Estados-Membros no sentido de que, no respeito pelo princípio da atribuição de competências, a CDFUE não cria «“free-standing” fundamental rights» que substituam os sistemas jurídico-constitucionais nacionais de proteção dos direitos fundamentais<sup>430</sup>.

É assim que, para determinar o âmbito de aplicação do DUE para efeitos do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, é necessário partir da consideração do *âmbito das competências atribuídas à UE*. E uma vez que a CDFUE não cria nem modifica as competências da UE (art. 51.º, n.º 2, CDFUE), nenhuma das suas disposições pode ser invocada para servir de base a uma competência da UE<sup>431</sup> – e, em particular, para servir de base à competência do TJ para conhecer de uma situação não abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE<sup>432</sup>. Assim, a CDFUE apenas vincula os Estados-Membros através do DUE. O mesmo é dizer que a CDFUE é consequência da aplicabilidade do DUE num determinado caso, mas não é a sua causa, ou seja, não determina ela própria a aplicabilidade do DUE.

---

<sup>428</sup> SEBASTIEN PLATON, «Le champ d'application des droits du citoyen européen...», cit., p. 26 (tradução livre).

<sup>429</sup> Emergem na doutrina vozes no sentido da aplicabilidade geral da CDFUE, ou seja, independentemente da aplicabilidade do DUE e, assim, extensiva a casos de natureza estritamente doméstica. Contudo, na ausência de uma revisão dos Tratados, ou, quiçá, de um acórdão do TJ nesse sentido, tal salto qualitativo ainda está por dar.

<sup>430</sup> KOEN LENAERTS e JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ-FONS, «The Place of the Charter...», cit., p. 1592.

<sup>431</sup> Cfr. acórdão *Dereci*, cit., cons. 69-72.

<sup>432</sup> Cfr. acórdão *Fransson*, cit., cons. 22.

Contudo, como sublinhou o TJ, «*o simples facto de uma medida nacional dizer respeito a um domínio em que a União dispõe de competências não é suscetível de a integrar no âmbito de aplicação do direito da União e, assim, implicar a aplicabilidade da Carta*»<sup>433</sup>. Deste modo, a consideração das competências atribuídas à UE constitui um ponto de partida para aferir da aplicabilidade do DUE e, assim, da CDFUE, sendo, em última análise, determinante a *intensidade da ligação entre a situação jurídica em causa e o DUE relevante* e, em particular, o impacto que a manifestação do poder público estadual em causa tem na aplicação do DUE e no exercício dos direitos que este reconhece aos particulares.

Importa, pois, que, para a resolução da situação em causa, seja necessária a interpretação ou a aplicação de uma «*regra do direito da União diferente da que figura na Carta*.»<sup>434</sup> Poderá tratar-se de qualquer regra ou de um princípio de DUE, de direito primário ou derivado ou de origem jurisprudencial, identificado de forma clara (por exemplo, uma disposição constante de um regulamento ou de uma diretiva) ou por via interpretativa. Importa que, *tendo em conta todo o quadro jurídico e factual relevante, se conclua pela existência de um nexo de ligação suficiente entre a situação sub judice e o DUE*, uma conexão que não seja de mera proximidade, incidental ou indireta, nem hipotética<sup>435</sup>.

Em especial, *o estatuto (fundamental) de cidadão da UE pode constituir conexão suficiente com o DUE* e, assim, com o padrão de jusfundamentalidade da UE, em situações nas quais nenhum outro elemento de ligação com o DUE

---

<sup>433</sup> Acórdão *Julian Hernández*, cit., cons. 36.

<sup>434</sup> Entre outros, acórdão *Torralbo Marcos*, cit., cons. 33.

<sup>435</sup> Cfr. acórdão *Siragusa*, cit., cons. 24.

seja evidente, nomeadamente na ausência de um elemento transfronteiriço. Mais uma vez, será a intensidade com que o exercício do poder público estadual afeta o estatuto de cidadão da UE e o exercício dos direitos a ele associados que determina a aplicação do DUE: determinam a aplicação do DUE para efeitos do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, medidas nacionais suscetíveis de, *de iure ou de facto*, implicar a *privação do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da União*<sup>436</sup>. O TJ tem sido, contudo, especialmente cuidadoso em preservar o caráter particular e excecional deste elemento de conexão com o DUE, reservando-o a situações nas quais o ato de autoridade pública em causa afeta fundamentalmente o estatuto de cidadão da UE e o exercício dos direitos a ele associados, privando-o de qualquer efeito útil.

(ii) Mas, e em qualquer caso, quando o DUE é aplicável, a CDFUE também se aplica, ou seja, a *CDFUE é um instrumento de proteção dos direitos fundamentais de aplicação automática nas situações abrangidas pelo âmbito de aplicação do DUE*. Não podem existir situações abrangidas pelo âmbito de aplicação do DUE excluídas do âmbito de aplicação da CDFUE: dentro do âmbito de aplicação do DUE, a proteção jusfundamental opera dentro da «*rede estruturada*»<sup>437</sup> de proteção dos direitos fundamentais arquitetada pelo art. 6.º

---

<sup>436</sup> Ou a “simples” *restrição* ao exercício do direito de livre circulação e residência, muito embora ainda esteja por esclarecer o real sentido do duplo critério «efeito de privação» e «efeito de entrave/restricção» que resulta do acórdão *McCarthy*, cit., cons. 49. Mesmo interpretando o enunciado deste duplo critério como uma flexibilização da jurisprudência *Zambrano*, como sugere PAOLO MENGGOZZI (Tomada de Posição *Dereci*, cit., nota 21), nem por isso o TJ se mostra disposto a aplicar este critério de forma generosa, como o demonstra a argumentação tecida no acórdão *lida*, cit., cons. 74, 75 e 77.

<sup>437</sup> Parecer 2/13, cit., cons. 167.

TUE que integra, então, a CDFUE com força jurídica vinculativa desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

Aqui reside o verdadeiro sentido da centralidade da CDFUE no sistema de proteção dos direitos fundamentais da UE. Estando em causa uma situação abrangida pelo âmbito de aplicação do DUE, o padrão de jusfundamentalidade relevante será o determinado pela CDFUE, incluindo no que toca à determinação do nível de proteção mais elevado nos termos do art. 53.º CDFUE. E a interpretação dada pelo TJ a este preceito revela a sua disposição em ceder lugar aos «*padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais*» sem abdicar, contudo, do «*nível de proteção previsto pela Carta*», nem do «*primado, [d]a unidade e [d]a efetividade do direito da União.*»<sup>438</sup>

A leitura conjugada dos acórdãos *Fransson* e *Melloni* a respeito da interpretação desta disposição permite, em particular, distinguir duas situações à luz de um critério já amplamente conhecido da jurisprudência do TJ<sup>439</sup>, se bem que não inteiramente isento de problemas – o da margem de apreciação deixada pelo DUE aos Estados-Membros. Recordem-se os termos empregues: «*a ação dos Estados-Membros não é inteiramente determinada pelo direito da União*» e o «*ato do direito da União exige medidas nacionais de execução*»<sup>440</sup>.

Assim, sendo a ação dos Estados-Membros inteiramente determinada/ regulada pelo DUE, de modo que o ato do DUE em causa não carece de

---

<sup>438</sup> Cfr. acórdãos *Fransson*, cit., cons. 29, e *Melloni*, cit., cons. 60.

<sup>439</sup> Especialmente em sede de responsabilidade dos Estados-Membros por violação do DUE em que a margem de apreciação deixada aos Estados-Membros pela norma do DUE alegadamente violada é «*critério decisivo*» para apreciar a natureza suficientemente caracterizada da violação do DUE – cfr., entre outros, acórdãos (TJ) *Brasserie du Pêcheur*, 5 de março de 1996, Procs. C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79, cons. 55; *Haim*, 4 de julho de 2000, Proc. C-424/97, EU:C:2000:357, cons. 38 e 40; *Robins*, 25 de janeiro de 2007, Proc. C-278/05, EU:C:2007:56, cons. 70-73; e *Synthon BV*, 16 de outubro de 2008, Proc. C-452/06, EU:C:2008:565, cons. 37-39.

<sup>440</sup> Cfr. acórdãos *Fransson*, cit., cons. 29, e *Melloni*, cit., cons. 60, respetivamente.

medidas nacionais de execução, a proteção dos direitos fundamentais há de aferir-se à luz do nível de proteção garantido pelo DUE e, em particular, na CDFUE. Nesta configuração, não serão aplicáveis os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, mesmo que determinem um nível mais elevado de proteção do que o garantido pela CDFUE<sup>441</sup>. Assim sucedia no caso *Melloni*: a disposição do DUE em causa não deixava margem de apreciação aos Estados-Membros para a execução de um mandado de detenção europeu, não sendo possível, com base no art. 53.º CDFUE, subordinar a execução de um mandado ao respeito pelos direitos fundamentais tal como garantidos pela constituição do Estado-Membro de execução<sup>442</sup>. Como explicam KOEN LENAERTS e JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ-FONS, nestes casos, o ato do DUE já reflete um consenso quanto ao nível de proteção dos direitos fundamentais a respeitar no respetivo âmbito de aplicação: aquando da adoção do ato em causa, o legislador da UE ponderou os interesses gerais da UE prosseguidos e a proteção dos direitos fundamentais e, no respeito pela CDFUE<sup>443</sup>, fixou o nível de proteção aplicável; por conseguinte, a aplicação de padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, se bem que mais elevados, poria em causa o primado, a unidade e a efetividade do DUE<sup>444</sup>. Resulta, ao mesmo tempo, acrescida a responsabilidade da UE em sede de proteção dos direitos fundamentais: se é a UE, através dos processos políticos que lhe são próprios, que fixa uniformemente o nível de proteção dos direitos

---

<sup>441</sup> Neste sentido, cfr. ANGELA WARD, «Article 51», cit., p. 1419.

<sup>442</sup> Cfr. acórdão *Melloni*, cit., cons. 40 e 61-64.

<sup>443</sup> Repare-se que, no acórdão *Melloni*, o TJ não deixou de apreciar o art. 4.º-A, n.º 1, da Decisão-Quadro 2002/584 à luz dos direitos fundamentais protegidos pelo art. 47.º e 48.º, n.º 2, CDFUE, concluindo que o primeiro respeitava as exigências daí decorrentes – cfr. acórdão *Melloni*, cit., cons. 47-54.

<sup>444</sup> KOEN LENAERTS e JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ-FONS, «The Place of the Charter...», cit., p. 1591.

fundamentais a respeitar num certo domínio, cabe-lhe proporcionar um nível de proteção elevado que permita conciliar o primado, a unidade e a efetividade do DUE e a necessária proteção dos direitos fundamentais das pessoas suscetíveis de serem afetadas pela aplicação do ato do DUE em causa.

Pelo contrário, não sendo a ação dos Estados-Membros inteiramente determinada/regulada pelo DUE, de modo que o ato do DUE em causa carece de medidas nacionais de execução, é possível a aplicação dos padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais. Nestes casos, da mesma forma que a atuação dos Estados-Membros é complementarmente regulada pelo DUE e pelos respetivos direitos internos, o mesmo se verifica no que toca à proteção dos direitos fundamentais. Assim sucedia no caso *Fransson*: na medida em que o DUE reconhece uma certa margem de apreciação aos Estados-Membros no cumprimento da sua obrigação de punir de forma efetiva os comportamentos atentatórios dos interesses financeiros da UE, de modo que, em concreto, o direito (sancionatório) nacional encontrava-se ao serviço dos objetivos fixados pelo DUE em sede de IVA, é possível, com base no art. 53.º CDFUE, às autoridades e aos órgãos jurisdicionais nacionais aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais<sup>445</sup>. Assim, quando o ato do DUE deixa uma certa margem de apreciação aos Estados-Membros, tanto a CDFUE como os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais serão concorrentemente mobilizáveis, sendo concretamente aplicável, nos termos do art. 53.º CDFUE, o padrão que oferece um nível mais elevado de proteção. A aplicação dos padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais não é, contudo, absoluta, não podendo comprometer

---

<sup>445</sup> Cfr. acórdão *Fransson*, cit., cons. 25-29.

nem «o nível de proteção previsto pela Carta, conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça»<sup>446</sup> (ou seja, os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais deverão assegurar um nível mais elevado de proteção do que o garantido ao abrigo da CDFUE), nem «o primado, a unidade e a efetividade do direito da União» (resultando a CDFUE aplicável para a salvaguarda de princípios estruturantes da ordem jurídica da UE<sup>447</sup> ou dos objetivos prosseguidos pelo legislador da UE naquele domínio<sup>448</sup>).

A estas duas situações acresce uma terceira, aquela referida no início da presente exposição: matérias e situações de natureza estritamente doméstica, que escapam do âmbito de aplicação do DUE e, assim, da CDFUE. Decorre da jurisprudência aqui analisada que estas «zonas de não-direito da União»<sup>449</sup> correspondem a «zonas de não-CDFUE». A tal conclusão chegou o TJ nos acórdãos *Siragusa*<sup>450</sup>, *Julian Hernández*<sup>451</sup>, *Willems*<sup>452</sup> e, recentemente, no acórdão *X e X*<sup>453</sup>, numa abordagem não inteiramente isenta de críticas. Em todo o caso, nas situações que escapam do âmbito de aplicação do DUE e, assim, da CDFUE, haverá lugar à aplicação exclusiva dos padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, mesmo que menos elevados em relação à CDFUE, e sem prejuízo do seu escrutínio à luz da CEDH, nos termos do regime próprio deste instrumento.

---

<sup>446</sup> Cfr. acórdãos *Fransson*, cit., cons. 29, e *Melloni*, cit., cons. 60.

<sup>447</sup> Assim, DANIEL SARMIENTO, «Who's afraid of the Charter?...», cit., p. 1295.

<sup>448</sup> Assim, KOEN LENAERTS e JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ-FONS, «The Place of the Charter...», cit., p. 1591.

<sup>449</sup> SEBASTIEN PLATON, «Le champ d'application des droits du citoyen européen...», cit., p. 26 (tradução livre).

<sup>450</sup> Cfr. acórdão *Siragusa*, cit., cons. 24-36.

<sup>451</sup> Cfr. acórdão *Julian Hernández*, cit., 37-47.

<sup>452</sup> Cfr. acórdão *Willems*, cit., 47-51.

<sup>453</sup> Cfr. acórdão *X e X*, cit., cons. 43-45.

Como a nossa exposição<sup>454</sup> procurou demonstrar, determinar em cada caso se uma dada situação se encontra inteiramente regulada pelo DUE, complementarmente regulada por este e pelos direitos internos dos Estados-Membros, ou não é de todo regulada pelo DUE, para efeitos de qualificá-la, ou não, para a proteção dos direitos fundamentais ao abrigo do DUE e, em particular, para o nível de proteção que o DUE determinar aplicável, continua tarefa esfíngica – sem, contudo, acarretar o fatídico desfecho do enigma não decifrado... Aproveitando as sugestivas palavras de ANGELA WARD, determinar «just how ‘EU-heavy’ the subject matter of the litigation need to be before it comes to be governed by the Charter»<sup>455</sup>, continua um *work in progress* jurisprudencial. Atendendo à interdependência entre as ordens jurídicas envolvidas – a da UE e as dos Estados-Membros – e à conseqüente fluidez na delimitação das respetivas fronteiras, é o resultado inevitável. Apesar dos impulsos políticos na origem da redação, da proclamação e do início de vigência da CDFUE, esta está longe de apagar o protagonismo do TJ enquanto «*political body*»<sup>456</sup> na definição dos rumos da proteção dos direitos fundamentais no âmbito da UE e, com ela, do processo integrativo – protagonismo que só beneficiará dos reptos lançados pelos órgãos jurisdicionais nacionais por via do processo das questões prejudiciais.

---

<sup>454</sup> De alcance limitado à análise da cláusula do art. 51.º, n.º 1, da CDFUE na parte em que se refere à vinculação dos Estados-Membros às disposições da CDFUE, e à sua interpretação jurisprudencial, a exposição referiu-se ao âmbito de aplicação *geral* da CDFUE, não cuidando de algumas disposições espalhadas pela CDFUE cujo âmbito subjetivo passivo de aplicação fica aquém do disposto no art. 51.º, n.º 1, CDFUE, circunscrevendo-se à atuação das instituições, dos órgãos e dos organismos da UE, com exclusão, pois, dos Estados-Membros, mesmo quando atuam no âmbito de aplicação do DUE. A consideração destas disposições, como, por exemplo, as do art. 41.º CDFUE («Direito a uma boa administração»), reforçaria as considerações conclusivas tecidas em texto.

<sup>455</sup> ANGELA WARD, «Article 51», cit., p. 1452.

<sup>456</sup> Assim, cfr. JOHN MORIJN, «Judicial Reference to the EU Fundamental Rights Charter...», cit., pp. 18 e 19.

Não é, apesar disso, o resultado mais satisfatório do ponto de vista da segurança jurídica e do sentido de previsibilidade em sede de proteção dos direitos fundamentais que a redação da CDFUE, e especialmente das disposições do seu Título VII, pretendia inculcar. Com efeito, é um resultado que largamente depende do circunstancialismo próprio à apreciação casuística e, especificamente, da imprevisibilidade da vida privada das pessoas envolvidas em cada caso e em cada momento<sup>457</sup>. Compor uma construção sistemática dos princípios relativos à aplicabilidade da CDFUE ainda pertence ao mundo das propostas e acaba por suscitar mais questões do que fornecer respostas<sup>458</sup>.

Determinar a presença ou a ausência de uma conexão com o DUE revela-se, assim, tarefa tão complexa como crucial, considerando as suas implicações para a vinculação dos Estados-Membros à CDFUE nos termos do seu art. 51.º, n.º 1, com repercussões significativas na alocação de competências entre a UE e os Estados-Membros em sede de proteção dos direitos fundamentais. Aqui reside a razão última das tendências da jurisprudência mais recente do TJ, tendente a sustentar o impacto da CDFUE no controlo jusfundamental do exercício do poder público pelos Estados-Membros, não por via de uma interpretação restritiva do âmbito de aplicação da própria CDFUE, mas por via de uma compreensão pontualmente redutora do conceito de «(âmbito de) aplicação do direito da União». Com efeito, quanto mais ampla for a interpretação da conexão com o DUE, maior será o âmbito de aplicação

---

<sup>457</sup> PAOLO MENGOZZI, na sua tomada de posição nos casos na origem do acórdão *Dereci*, admite que a resposta por si proposta, especificamente no que toca à família *Dereci*, seria diferente «se determinadas circunstâncias factuais fossem diferentes» – cfr. Tomada de Posição *Dereci*, cit., cons. 47 e 48.

<sup>458</sup> Neste sentido, SARA IGLESIAS SÁNCHEZ, «The Court and the Charter...», cit., p. 1609. Formulando uma proposta, cfr. ANGELA WARD, «Article 51», cit., pp. 1452-1453.

do DUE e menor o âmbito competencial dos Estados-Membros no domínio dos direitos fundamentais<sup>459</sup>.

Uma orientação mais generosa na determinação do âmbito de aplicação do DUE para efeitos de proteção dos direitos fundamentais permitiria, a prazo, afinar o sentido da cidadania da UE e da fundamentalidade do estatuto de cidadão da UE, aprofundando o sentimento de comunidade, forjando quiçá uma identidade europeia. No imediato, contudo, uma mais ampla aplicação da CDFUE deslocaria o foco de atenção da interpretação do art. 51.º, n.º 1, CDFUE para a interpretação do art. 53.º CDFUE e, assim, da alocação vertical de competências entre a UE e os Estados-Membros em sede de proteção dos direitos fundamentais para a mais delicada tarefa de determinação de um padrão mais elevado de proteção dos direitos fundamentais.

Se, por um lado, a lógica do art. 51.º, n.º 1, CDFUE é o da salvaguarda da autonomia de ordens jurídicas, da UE e dos Estados-Membros, a lógica do art. 53.º CDFUE é, por outro, o da interação de ordens jurídicas autónomas, uma abordagem da proteção dos direitos fundamentais que pressupõe relações não hierárquicas entre ordens jurídicas e instituições (especialmente entre os respetivos órgãos jurisdicionais)<sup>460</sup> e prefere a cooperação leal ao

---

<sup>459</sup> Assim, KOEN LENAERTS, «*Civis Europaeus Sumi*...», cit., p. 215.

<sup>460</sup> É, a propósito, sugestiva a imagem do «direito contrapontual» proposta por MIGUEL POIARES MADURO para demonstrar as vantagens de uma conceção pluralista da ordem jurídica da UE: em DUE, impõe-se aprender a lidar com a relação não hierárquica entre ordens jurídicas e instituições e descobrir como tirar partido da diversidade a ela inerente, pois os conflitos, em último termo, apenas destruiriam aquelas ordens jurídicas e os valores que lhes estão subjacentes; para tirar máximo partido deste pluralismo jurídico, torna-se necessário conceber formas de reduzir e lidar com potenciais conflitos, promovendo trocas entre ordens jurídicas, e demandar aos respetivos tribunais que concebam as suas decisões e os conflitos de interesses que têm para resolver à luz de um mais amplo contexto europeu – cfr. MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição Plural...*, cit., pp. 38-47.

conflito<sup>461</sup> – uma abordagem, pois, tendente a uma integração mais profunda. Ora, a orientação jurisprudencial que tem vindo a ser seguida tem colocado o foco de atenção do discurso jusfundamental da UE no art. 51.º, n.º 1, CDFUE em detrimento do art. 53.º CDFUE, desviando a atenção para um problema de delimitação de fronteiras entre ordens jurídicas supostamente integradas com prejuízo para a apreensão de um fenómeno de interação de ordens jurídicas pautada pela garantia de um nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais.

A jurisprudência do TJ tem, pois, preferido o custo da separação promovida pelo art. 51.º, n.º 1, CDFUE ao custo da complexidade trazida pelo art. 53.º CDFUE. Ora, enquanto não se avançar para uma interpretação *pro integratione* do art. 51.º, n.º 1, CDFUE, não se poderá ainda abraçar a interpretação *pro individuo* que o art. 53.º CDFUE potencia. O problema é, porventura, prévio, pois a conceção da CDFUE como atrelado ou «sombra»<sup>462</sup> do DUE e, assim, também do seu direito primário, dificulta a assunção plena de uma interpretação *pro constitutione* da CDFUE, então que a mesma deveria, supostamente, integrar com «o mesmo valor jurídico que os Tratados»<sup>463</sup> a

---

<sup>461</sup> Neste sentido, DANIEL SARMIENTO aponta que os órgãos jurisdicionais nacionais (especialmente, os tribunais constitucionais e supremos) que abraçarem esta abordagem plural da proteção dos direitos fundamentais, pautada pela cooperação leal e não pelo conflito, tornar-se-ão «major institutional voices in a pan-European legal space» construindo, juntamente com o TJUE, «as a common enterprise, the framework of fundamental rights protection in Europe» e, por esta via, deixando de temer pela CDFUE – cfr. DANIEL SARMIENTO, «Who's afraid of the Charter?...», cit., pp. 1302-1304. A propósito, MARIANA CANOTILHO, «Artigo 53.º - Nível de proteção», cit., p. 619, sugere a «criação de mecanismos de natureza jurisdicional que permitam levar a cabo no sentido União – Estados-Membros intercâmbio semelhante ao operado pelo reenvio prejudicial em sentido inverso (Estados-Membros – União Europeia).»

<sup>462</sup> KOEN LENAERTS e JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ-FONS, «The Place of the Charter...», cit., p. 1568 (tradução livre).

<sup>463</sup> Art. 6.º, n.º 1, 1º parágrafo, TUE.

«*carta constitucional de base*»<sup>464</sup> da UE. Aproveitando as palavras de MIGUEL POIARES MADURO, que se referia à CDFUE como «documento constitucional ambíguo», a CDFUE tem funcionado mais como «limite constitucional ao processo de integração europeia», no sentido de não ameaçar os Estados-Membros, do que como «verdadeiro projecto constitucional para a União Europeia», tendente a promover uma identidade política comum<sup>465</sup>. O espírito dos tempos não parece, pois, estar de momento preparado para assumir plenamente o real impacto que a entrada em vigor da CDFUE potencia para o processo de integração.

---

<sup>464</sup> Acórdão Os Verdes, cit., cons. 23.

<sup>465</sup> MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição Plural...*, cit., p. 298.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **Tribunal de Justiça**

Acórdão *Advocaten voor de Wereld*, 3 de maio de 2007, Proc. C-303/05, EU:C:2007:261.

Acórdão *AJD Tuna*, 17 de março de 2011, Proc. C-221/09, EU:C:2011:153.

Acórdão *Alokpa*, 10 de outubro de 2013, Proc. C-86/12, EU:C:2013:645.

Acórdão *AMS*, 15 de janeiro de 2014, Proc. C-176/12, EU:C:2014:2.

Acórdão *Ángel Rodríguez Caballero*, 12 de dezembro de 2002, Proc. C-442/00, EU:C:2002:752.

Acórdão *Annibaldi*, 18 de dezembro de 1997, Proc. C-309/96, EU:C:1997:631.

Acórdão *Anomar*, 11 de setembro de 2003, Proc. C-6/01, EU:C:2003:446.

Acórdão *Aranyosi*, 5 de abril de 2016, Procs. C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

Acórdão *Avides Media*, 14 de fevereiro de 2008, Proc. C-244/06, EU:C:2008:85.

Acórdão *Bartsch*, 23 de setembro de 2008, Proc. C-427/06, EU:C:2008:517.

Acórdão *Baumbast*, 17 de setembro de 2002, Proc. C-413/99, EU:C:2002:493.

Acórdão *Berlington Hungary*, 11 de junho de 2015, Proc. C-98/14, EU:C:2015:386.

Acórdão *Bickel e Franz*, 24 de novembro de 1998, Proc. C-274/96, EU:C:1998:563.

Acórdão *Blanco Pérez*, 1 de junho de 2010, Procs. C-570/07 e C-571/07, EU:C:2010:300.

Acórdão *Booker Aquacultur*, 10 de julho de 2003, Procs. C-20/00 e C-64/00, EU:C:2003:397.

Acórdão *Bostock*, 24 de março de 1994, Proc. C-2/92, EU:C:1994:116.

Acórdão *Brasserie du Pêcheur*, 5 de março de 1996, Procs. C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79.

Acórdão *Byankov*, 4 de outubro de 2012, Proc. C-249/11, EU:C:2012:608,

Acórdão *C. K.*, 16 de fevereiro de 2017, Proc. C-578/16 PPU, EU:C:2017:127.

Acórdão *Chacón Navas*, 11 de julho de 2006, Proc. C-13/05, EU:C:2006:456.

Acórdão *Chalkor*, 8 de dezembro de 2011, Proc. C-386/10 P, EU:C:2011:815.

Acórdão *Cinéthèque*, 11 de julho de 1985, Procs. 60 e 61/84, EU:C:1985:329.

Acórdão *Cipolla*, 5 de dezembro de 2006, Procs. C-94/04 e C-202/04, EU:C:2006:758.

Acórdão *Comissão contra Alemanha*, 12 de julho de 1979, Proc. 153/78, EU:C:1979:194.

Acórdão *Comissão contra Alemanha*, 27 de abril de 2006, Proc. C-441/02, EU:C:2006:253.

Acórdão *Comissão contra Áustria*, 29 de abril de 2004, Proc. C-194/01, EU:C:2004:248.

Acórdão *Comissão contra Luxemburgo*, 30 de novembro de 2006, Proc. C-32/05, EU:C:2006:749.

Acórdão *Comissão contra República Francesa*, 20 de novembro de 2003, Proc. C-296/01, EU:C:2003:626.

Acórdão *Consórcios de venda do carvão do Ruhr*, 15 de julho de 1960, Procs. 36 a 38/59 e 40/59, EU:C:1960:36.

Acórdão *Costa/ENEL*, 15 de julho de 1964, Proc. 6/64, EU:C:1964:66.

Acórdão *CS*, 13 de setembro de 2016, Proc. C-304/14, EU:C:2016:674.

Acórdão *DEB*, 22 de dezembro de 2010, Proc. C-279/09, EU:C:2010:811.

Acórdão *Delvigne*, 6 de outubro de 2015, Proc. C-650/13, EU:C:2015:648.

Acórdão *Demand*, 17 de dezembro de 1998, Proc. C-186/96, EU:C:1998:609.

Acórdão *Demirel*, 30 de setembro de 1987, Proc. 12/86, EU:C:1987:400.

Acórdão *Dereci*, 15 de novembro de 2011, Proc. C-256/11, EU:C:2011:734.

Acórdão *Deiček*, 23 de dezembro de 2009, Proc. C-403/09 PPU, EU:C:2009:810.

Acórdão *Ekro*, 18 de janeiro de 1984, Proc. 327/82, EU:C:1984:11.

Acórdão *Eman e Sevinger*, 12 de setembro de 2006, Proc. C-300/04, EU:C:2006:545.

Acórdão *ERT*, 18 de junho de 1991, Proc. C-260/89, EU:C:1991:254.

Acórdão *Espanha contra Reino Unido*, 12 de setembro de 2006, Proc. C-145/04, EU:C:2006:543.

Acórdão *F.*, 30 de maio de 2013, Proc. C-168/13 PPU, EU:C:2013:358.

Acórdão *Familiapress*, 26 de junho de 1997, Proc. C-368/95, EU:C:1997:325.

Acórdão *Fransson*, 26 de fevereiro de 2013, Proc. C-617/10, EU:C:2013:105.

Acórdão *Garcia Avello*, 2 de outubro de 2003, Proc. C-148/02, EU:C:2003:539.

Acórdão *Google Spain*, 13 de maio de 2014, Proc. C-131/12, EU:C:2014:317.

Acórdão *Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon*, 1 de abril de 2008, Proc. C-212/06, EU:C:2008:178.

Acórdão *Grogan*, 4 de outubro de 1991, Proc. C-159/90, EU:C:1991:378.

Acórdão *Grzelczyk*, 20 de setembro de 2001, Proc. C-184/99, EU:C:2001:458.

Acórdão *Gueye*, 15 de setembro de 2011, Procs. C-483/09 e C-1/10, EU:C:2011:583.

Acórdão *Guimont*, 5 de dezembro de 2000, Proc. C-448/98, EU:C:2000:663.

Acórdão *Haim*, 4 de julho de 2000, Proc. C-424/97, EU:C:2000:357.

Acórdão *Hauer*, 13 de dezembro de 1979, Proc. 44/79, EU:C:1979:290.

Acórdão *Herbert Schaible*, 17 de outubro de 2013, Proc. C-101/12, EU:C:2013:661.

Acórdão *Hoechst AG*, 21 de setembro de 1989, Procs. 46/87 e 227/88, EU:C:1989:337.

Acórdão *lida*, 8 de novembro de 2012, Proc. C-40/11, EU:C:2012:691.

Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 de dezembro de 1970, Proc. 11/70, EU:C:1970:114.

Acórdão *Inuit Tapiriit Kanatami*, 3 de outubro de 2013, Proc. C-583/11 P, EU:C:2013:625.

Acórdão *Ivo Taricco*, 8 de setembro de 2015, Proc. C-105/14, EU:C:2015:555.

Acórdão *J. N.*, 15 de fevereiro de 2016, Proc. C-601/15 PPU, EU:C:2016:84.

Acórdão *Julian Hernández*, 10 de julho de 2014, Proc. C-198/13, EU:C:2014:2055.

Acórdão *Kadi I*, 3 de setembro de 2008, Procs. C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461.

Acórdão *Kapasakalis*, 2 de julho de 1998, Procs. C-225/95, C-226/95 e C-227/95, EU:C:1998:332.

Acórdão *Karlsson*, 13 de abril de 2000, Proc. C-292/97, EU:C:2000:202.

Acórdão *Kaur*, de 20 de fevereiro de 2001, Proc. C-192/99, EU:C:2001:106.

Acórdão *Kovalkovas*, 10 de novembro de 2016, Proc. C-477/16 PPU, EU:C:2016:861.

Acórdão *Kremzow*, 29 de maio de 1997, Proc. C-299/95, EU:C:1997:254.

Acórdão *Kücükdeveci*, 19 de janeiro de 2010, Proc. C-555/07, EU:C:2010:21.

Acórdão *Laderer*, 25 de junho de 1992, Proc. C-147/91, EU:C:1992:278.

Acórdão *Laval*, 18 de dezembro de 2007, Proc. C-341/05, EU:C:2007:809.

Acórdão *Lindqvist*, 6 de novembro de 2003, Proc. C-101/01, EU:C:2003:596.

Acórdão *Mangold*, 22 de novembro de 2005, Proc. C-144/04, EU:C:2005:709.

Acórdão *Mary Carpenter*, 11 de julho de 2002, Proc. C-60/00, EU:C:2002:434.

Acórdão *Maurin*, 13 de junho de 1996, Proc. C-144/95, EU:C:1996:235.

Acórdão *McB*, 5 de outubro de 2010, Proc. C-400/10 PPU, EU:C:2010:582.

Acórdão *McCarthy*, 5 de maio de 2011, Proc. C-434/09, EU:C:2011:277.

Acórdão *Melloni*, 26 de fevereiro de 2013, Proc. C-399/11, EU:C:2013:107.

Acórdão *Mesbah*, 11 de novembro de 1999, Proc. C-179/98, EU:C:1999:549.

Acórdão *Micheletti*, 7 de julho de 1992, Proc. C-369/90, EU:C:1992:295.

Acórdão *Möllendorf*, 11 de outubro de 2007, Proc. C-117/06, EU:C:2007:596.

Acórdão *Mono Car Styling*, 16 de julho de 2009, Proc. C-12/08, EU:C:2009:466.

Acórdão *Morson*, 27 de outubro de 1982, Procs. 35 e 36/82, EU:C:1982:368.

Acórdão *Moser*, 28 de junho de 1984, Proc. 180/83, EU:C:1984:233.

Acórdão *Mulligan*, 20 de junho de 2002, Proc. C-313/99, EU:C:2002:386.

Acórdão *N. S.*, 21 de dezembro de 2011, Procs. C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865.

Acórdão *NA*, 30 de junho de 2016, Proc. C-115/15, EU:C:2016:487.

Acórdão *Nerkowska*, 22 de maio de 2008, Proc. C-499/06, EU:C:2008:300.

Acórdão *Nold I*, 20 de março de 1959, Proc. 18/57, EU:C:1959:6.

Acórdão *Nold II*, 14 de maio de 1974, Proc. 4/73, EU:C:1974:51.

Acórdão *Omega*, 14 de outubro de 2004, Proc. C-36/02, EU:C:2004:614.

Acórdão *Os Verdes*, 23 de abril de 1986, Proc. 294/83, EU:C:1986:166.

Acórdão *Özçelik*, 10 de novembro de 2016, Proc. C-453/16 PPU, EU:C:2016:860.

Acórdão *P.I.*, 22 de maio de 2012, Proc. C-348/09, EU:C:2012:300.

Acórdão *Parlamento contra Conselho*, 27 de junho de 2006, Proc. C-540/03, EU:C:2006:429.

Acórdão *Perfili*, 1 de fevereiro de 1996, Proc. C-177/94, EU:C:1996:24.

Acórdão *Petruhhin*, 6 de setembro de 2016, Proc. C-182/15, EU:C:2016:630.

Acórdão *Pfleger*, 30 de abril de 2014, Proc. C-390/12, EU:C:2014:281.

Acórdão *Poirrez*, 16 de dezembro de 1992, Proc. C-206/91, EU:C:1992:523.

Acórdão *Poltorak*, 10 de novembro de 2016, Proc. C-452/16 PPU, EU:C:2016:858.

Acórdão *Pringle*, 27 de novembro de 2012, Proc. C-370/12, EU:C:2012:756.

Acórdão *Promusicae*, 29 de janeiro de 2008, Proc. C-275/06, EU:C:2008:54.

Acórdão *Puid*, 14 de novembro de 2013, Proc. C-4/11, EU:C:2013:740.

Acórdão *Reisch*, 5 de março de 2002, Procs. C-515/99, C-519/99 a C-524/99 e C-526/99 a C-540/99, EU:C:2002:135.

Acórdão *Rendón Marín*, 13 de setembro de 2016, Proc. C-165/14, EU:C:2016:675.

Acórdão *RI.SAN.*, 9 de setembro de 1999, Proc. C-108/98, EU:C:1999:400.

Acórdão *Robins*, 25 de janeiro de 2007, Proc. C-278/05, EU:C:2007:56.

Acórdão *Roquette Frères*, 22 de outubro de 2002, Proc. C-94/00, EU:C:2002:603.

Acórdão *Rottmann*, 2 de março de 2010, Proc. C-135/08, EU:C:2010:104.

Acórdão *Rutili*, 28 de outubro de 1975, Proc. 36/75, EU:C:1975:137.

Acórdão *Sabou*, 22 de outubro de 2013, Proc. C-276/12, EU:C:2013:678.

Acórdão *Schempp*, 12 de julho de 2005, Proc. C-403/03, EU:C:2005:446.

Acórdão *Schmidberger*, 12 de junho de 2003, Proc. C-112/00, EU:C:2003:333.

Acórdão *Schwarz*, 17 de outubro de 2013, Proc. C-291/12, EU:C:2013:670.

Acórdão *SFI*, 19 de novembro de 1998, Proc. C-85/97, EU:C:1998:552.

Acórdão *Simmenthal SpA*, 15 de dezembro de 1976, Proc. 35/76, EU:C:1976:180.

Acórdão *Siragusa*, 6 de março de 2014, Proc. C-206/13, EU:C:2014:126.

Acórdão *Sopropé*, 18 de dezembro de 2008, Proc. C-349/07, EU:C:2008:746.

Acórdão *Stauder*, 12 de novembro de 1969, Proc. 29/69, EU:C:1969:57.

Acórdão *Steffensen*, 10 de abril de 2003, Proc. C-276/01, EU:C:2003:228.

Acórdão *Stork*, 4 de fevereiro de 1959, Proc. 1/58, EU:C:1959:4.

Acórdão *Synthon BV*, 16 de outubro de 2008, Proc. C-452/06, EU:C:2008:565.

Acórdão *Tas-Hagen*, 26 de outubro de 2006, Proc. C-192/05, EU:C:2006:676.

Acórdão *Tedeschi*, 5 de outubro de 1977, Proc. 5/77, EU:C:1977:144.

Acórdão *Terhoeve*, 26 de janeiro de 1999, Proc. C-18/95, EU:C:1999:22.

Acórdão *Test-Achats*, 1 de março de 2011, Proc. C-236/09, EU:C:2011:100.

Acórdão *Texdata*, 26 de setembro de 2013, Proc. C-418/11, EU:C:2013:588

Acórdão *Torralbo Marcos*, 27 de março de 2014, Proc. C-265/13, EU:C:2014:187.

Acórdão *Tsakouridis*, 23 de novembro de 2010, Proc. C-145/09, EU:C:2010:708.

Acórdão *Uecker e Jacquet*, 5 de junho de 1997, Procs. C-64/96 e C-65/96, EU:C:1997:285.

Acórdão *Unibet*, 13 de março de 2007, Proc. C-432/05, EU:C:2007:163.

Acórdão *Unión de Pequeños Agricultores*, 25 de julho de 2002, Proc. C-50/00 P, EU:C:2002:462.

Acórdão *Van Gend & Loos*, 5 de fevereiro de 1963, Proc. 26/62, EU:C:1963:1.

Acórdão *Varec*, 14 de fevereiro de 2008, Proc. C-450/06, EU:C:2008:91.

Acórdão *Viking Line*, 11 de dezembro de 2007, Proc. C-438/05, EU:C:2007:772.

Acórdão *Vinkov*, 7 de junho de 2012, Proc. C-27/11, EU:C:2012:326.

Acórdão *Volker Steen*, 16 de junho de 1994, Proc. C-132/93, EU:C:1994:254.

Acórdão *Volker und Markus*, 9 de novembro de 2010, Procs. C-92/09 e C-93/09 EU:C:2010:662.

Acórdão *Wachauf*, 13 de julho de 1989, Proc. 5/88, EU:C:1989:321.

Acórdão *Willems*, 16 de abril de 2015, Procs. C-446/12 a C-449/12, EU:C:2015:238.

Acórdão *Wolfgang Glatzel*, 22 de maio de 2014, Proc. C-356/12, EU:C:2014:350.

Acórdão *X e X*, 7 de março de 2017, Proc. C-638/16 PPU, EU:C:2017:173.

Acórdão *Ymeraga*, 8 de maio de 2013, Proc. C-87/12, EU:C:2013:291.

Acórdão *Zambrano*, 8 de março de 2011, Proc. C-34/09, EU:C:2011:124.

Acórdão *Zaoui*, 17 de dezembro de 1987, Proc. 147/87, EU:C:1987:576.

Acórdão *Zhu Chen*, 19 de outubro de 2004, Proc. C-200/02, EU:C:2004:639.

Acórdãos *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, 22 de maio de 2014, Proc. C-56/13, EU:C:2014:352.

Acórdãos *Mayor*, 10 de dezembro de 2009, Proc. C-323/08, EU:C:2009:770.

Despacho *Ajdini*, 21 de fevereiro de 2013, Proc. C-312/12, EU:C:2013:103.

Despacho *Boncea*, 14 de dezembro de 2011, Procs. C-483/11 e C-484/11, EU:C:2011:832.

Despacho *Chartry*, 1 de março de 2011, Proc. C-457/09, EU:C:2011:101.

Despacho *Corpul*, 10 de maio de 2012, Proc. C-134/12, EU:C:2012:288.

Despacho *Corpul*, 14 de dezembro de 2011, Proc. C-434/11, EU:C:2011:830.

Despacho *Cozman*, 14 de dezembro de 2011, Proc. C-462/11, EU:C:2011:831.

Despacho *Currà*, 12 de julho de 2012, Proc. C-466/11, EU:C:2012:465.

Despacho *Estov*, 12 de novembro de 2010, Proc. C-339/10, EU:C:2010:680.

Despacho *Fierro*, 30 de maio de 2013, Proc. C-106/13, EU:C:2013:357.

Despacho *Gentile*, 7 de fevereiro de 2013, Proc. C-499/12, EU:C:2013:77.

Despacho *Ivanova*, 6 de junho de 2013, Proc. C-14/13, EU:C:2013:374.

Despacho *Jozsef Dutka*, 16 de janeiro de 2014, Procs. C-614/12 e C-10/13, EU:C:2014:30.

Despacho *Loreti*, 14 de março de 2013, Proc. C-555/12, EU:C:2013:174.

Despacho *Pagnoul*, 22 de setembro de 2011, Proc. C-314/10, EU:C:2011:609.

Despacho *Pedone*, 7 de fevereiro de 2013, Proc. C-498/12, EU:C:2013:76.

Despacho *Rossius*, 23 de maio de 2011, Procs. C-267/10 e C-268/10, EU:C:2011:332.

Despacho *Sindicato dos Bancários do Norte*, 7 de março de 2013, Proc. C-128/12, EU:C:2013:149.

Despacho *Sociedade Agrícola e Imobiliária da Quinta de S. Paio*, 28 de novembro de 2013, Proc. C-258/13, EU:C:2013:810.

Despacho *T.*, 8 de maio de 2013, Proc. C-73/13, EU:C:2013:299.

Despacho *Vajnai*, 6 de outubro de 2005, Proc. C-328/04, EU:C:2005:596.

Parecer 2/13, 18 de dezembro de 2014, EU:C:2014:2454.

## **Conclusões de Advogados-Gerais**

Conclusões *Aloka*, PAOLO MENGOZZI, 21 de março de 2013, Proc. C-86/12, EU:C:2013:197.

Conclusões *BECTU*, ANTONIO TIZZANO, 8 de fevereiro de 2001, Proc. C-173/99, EU:C:2001:81.

Conclusões *Bickel e Franz*, FRANCIS JACOBS, 19 de março de 1998, Proc. C-274/96, EU:C:1998:115.

Conclusões *Booker Aquacultur*, JEAN MISCHO, 20 de setembro de 2001, Procs. C-20/00 e C-64/00, EU:C:2001:469.

Conclusões *Centro Europa*, MIGUEL POIARES MADURO, 12 de setembro de 2007, Proc. C-380/05, EU:C:2007:505.

Conclusões *Chavez Vilchez*, MACIEJ SZPUNAR, 8 de setembro de 2016, Proc. C-133/15, EU:C:2016:659.

Conclusões *Consórcios de venda do carvão do Ruhr*, MAURICE LAGRANGE, 24 de maio de 1960, Procs. 36 a 38/59 e 40/59, EU:C:1960:27.

Conclusões *Delvigne*, PEDRO CRUZ VILLALÓN, 4 de junho de 2015, Proc. C-650/13, EU:C:2015:363.

Conclusões *ERT*, CARL OTTO LENZ, 23 de janeiro de 1991, Proc. C-260/89, EU:C:1991:26.

Conclusões *Fransson*, PEDRO CRUZ VILLALÓN, 12 de junho de 2012, Proc. C-617/10, EU:C:2012:340.

Conclusões *Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon*, ELEANOR SHARPSTON, 28 de junho de 2007, Proc. C-212/06, EU:C:2007:398.

Conclusões *Hautala*, PHILIPPE LÉGER, 10 de julho de 2001, Proc. C-353/99 P, EU:C:2001:392.

Conclusões *Iida*, VERICA TRSTENJAK, 12 de maio de 2012, Proc. C-40/11, EU:C:2012:296.

Conclusões *Küçükdeveci*, YVES BOT, 7 de julho de 2009, Proc. C-555/07, EU:C:2009:429.

Conclusões *Martínez Sala*, ANTONIO LA PERGOLA, 1 de julho de 1997, Proc. C-85/96, EU:C:1997:335.

Conclusões *McCarthy*, JULIANE KOKOTT, 25 de novembro de 2010, EU:C:2010:718.

Conclusões *N. S.*, VERICA TRSTENJAK, 22 de setembro de 2011, Proc. C-411/10, EU:C:2011:611.

Conclusões *NA*, MICHEL WATHELET, 14 de abril de 2016, Proc. C-115/15, EU:C:2016:259.

Conclusões *Pfleger*, ELEANOR SHARPSTON, 14 de novembro de 2013, Proc. C-390/12, EU:C:2013:747.

Conclusões *Prigge*, PEDRO CRUZ VILLALÓN, 19 de maio de 2011, Proc. C-447/09, EU:C:2011:321.

Conclusões *Rendón Marín e CS*, MACIEJ SZPUNAR, 4 de fevereiro de 2016, Procs. C-165/14 e C-304/14, EU:C:2016:75.

Conclusões *Scattolon*, YVES BOT, 5 de abril de 2011, Proc. C-108/10, EU:C:2011:211.

Conclusões *Wachauf*, FRANCIS JACOBS, 27 de abril de 1989, Proc. 5/88, EU:C:1989:179.

Conclusões *X e X*, PAOLO MENGOZZI, 7 de fevereiro de 2017, Proc. C-638/16 PPU, EU:C:2017:93.

Conclusões *YS*, ELEANOR SHARPSTON, 12 de dezembro de 2013, Procs. C-141/12 e C-372/12, EU:C:2013:838.

Conclusões *Zambrano*, ELEANOR SHARPSTON, 30 de setembro de 2010, Proc. C-34/09, EU:C:2010:560.

Tomada de Posição *Dereci*, PAOLO MENGOZZI, 29 de setembro de 2011, Proc. C-256/11, EU:C:2011:626.

Tomada de Posição no processo de emissão do Parecer 2/13, JULIANE KOKOTT, 13 de junho de 2014, EU:C:2014:2475.

### **Tribunal Geral / Tribunal de Primeira Instância**

Acórdão *Mannesmannröhren-Werke*, 20 de fevereiro de 2001, Proc. T-112/98, EU:T:2001:61.

Acórdão *max.mobil*, 30 de janeiro de 2002, Proc. T-54/99, EU:T:2002:20.

Despacho *Álava*, 11 de janeiro de 2002, Proc. T-77/01, EU:T:2002:4.

### **Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

Acórdão *Christine Goodwin contra Reino Unido*, 11 de julho de 2002, Proc. n.º 28957/95, Rec. 2002-VI, CE:ECHR:2002:0711JUD002895795.

## **BIBLIOGRAFIA**

AA.VV., *La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea*, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.) e RICARDO ALONSO GARCÍA (subdir.), Madrid, Civitas Ediciones, 2002.

ANAGNOSTARAS, Georgios, «Enhanced Protection of EU Nationals against Expulsion and the Concept of Public Security: Comment on the *PI* Case», in *European Law Review*, vol. 37, n.º 5, 2012, pp. 627-639.

AZOULAI, Loïc, e COUTTS, Stephen, «Restricting Union citizen's residence rights on grounds of public security. Where Union citizenship and the AFFSJ meet: *P.I.*», in *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 553–570.

BEREJO, Álvaro Rodríguez, «El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza», in *La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea*, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.) e RICARDO ALONSO GARCÍA (subdir.), Madrid, Civitas Ediciones, 2002, pp. 199-220.

BERNÁRDEZ, Carmela Pérez, «La unión europea frente a la erosión del estado de derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco», in *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 40, 2016, pp. 48-95.

BESSELINK, Leonard, «General Report», in *The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights and National Constitutions - Reports of the FIDE Congress Tallinn 2012, Vol. I*, JULIA LAFFRANQUE (ed.), Tallinn, Tartu University Press [[www.fide2012.eu](http://www.fide2012.eu)].

BESSELINK, Leonard, «Multiple Political Identities: Revisiting the ‘Maximum Standard’», in *Citizenship and Solidarity in the European Union: from the Charter of Fundamental Rights to the Crisis, the state of the art*, ALESSANDRA SILVEIRA, MARIANA CANOTILHO e PEDRO MADEIRA FROUFE (coord.), Peter Lang, 2013, pp. 235-252.

BOGDANDY, Armín von, *et. al.*, «Reverse Solange - protecting the essence of fundamental rights against EU Member States», in *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, pp. 489-519.

BRAIBANT, Guy, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne*, Éditions du Seuil, 2001.

BÚRCA, Gráinne de, «After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a human rights adjudicator?», in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n.º 2, 2013, pp. 168-184.

BÚRCA, Gráinne de, «The drafting of the European Union Charter of fundamental rights», in *European Law Review*, vol. 26, n.º 2, 2001, pp. 126-138.

CAMBIEN, Nathan, «The scope of EU law in recent ECJ case law: reversing ‘reverse discrimination’ or aggravating inequalities?», in *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 47, 2012, pp. 127-148.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *“Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, «Estado de Direito e Internormatividade», in *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, ALESSANDRA SILVEIRA (coord.), Lisboa, Quid Iuris, 2010, pp. 171-185.

CANOTILHO, Mariana, «Artigo 53.<sup>o</sup> - Nível de proteção», in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, ALESSANDRA SILVEIRA e MARIANA CANOTILHO (coord.), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 606-624.

CHITI, Mario P., «Les droits administratifs nationaux entre harmonisation et pluralisme eurocompatible», in *Traité de droit administratif européen*, 2<sup>a</sup> edição, JEAN-BERNARD AUBY e JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), Bruxelas, Bruylant, 2015, pp. 867-886.

CHRONOWSKI, Nóra, *Enhancing the scope of the Charter of Fundamental Rights – problems of the limitations and advantages of directly applicable Charter rights with regard to the recent case law developments of the European Court of Justice and national courts*, Discussion Paper no âmbito do convite lançado pela Comissão Europeia para as *Assises de la Justice*, 2013 [<http://ec.europa.eu>].

CRAIG, Paul, «The Charter, the ECJ and national courts», in *The European Union after the Treaty of Lisbon*, DIAMOND ASHIAGBOR, NICOLA COUNTOURIS e IOANNIS LIANOS (ed.), Cambridge University Press, 2012, pp. 78-108.

CRAIG, Paul, *EU Administrative Law*, 2<sup>a</sup> edição, Oxford, Oxford University Press, 2012.

DANWITZ, Thomas von, e PARASCHAS, Katherina, «A fresh start for the Charter: Fundamental questions on the application of the European Charter of Fundamental Rights», in *Fordham International Law Journal*, vol. 35, n.<sup>o</sup> 5, 2012, pp. 1396-1426.

DELGADO, Isaac Martín, «La Carta ante las Administraciones Nacionales: Hacia la europeización de los derechos fundamentales», in EVA NIETO GARRIDO e

ISAAC MARTÍN DELGADO, *Derecho Administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, 2010, pp. 89-148.

DUARTE, Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2010.

DUARTE, Maria Luísa, *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006.

EECKHOUT, Piet, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», in *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, pp. 945-994.

EGGER, Alexander, «EU-Fundamental Rights in the National Legal Order: The Obligations of Member States Revisited», in *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2006, pp. 516-553.

FREIXES, Teresa, «Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Preâmbulo», in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, ALESSANDRA SILVEIRA e MARIANA CANOTILHO (coord.), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 11-32.

FREIXES, Teresa, «Quelles valeurs à protéger dans le dialogue interculturel eur méditerranéen?», in *La gouvernance multi-level. Penser l'enchevêtrement*, TERESA FREIXES *et al.*, Bruxelles, E.M.E., 2012, pp. 109-141.

GARCÍA, Ricardo Alonso, «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», in *La Encrucijada Constitucional de la Unión Europea*, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.) e RICARDO ALONSO GARCÍA (subdir.), Madrid, Civitas Ediciones, 2002, pp. 151-181.

HOFMANN, Herwig C. H., e MIHAESCU, Bucura C., «The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law:

Good Administration as the Test Case», in *European Constitutional Law Review*, vol. 9, n.º 1, 2013, pp. 73-101.

ISIDRO, Marta Requejo, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación», in *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, CARLOS RUIZ MIGUEL (coord.), Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicación e Intercambio Científico, 2004, p. 211-243.

JACOBS, Francis, «*Wachauf* and the Protection of Fundamental Rights in EC Law», in *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, MIGUEL POIARES MADURO e LOÏC AZOULAI (coord.), Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 133-139.

JACQUÉ, Jean-Paul «*Pride and/or Prejudice?* Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de Justice», in *Cahiers de Droit Européen*, ano 51, n.º 1, 2015, pp. 19-45.

KAILA, Heidi, «The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States», in *Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh*, PASCAL CARDONNEL, ALLAN ROSAS e NILS WAHL (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 291-315.

KOCHENOV, Dimitry, «EU Citizenship. New Questions in Need of an Answer», in *Citizenship and Solidarity in the European Union: from the Charter of Fundamental Rights to the Crisis, the state of the art*, ALESSANDRA SILVEIRA, MARIANA CANOTILHO e PEDRO MADEIRA FROUFE (coord.), Peter Lang, 2013, pp. 383-397.

KOCHENOV, Dimitry, «The Right to Have *What* Rights? EU Citizenship in Need of Clarification», in *European Law Journal*, vol. 19, n.º 4, 2013, pp. 502-516.

KOCHENOV, Dimitry, e PIRKER, Benedikt, «Deporting the Citizens within the European Union: A Counter-Intuitive Trend in Case C-348/09, *P.I. v. Overbürgemeisterin der Stadt Remscheid*», in *Columbia Journal of European Law*, vol. 19, 2013, pp. 369-390.

LADENBURGER, Clemens, «Institutional Report», in *The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights and National Constitutions - Reports of the FIDE Congress Tallinn 2012, Vol. I*, JULIA LAFFRANQUE (ed.), Tallinn, Tartu University Press [www.fide2012.eu].

LENAERTS, Koen, «‘*Civis Europaeus Sum*’: From the Cross-border Link to the Status of Citizen of the Union», in *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, PASCAL CARDONNEL, ALLAN ROSAS e NILS WAHL, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 213-232.

LENAERTS, Koen, «Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights», in *European Constitutional Review*, vol. 8, n.º 3, 2012, pp. 375-403.

LENAERTS, Koen, «L’encadrement par le droit de l’Union européenne des compétences des États membres», in *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 421-442.

LENAERTS, Koen, e GUTIÉRREZ-FONS, José Antonio, «The constitutional allocation of powers and general principles of EU law», in *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, pp. 1629-1669.

LENAERTS, Koen, e GUTIÉRREZ-FONS, José Antonio, «The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice», in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, STEVE PEERS *et al.* (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 1559-1593.

MADURO, Miguel Poiares, *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*, Cascais, Principia, 2006.

MARTINS, Ana Maria Guerra, *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2014.

MEHDI, Rostane, «L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif», in *Droit Administratif Européen*, JEAN-BERNARD AUBY e JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), Bruxelas, Bruylant, 2007, pp. 685-726.

MONNET, Jean, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976.

MOREIRA, Vital, «Anotação Geral» (CDFUE), in *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*, MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO (coord.), Coimbra, Almedina, 2012, pp. 1395-1408.

MORIJN, John, «Judicial Reference to the EU Fundamental Rights Charter. First experiences and possible prospects», publicação do *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos/Human Rights Centre, 2002, pp. 1-35 [[http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/john\\_morjin.pdf](http://www.fd.uc.pt/hrc/pdf/papers/john_morjin.pdf)].

PERNICE, Ingolf, «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est suspendue», in *Cahiers de Droit Européen*, ano 51, n.º 1, 2015, pp. 47-72.

PERNICE, Ingolf, «Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?», in *Common Market Law Review*, n.º 36, 1999, pp. 703-750.

PERNICE, Ingolf, «Multilevel Constitutionalism in the European Union», in *European Law Review*, n.º 27, 2002, pp. 511-529.

PIRES, Francisco Lucas, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu Sentido, Problemas e Limites)*, Coimbra, Almedina, 1997.

PLATON, Sébastien, «Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure», in *Revue trimestrielle de droit européen*, n.º 1, 2012, pp. 23-52.

PRECHAL, Sacha, VRIES, Sybe de, e EIJKEN, Hanneke van, «The Principle of Attributed Powers and the 'Scope of EU Law'», in *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, LEONARD BESSELINK, FRANS PENNINGE e SACHA PRECHAL (ed.), Kluwer Law International, 2011, pp. 213-247.

QUADROS, Fausto de, *Direito da União Europeia: Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2013.

RANGEL, Paulo, «Uma teoria da "Interconstitucionalidade" (Pluralismo e Constituição no Pensamento de Francisco Lucas Pires)», in *Themis*, ano 1, n.º 2, 2000, pp. 127-151.

RANGEL, Paulo, *O Estado do Estado. Ensaio de política constitucional sobre justiça e democracia*, Dom Quixote, 2009.

RITLENG, Dominique, «De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni*», in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, pp. 267-292.

ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil de la, «Droits fondamentaux: quelle place dans l'architecture de l'Union», in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 263-278.

ROCHÈRE, Jacqueline Dutheil de la, «The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration», in *Continuity*

*and Change in EU Law – Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, ANTHONY ARNULL, PIET EECKHOUT e TAKIS TRIDIMAS (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 157-171.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha, «Artigo 45.º - Liberdade de circulação e permanência», in AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, ALESSANDRA SILVEIRA e MARIANA CANOTILHO (coord.), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 519-529.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha, e CORDEIRO, António Robalo, «Artigo 19.º TUE», in *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*, MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO (coord.), Coimbra, Almedina, 2012, pp. 97-100.

ROSAS, Allan, «When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level?», in *Jurisprudence*, vol. 19, n.º 4, 2012, pp. 1269-1288.

SÁNCHEZ, Sara Iglesias, «The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights», in *Common Market Law Review*, vol. 49, n.º 5, 2012, pp. 1565-1612.

SARMIENTO, Daniel, «Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe», in *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 1267-1304.

SARMIENTO, Daniel, *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Civitas, 2004.

SCHWARZE, Jürgen, «European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon», in *European Public Law*, vol. 18, n.º 2, 2012, pp. 285-304.

SILVA, Suzana Tavares da, *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

SILVEIRA, Alessandra, «Cidadania e Jusfundamentalidade na União Europeia – do argumento de *James Madison* à jurisprudência *Ruiz Zambrano*», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Volume III – Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo*, FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS E. M. MACHADO e JOÃO CARLOS LOUREIRO (org.), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 939-973.

SILVEIRA, Alessandra, «Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais», in *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, ALESSANDRA SILVEIRA, MARIANA CANOTILHO e PEDRO MADEIRA FROUFE (coord.), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 19-72.

SILVEIRA, Alessandra, «Da interconstitucionalidade na União Europeia (ou do esbatimento de fronteiras entre ordens jurídicas)», in *Scientia Iuridica*, n.º 326, 2011, pp. 211-223.

SILVEIRA, Alessandra, «Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: recai ou não recai? – Eis a questão!», in *Julgar*, n.º 22, 2014, pp. 179-209.

SILVEIRA, Alessandra, «Implicações nos litígios entre particulares resultantes da horizontalidade dos princípios gerais/direitos fundamentais protegidos pela União Europeia», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 32, 2010, pp. 3-21.

SILVEIRA, Alessandra, «União Europeia: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca em brasa no olho do ciclope Polifemo)», in *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, ALESSANDRA SILVEIRA (coord.), Lisboa, Quid Iuris, 2010, pp. 9-42.

SILVEIRA, Alessandra, *Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos. Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*, Almedina, Coimbra, 2007.

SILVEIRA, Alessandra, *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*, 2ª edição, Lisboa, Quid Iuris, 2011.

SPAVENTA, Eleanor, «A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13», in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 22, n.º 1, 2015, pp. 35-56.

THYM, Daniel, «Towards 'Real Citizenship'? The Judicial Construction of Union Citizenship and its Limits», in AA.VV., *Judging Europe's judges: the legitimacy of the case law of the European Court of Justice*, MAURICE ADAMS et al. (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 155-174.

TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

TRYFONIDOU, Alina, «Redefining the Outer Boundaries of EU Law: The *Zambrano*, *McCarthy* and *Dereci* trilogy», in *European Public Law*, vol. 18, n.º 2, 2012, pp. 493-526.

WARD, Angela, «Article 51», in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, STEVE PEERS et al. (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 1413-1454.

WEILER, Joseph, «Editorial: Does the European Union Truly Need a Charter of Rights?», in *European Law Journal*, vol. 6, n.º 2, 2000, pp. 95-97.

WEILER, Joseph, e FRIES, Sybilla, «A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences», Harvard Jean Monnet

Working Paper 4/99, Harvard Law School, Cambridge, 2000  
[<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/99/990402.html>].

WEILER, Joseph, e LOCKART, Nicolas, «‘Taking rights seriously’ seriously: The European Court and its fundamental rights jurisprudence», in *Common Market Law Review*, vol. 32, n.º 1, pp. 51-94.

WITTE, Bruno de, «Article 53», in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, STEVE PEERS *et al.* (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 1523-1538.

WITTE, Bruno de, e IMAMOVIĆ, Šejla, «Opinion 2/13 on Accession to the ECHR: Defending the EU Legal Order against a Foreign Human Rights Court», in *European Law Review*, vol. 40, 2015, pp. 683-705.

ZILLER, Jacques, «Le fabuleux destin des *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne*», in *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 765-781.