

# DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA: RECAI OU NÃO RECAI? — EIS A QUESTÃO!

ALESSANDRA SILVEIRA

O problema que se coloca aos tribunais nacionais que se deparam com a aplicação dos direitos previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) é precisamente o de saber em que circunstâncias tais direitos seriam aplicáveis e como aferir do nível de proteção mais elevado. O presente texto equaciona o problema do âmbito de aplicação da CDFUE à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a fim de auxiliar os operadores jurídicos portugueses na quotidiana tarefa de deslindar se a questão *sub judice* recai ou não no âmbito de aplicação do direito da União — e se, nesta medida, o padrão de jusfundamentalidade aplicável seria aquele que resulta da CDFUE, segundo a lógica de interconstitucionalidade que a inspira. Importa, portanto, tentar captar, à luz da teoria da organização jurídica dos sistemas federativos, a base teórica que oferece sustentação à jurisprudência do TJUE naquela matéria, assim como as consequências da entrada em vigor da CDFUE na repartição de competências jurisdicionais sobre direitos fundamentais e no próprio processo de integração.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais, âmbito de aplicação, competências, cidadania europeia, proteção mais elevada

## 1. DO PADRÃO DE JUSFUNDAMENTALIDADE DA UNIÃO: DE SOLANGE A ZAMBRANO

A principal inquietação que tem alimentado os debates em torno da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) relaciona-se com a densificação do seu âmbito de aplicação: em que circunstâncias as disposições da Carta seriam aplicáveis? Resulta da jurisprudência assente do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), agora contemplada no art. 51.º, n.º 1 da CDFUE, que os direitos fundamentais protegidos pela União Europeia podem ser invocados pelo particular quando a medida impugnada (europeia ou nacional) integra o âmbito de aplicação material do direito da União.<sup>1</sup> No que diz

---

<sup>1</sup> A título exemplificativo cfr. acórdãos *Cinéthèque*, de 11 de julho de 1985, procs. C-60/84 e C-61/84, considerando 26; *Klensch*, de 25 de novembro de 1986, procs. 201/85 e 202/85, considerandos 9-11; *Wachauf*, de 13 de julho de 1989, proc. 5/88, considerando 19; *ERT*, de 18 de junho de 1991, proc. C-260/89, considerando 43; *Bostock*, de 24 de março de 1994, proc. C-2/92, considerando 16; *Kremzov*, de 29 de maio de 1997, proc. C-299/95, considerando 15; *Familiapress*, de 26 de junho de 1997, proc. C-368/95, considerandos 24-26; *Rodríguez*

especificamente respeito aos Estados-Membros, estes estariam vinculados pelas disposições da Carta «apenas quando apliquem o direito da União», muito embora o TJUE proceda a uma interpretação bastante ampla de tal expressão.

Assim, da jurisprudência constante do TJUE decorre que os Estados-Membros devem respeitar os direitos fundamentais protegidos pelo direito da União quando: 1) aplicam o direito da União (originário ou derivado); 2) derogam temporariamente disposições europeias; 3) transpõem diretivas europeias; 4) adotam normas nacionais que executam/dão exequibilidade às disposições europeias; 5) aplicam direito nacional que «entre no campo de aplicação do direito da União».<sup>2</sup> Contudo, a tarefa de identificar o que recai ou não neste âmbito de aplicação nem sempre é simples e inequívoca — sobretudo tendo em conta o frenético desenvolvimento do direito da União Europeia e o crescente volume de normas europeias que regem o nosso quotidiano coletivo. E desta identificação depende, como veremos, a aplicação do padrão de jusfundamentalidade da União.

Ora, se a problemática do âmbito de aplicação da Carta provoca perplexidades aos cultores do direito da União, tanto mais impenetrável o será para o dito «cidadão médio», que definitivamente não consegue compreender por que razão pode invocar os direitos fundamentais protegidos pela União contra a polícia nacional de fronteiras (nos aeroportos) mas não o pode fazer contra a polícia nacional de segurança pública (nas ruas). Por este motivo, a Comissão Europeia lançou recentemente uma consulta pública relativa ao setor da justiça na União, através da qual pretende precisamente saber, no que respeita aos direitos fundamentais, se os cidadãos entendem que os direitos consagrados na CDFUE deveriam ser diretamente aplicáveis nos Estados-Membros *em todos os casos*, abolindo-se as limitações do art. 51.º, n.º 1, da Carta.<sup>3</sup>

Na sua intervenção de abertura do XXV Congresso da FIDE (Federação Internacional de Direito Europeu, Tallinn/Estónia, 31 de maio de 2012), Viviane Reding (Vice-Presidente da Comissão Europeia) explicou brilhantemente tal desapontamento dos cidadãos em relação à CDFUE quando percebem que estão a «bater na porta errada».<sup>4</sup> Cerca de 3/4 das queixas recebidas pela Comissão anualmente, a propósito da suposta violação de direitos fundamentais, dizem respeito a matérias que não recaem no âmbito de aplicação do direito da União — razão pela qual as instituições europeias não podem atuar.

---

*Caballero*, de 12 de dezembro de 2002, proc. C-442/00, considerandos 30-31; *Steffensen*, de 10 de abril de 2003, proc. C-276/01, considerando 69-80; *ORF*, de 20 de maio de 2003, procs. C-465/00, C-138/01 e C-139/01, considerandos 31-47; *Booker Aquaculture*, de 10 de julho de 2003, procs. C-20/00 e C-64/00, considerando 67-69; *RTL Television*, de 23 de outubro de 2003, proc. C-245/01, considerandos 42-46; *Karner*, de 25 de março de 2004, C-71/02, considerandos 48-52; *Promusicae*, de 29 de janeiro de 2008, C-275/06, considerando 67-68; *Raffinerie Mediterranee (ERG)*, de 9 de março de 2010, procs. C-379/08 e C-380/08, considerando 79-80.

<sup>2</sup> Cfr. acórdão *Kremzov*, de 29 de maio de 1997, proc. C-299/95, considerando 15.

<sup>3</sup> Cfr. [http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/files/fundamental\\_rights\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/files/fundamental_rights_en.pdf)

<sup>4</sup> Cfr. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-403\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_en.htm?locale=en)

Por isso alguns doutrinadores — como é o caso de Armin von Bogdandy e sua equipa do Max Planck Institute — defendem aquilo que Viviane Reding definiu como um «mecanismo europeu de resgate para direitos fundamentais». Isto é, começa a tomar consistência a doutrina segundo a qual as situações ditas «puramente internas» (ou seja, sem aparente conexão com o direito da União) podem recair no âmbito jusfundamental da União por força da cidadania europeia [prevista no art. 20.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nos termos do qual «os cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos nos Tratados»].

Assim, no seguimento do célebre acórdão *Zambrano* de 2011<sup>5</sup> alguma doutrina tem defendido que importa definir a substância da cidadania europeia por referência à essência dos direitos fundamentais reconhecidos pelos Tratados.<sup>6</sup> Armin von Bogdandy sugere mesmo o «reverso da doutrina *Solange*»<sup>7</sup>, agora aplicada aos Estados-Membros a partir da ordem jurídica da União. Neste sentido, a desconsideração dos direitos fundamentais protegidos pela União, por parte de um Estado-Membro, mesmo relativamente a uma questão dita «puramente interna», poderia ser considerada uma violação da substância da cidadania europeia — e permitiria que o indivíduo invocasse o seu estatuto de cidadão europeu (e os direitos que implica) junto dos tribunais nacionais, sem ter de procurar nexos fictícios ou hipotéticos com o direito da União para beneficiar do padrão de jusfundamentalidade europeu.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Acórdão *Zambrano*, de 8 de março de 2011, proc. C-34/09. No referido acórdão o TJUE decidiu que o art. 20.º do TFUE se opõe a que um Estado-Membro recuse a um nacional de um Estado terceiro, que tem a seu cargo os seus filhos de tenra idade, cidadãos da União, por um lado, a permanência no Estado-Membro da residência destes últimos, do qual têm nacionalidade, e, por outro, uma autorização de trabalho, na medida em que essas decisões venham a privar os referidos filhos do gozo efetivo do essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da União. Para maiores desenvolvimentos sobre o tema cfr. Alessandra Silveira, “Cidadania e jusfundamentalidade na União Europeia — do argumento de James Madison à jurisprudência Ruiz Zambrano”, in *Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*, vol. III (Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo), Coimbra Editora, Coimbra, 2012; Alessandra Silveira, “Comentário ao art. 51.º”, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira/Mariana Canotilho (coords.), Almedina, Coimbra, 2013, p.583 e ss.

<sup>6</sup> Neste sentido cfr. Armin von Bogdandy (et. al.), “Reverse Solange — protecting the essence of fundamental rights against Member States”, in *Common Market Law Review*, vol. 49, n.º 2, April/2012.

<sup>7</sup> A chamada doutrina *Solange* deriva da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão [cfr. BVerfGE 73, 339, 376 (1986), *Solange II*] nos termos da qual o tribunal de Karlsruhe “exime-se” de controlar o direito secundário da União desde que a proteção dos direitos fundamentais na UE seja essencialmente similar à proteção exigida pela Lei Fundamental alemã. Ora, no contexto do direito da União, e tendo em conta o primado que o orienta, os tribunais nacionais (inclusivamente os tribunais constitucionais) não têm competência para controlar a validade dos atos jurídicos europeus à luz da sua Constituição — eis a fragilidade da decisão *Solange*. Como bem explicam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito da União Europeia não pode ser declarado inconstitucional nem desaplicado por alegada inconstitucionalidade. De qualquer forma, a jurisprudência *Solange* teve o efeito (positivo) de alertar a ordem jurídica europeia para a necessária interatividade entre ordens jurídicas no que respeita à proteção dos direitos fundamentais.

<sup>8</sup> Cfr. conclusões *Zambrano*, de 30 de setembro de 2010, proc. C-34/09, considerando 167.

Tal decorre da exigência de «respeito aos direitos humanos» prevista no art. 2.º do Tratado da União Europeia (TUE) como uma condição básica para o exercício da autoridade pública no espaço jurídico da União (*qualquer* exercício, seja pelas autoridades da União ou dos Estados-Membros). A União funda-se no respeito aos «direitos humanos fundamentais» (na expressão difundida pela doutrina brasileira) — e não há qualquer limitação no art. 2.º do TUE similar àquela contida no art. 51.º, n.º 1, da CDFUE.<sup>9</sup> Neste sentido o Advogado-Geral Póiares Maduro defendeu, nas suas conclusões no processo *Centro Europa 7* (muito antes das repercussões *Zambrano*, de resto imprevisíveis naquele momento), que convinha fazer-se uma distinção entre, por um lado, a competência do TJUE para fiscalizar qualquer medida nacional à luz dos direitos fundamentais e, por outro, a competência para verificar se os Estados-Membros garantem o nível de tutela necessário em relação aos direitos fundamentais, a fim de adequadamente cumprirem as suas obrigações como membros da União. Como explicou o então Advogado-Geral, este segundo tipo de fiscalização já decorria logicamente da natureza do processo de integração europeia. Servia (e serve, tanto mais depois da entrada em vigor da CDFUE) para garantir a existência das condições essenciais para o funcionamento adequado da ordem jurídica europeia e para o exercício efetivo dos direitos concedidos aos cidadãos europeus. É uma condição elementar para que o direito da União possa funcionar eficazmente no seio da ordem jurídica nacional.<sup>10</sup>

Tais inquietações nos levam a equacionar o problema do âmbito de aplicação da CDFUE à luz da jurisprudência do TJUE, a fim de auxiliar os operadores jurídicos portugueses na quotidiana tarefa de deslindar se a questão *sub judice* recai ou não no âmbito de aplicação do direito da União — e se, nesta medida, o padrão de jusfundamentalidade aplicável seria aquele que resulta da CDFUE, segundo a lógica de interconstitucionalidade que a inspira. Importa, portanto, tentar captar, à luz da teoria da organização jurídica dos sistemas federativos,<sup>11</sup> a base teórica que oferece sustentação à jurisprudência do TJUE naquela matéria, assim como as consequências da entrada em vigor da CDFUE na repartição de competências jurisdicionais sobre direitos fundamentais e no próprio processo de integração.

<sup>9</sup> Cfr. Armin von Bogdandy (*et. al.*), “Reverse Solange — protecting the essence of fundamental rights against Member States”, in *Common Market Law Review*, vol. 49, n.º 2, April/2012, p. 509.

<sup>10</sup> Cfr. conclusões *Centro Europa 7*, de 12 de setembro de 2007, proc. C-380/05, considerando 20.

<sup>11</sup> A União Europeia não é nem pretende converter-se num Estado federal — pois está em condições de oferecer ao mundo um modelo bastante mais sofisticado do que aquele do Estado (enquanto construção histórica da modernidade). Mas não há como negar que foi o ideário federativo que inspirou a criação e desenvolvimento da atual União Europeia — e é assim desde a célebre declaração Shuman de 1950 que inaugurou o processo de integração. Toda a principiologia e lógica de funcionamento da União Europeia deriva da tradição jurídico-política dos sistemas federativos. Por isso a melhor maneira de compreender a União e o seu direito é perspetivá-la enquanto um sistema federativo — ou seja, um sistema assente na partilha de poderes e competências voltado à prossecução de objetivos comuns. Tão simples quanto isso.

## 2. DA RELAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMPETÊNCIAS DA UNIÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA ZAMBRANO E DERECI

Ora, se a proteção jusfundamental da União Europeia depende de a situação concreta ser (ou não) abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União, importa identificar a extensão deste âmbito. A solução do enigma resulta da letra e do espírito do art. 51.º da Carta: o âmbito de aplicação do direito da União é aquele que decorre das suas competências — tal como contempladas no art. 2.º do TFUE. Por conseguinte, desde que a União tenha competências num determinado domínio (seja o consumo, o ambiente, a energia, o mercado interno, a política social, etc.), o padrão de jusfundamentalidade aplicável às situações concretas é o da União Europeia.<sup>12</sup>

Este problema não se colocava (tão evidentemente) porque os tratados constitutivos nunca definiram os critérios que presidem a repartição de competências entre Estados-Membros e União — algo que resta atualmente plasmado nos arts. 5.º do TUE e 2.º a 6.º do TFUE. Nesta medida, o art. 51.º, n.º 1, da CDFUE relaciona (expressamente) a proteção jusfundamental da União Europeia com o âmbito de aplicação do direito da União definido pelas suas competências. Ou noutros termos: o âmbito de aplicação da Carta é aquele que decorre das competências da União — independentemente do facto de a medida questionada ser imputável as autoridades europeias ou nacionais.

Nas suas Conclusões no processo *Zambrano*, a Advogada-Geral Eleanor Sharpston densifica esta ideia e sugere mesmo a dispensabilidade do exercício da competência europeia — ou seja, a proteção jusfundamental da União dependeria da existência de uma competência material (sobretudo exclusiva ou partilhada) num determinado domínio, mesmo que esta competência não tivesse sido ainda exercida pela União. Conforme explica a Advogada-Geral, a União Europeia teria a responsabilidade de garantir a proteção dos direitos fundamentais na sua esfera de competências, sem depender dos *timings* da iniciativa legislativa das instituições e do processo político.<sup>13</sup>

Assim, se a União Europeia exerceu a sua competência através de um ato jurídico obrigatório previsto no art. 288.º do TFUE — ou seja, um regulamento, uma diretiva, uma decisão —, então será este o *link* a partir do qual a proteção jusfundamental da União pode ser invocada. Mas se tal densificação normativa não existe, a própria competência não exercida indicia que estamos no âmbito de aplicação do direito da União. De resto, já no acórdão *Saldanha* de 1997<sup>14</sup> o TJUE havia decidido que uma norma de habilitação

<sup>12</sup> O TFUE distingue entre competências exclusivas da União (art. 3.º), competências partilhadas entre União e Estados-Membros (art. 4.º), competências de coordenação das políticas económicas, de emprego e sociais (art. 5.º), competências para definir e executar a política externa e de segurança comum (art. 2.º, n.º 4) e competências complementares (art. 6.º).

<sup>13</sup> Cfr. conclusões *Zambrano*, de 30 de setembro de 2010, proc. C-34/09, considerando 163-165.

<sup>14</sup> Cfr. acórdão *Saldanha*, de 2 de outubro de 1997, proc. C122/96, considerando 23.

constante dos tratados constitutivos (atualmente plasmada no art. 50.º, n.º 2, letra g, do TFUE), nos termos da qual a União adota disposições tendentes a proteger os interesses dos sócios e de terceiros no âmbito da liberdade de estabelecimento, permitia a integração de uma regulamentação nacional no âmbito de aplicação do direito da União.

Todavia, não havendo um *link* tão evidente com o direito da União (como aquele que decorre da regulação da matéria através de um regulamento ou de uma diretiva, por exemplo), da jurisprudência recente do TJUE inaugurada por *Zambrano* e densificada no acórdão *Dereci* de 2011<sup>15</sup> parece resultar que a própria cidadania europeia bastaria (nos termos do art. 20.º do TFUE). Ora, se a cidadania europeia (e os direitos que encerra) recai no âmbito de aplicação material do direito da União, isto permite que o padrão de jusfundamentalidade europeu seja autonomamente invocado pelos cidadãos, sem qualquer outronexo com o direito da União para além da própria cidadania. Em *Zambrano* e *Dereci* — nos quais estavam em causa famílias ditas estáticas, isto é, que nunca exerceram liberdades de circulação pelo espaço da União — o TJUE foi desafiado a dar à cidadania europeia uma utilidade prática essencialmente relacionada com a proteção dos direitos fundamentais na União, especialmente quando outra conexão com a ordem jurídica europeia não resulte tão evidente.

Tais processos confrontam a ordem jurídica europeia com o sentido e o alcance da cidadania: afinal, a cidadania europeia serve para quê? Apenas para suportar a liberdade de circulação de indivíduos economicamente ativos? Ou corresponde a um conjunto uniforme de direitos e deveres, próprios de uma União de direito, na qual os direitos fundamentais desempenham um papel essencial? O raciocínio básico subjacente às recentes decisões do TJUE envolvendo “cidadãos estáticos” é o seguinte: 1) a situação de um cidadão da União que não fez uso de uma liberdade económica não pode, por si só, ser considerada como isenta de conexão com o direito da União;<sup>16</sup> 2) o estatuto de cidadão da União tende a ser o «estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros» — o que lhe permite invocar, mesmo relativamente ao Estado-Membro de que é nacional, os direitos relativos a tal estatuto;<sup>17</sup> 3) se o órgão jurisdicional nacional considerar que a situação *sub judice* é abrangida pelo direito da União, via cidadania europeia, deverá examinar se

---

<sup>15</sup> Cfr. acórdão *Dereci*, de 15 de novembro de 2011, proc. 256/11. Neste acórdão o TJUE decidiu que o direito da União, designadamente as suas disposições relativas à cidadania europeia, não se opõem a que um Estado-Membro recuse a um nacional de um Estado terceiro a residência no seu território, quando esse nacional pretende residir com um membro da sua família, que é cidadão da União, residente neste Estado-Membro, do qual tem a nacionalidade e que nunca exerceu o seu direito de livre circulação, desde que tal recusa não comporte, para o cidadão da União em causa, a privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União, o que incumbe ao órgão jurisdicional nacional verificar.

<sup>16</sup> Cfr. acórdão *Dereci*, de 15 de novembro de 2011, proc. 256/11, considerando 61.

<sup>17</sup> Cfr. acórdão *Dereci*, de 15 de novembro de 2011, proc. 256/11, considerandos 62-63.

estão a ser respeitados os direitos fundamentais tal como a ordem jurídica da União os assegura.<sup>18</sup>

Do exposto deriva que o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais constantes da CDFUE está intimamente relacionado com a esfera de competências daquele «novo fenótipo organizativo» ou daquela «nova forma de organização do poder político» a que chamamos União Europeia. Não foi por outra razão que a entrada em vigor do “catálogo de direitos fundamentais da União” foi acompanhada da definição do “catálogo de competências da União” nos tratados constitutivos. A manifesta relação entre ambos explica a tentativa, em larga medida inócua, de impedir o impacto dos direitos fundamentais na determinação do âmbito de aplicação do direito da União (patente no art. 51.º, n.º 2, da CDFUE).<sup>19</sup>

Ora, a teoria da organização jurídica dos sistemas federativos explica que não há como impedir tal impacto. Tentar ignorá-lo corresponde a compactuar com uma esquizofrenia inadmissível numa União de direito: quem conseguisse estabelecer uma conexão com o direito da União e integrar o seu âmbito de aplicação beneficiaria do padrão de jusfundamentalidade europeu — e, conseqüentemente, do nível de proteção mais elevado que ele implica, nos termos do art. 53.º da CDFUE. Mas quem não o conseguisse fazer, beneficiaria apenas do padrão de jusfundamentalidade interno. Isto promoveria uma diferenciação de tratamento injustificada entre os cidadãos europeus — de resto proibida pelos tratados constitutivos, sobretudo pelo art. 9.º do TUE e 18.º do TFUE. Em última análise, tal resultado comprometeria a tendencial equiparação das posições jurídicas fundamentais indispensável à sobrevivência de uma União de direito.

### **3. DAS CONEXÕES IMPROVÁVEIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA *MCB* E *FRANSSON***

O TJUE já teve a oportunidade de afirmar que 1) «os direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica da União são aplicáveis em todas as situações reguladas pelo direito da União»;<sup>20</sup> e que 2) «a aplicabilidade do direito da União implica a aplicabilidade dos direitos fundamentais garantidos pela Carta». <sup>21</sup> Veremos, todavia, que a prática é um tanto mais tortuosa do que tal singela teoria pode fazer crer. De qualquer forma, quando uma regulamentação nacional se integra no âmbito de aplicação do direito da União, o TJUE deve fornecer ao juiz nacional todos os elementos de interpretação necessários à apreciação da conformidade desta regulamentação com os

<sup>18</sup> Cfr. acórdão *Dereci*, de 15 de novembro de 2011, proc. 256/11, considerando 72.

<sup>19</sup> Nos termos do qual «A presente Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados».

<sup>20</sup> Cfr. acórdão *Fransson*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C617/10, considerando 19.

<sup>21</sup> Cfr. acórdão *Fransson*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C617/10, considerando 21.

direitos fundamentais cujo respeito assegura.<sup>22</sup> 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>23</sup> Mas a dúvida continua: o que recai e o que não recai no âmbito de aplicação do direito da União? Os acórdãos *McB* de 2010<sup>24</sup> e *Fransson* de 2013 podem ajudar a afastar pretensas simplicidades.

A) O pedido prejudicial em *McB* foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe 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 das referidas crianças que se encontravam em Inglaterra com a mãe. Os pais nunca chegaram a casar-se mas coabitaram durante mais de 10 anos. A relação entretanto deteriorou-se, a mãe refugiou-se com os filhos por diversas vezes num centro feminino alegando agressões por parte do companheiro, até que finalmente mãe e filhos deixaram o domicílio familiar. Estava, portanto, em causa, a interpretação do regulamento 2201/2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental.

O busílis residia em que, no direito irlandês, o pai natural dos menores não beneficia, de pleno direito, da guarda dos filhos — e o facto de progenitores não casados terem coabitado e de o pai ter participado ativamente na educação das crianças não confere, por si só, tal direito ao pai. De qualquer forma, nos termos da lei irlandesa, quando o pai e a mãe não contraíram reciprocamente matrimónio, o tribunal pode, mediante pedido do pai, nomeá-lo, por decisão judicial, tutor da criança. Assim, o pai natural é titular do direito de guarda do seu filho apenas se este direito lhe for atribuído por acordo celebrado entre os progenitores ou por decisão judicial, enquanto a mãe é automaticamente titular desse direito, sem ser necessário que lhe seja atribuído.<sup>25</sup>

*McB* reagiu à deslocação de seus filhos propondo uma ação judicial no Reino Unido tendo por objeto o retorno dos menores à Irlanda. O tribunal inglês competente exigiu a *McB* que apresentasse uma decisão/atestado emitido pelas autoridades irlandesas comprovando a ilicitude da transferência dos menores para o Reino Unido. *McB* propôs então uma ação judicial na Irlanda a fim de obter a referida declaração. Todavia, a 1.<sup>a</sup> instância negou-lhe provimento com fundamento no facto de o pai não ser titular de nenhum direito de guarda dos menores à data da deslocação — razão pela qual esta não seria ilícita à luz do regulamento 2201/2003 e da Convenção de Haia de 1980 sobre raptos internacionais de crianças.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Cfr. acórdão *Fransson*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C617/10, considerando 19.

<sup>23</sup> Cfr. acórdão *Fransson*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C617/10, considerando 22.

<sup>24</sup> Cfr. acórdão *McB*, de 5 de outubro de 2010, proc. C-400/10 PPU.

<sup>25</sup> Cfr. acórdão *McB*, de 5 de outubro de 2010, proc. C-400/10 PPU, considerando 48.

<sup>26</sup> Cfr. acórdão *McB*, de 5 de outubro de 2010, proc. C-400/10 PPU, considerando 36, no qual o TJUE salienta que, por força do art. 60.º do regulamento 2201/2003, nas relações entre



Neste contexto, em sede de recurso, a Suprema Corte da Irlanda reenvia ao TJUE a fim de saber se o direito da União se opõe a que um Estado-Membro sujeite a aquisição do direito de guarda por parte do pai de um menor (que não casou com a mãe do mesmo) à obtenção de uma decisão judicial que lhe atribua tal direito (e que é suscetível de tornar ilícita a deslocação da criança e sua retenção pela mãe). A interpretação solicitada ao TJUE releva para o tribunal do reenvio porque o conceito de guarda passou a ser definido pelo regulamento 2201/2003. A Suprema Corte da Irlanda reconhece que a interpretação das disposições de direito da União é da competência do TJUE e não se exime de transmitir-lhe a sua opinião: considera que nem o Regulamento em causa, nem o art. 7.º da CDFUE (relativo ao respeito pela vida familiar) implicam que o pai de um menor deva necessariamente ser considerado titular de um direito de guarda sobre a criança, para efeitos da determinação da ilicitude da sua deslocação, caso não exista uma decisão judicial que lhe atribua tal direito.

A admissibilidade do reenvio prejudicial foi questionada pela Comissão e pelo Governo alemão porque, alegadamente, o processo principal a tramitar na Irlanda não teria por objeto o regresso dos menores nos termos do art. 11.º do regulamento 2201/2003, mas sim a obtenção de uma decisão judicial, prévia ao regresso, comprovando a ilicitude da transferência dos mesmos — que em última análise seria regulada pelo direito nacional. Logo, a questão prejudicial submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio seria prematura. Embora o acórdão não o refira, não é propriamente árduo constatar que, subjacente ao questionamento sobre a admissibilidade do reenvio estava o temor de que o TJUE fosse acusado de proferir uma decisão *ultra vires*, especialmente tendo em conta a decisão do Conselho Europeu sobre as preocupações do povo irlandês a respeito do Tratado de Lisboa, segundo a qual nenhuma disposição do referido tratado, que confere um estatuto jurídico à CDFUE, afeta de modo algum o alcance e a aplicabilidade da proteção da família consagrada na Constituição da Irlanda.<sup>27</sup>

O TJUE enfrentou o questionamento da admissibilidade começando por lembrar que, segundo a sua jurisprudência assente, «a presunção de pertinência das questões prejudiciais submetidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais só pode ser ilidida em casos excepcionais, nomeadamente quando é manifesto que a interpretação solicitada das disposições do direito da União mencionadas nessas questões não tem nenhuma relação com a realidade ou

---

EstadosMembros, o regulamento prevalece sobre a Convenção de Haia de 1980. Sem prejuízo da primazia do referido regulamento, a Convenção continua a produzir efeitos entre os EstadosMembros que sejam partes contratantes nesta Convenção. Assim, os raptos de menores de um EstadoMembro para outro são regulados por um conjunto de normas constituído pelas disposições da Convenção de Haia de 1980, conforme complementadas pelas disposições do regulamento 2201/2003, tendo sempre em conta a prevalência aplicativa das disposições daquele regulamento.

<sup>27</sup> Cfr. Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de 18-19 de junho de 2009.

com o objecto da lide principal». Ora, no caso em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio considerava necessária a interpretação do regulamento 2201/2003, e nomeadamente do seu art. 2.º, n.º 11,<sup>28</sup> a fim de bem decidir sobre o pedido que lhe fora submetido, tendente a obter uma decisão ou um atestado comprovativo da ilicitude da deslocação ou da retenção dos menores em causa no litígio no processo principal. Portanto, não se afigurava que a interpretação solicitada pelo órgão jurisdicional de reenvio fosse desprovida de pertinência em face da decisão que era chamado a proferir.<sup>29</sup>

Quanto ao mérito da questão o TJUE começou por distinguir entre a definição do conceito de guarda (por um lado) e a designação do titular do direito de guarda (por outro), basicamente porque o conceito de guarda é definido pelo direito da União, sendo autónomo em relação ao direito nacional. Nesta medida, deve ser uniformemente aplicado em todo o espaço da União e abrange o direito de o titular da guarda decidir sobre o lugar de residência do menor. De qualquer forma, o regulamento 2201/2003 não estabelece quem deva ter o direito de guarda suscetível de tornar ilícita a deslocação de um menor — antes remete tal designação para o direito do Estado-Membro onde a criança tenha a sua residência habitual antes da deslocação. Portanto, é o direito nacional quem determina as condições em que o pai natural adquire o direito de guarda do seu filho. Logo, o carácter ilícito de uma deslocação depende exclusivamente de um direito de guarda que é violado — e quem determina o seu titular é o direito nacional.<sup>30</sup>

Ainda assim, o TJUE não se eximiu de responder se o direito ao respeito da vida familiar (art. 7.º da CDFUE e 8.º da CEDH) e os direitos das crianças (art. 24.º da CDFUE) têm incidência naquela interpretação entretanto feita do regulamento 2201/2003 — o que denota a interatividade entre ordens jurídicas patente na «área europeia de direitos fundamentais». Urge compreender que os direitos fundamentais consagrados nas Constituições nacionais não perderam operatividade nem foram esvaziados de sentido. Mas em largos domínios que integram o âmbito de aplicação do direito da União (num sentido bastante amplo, como estamos a ver) as Constituições nacionais «estão em

<sup>28</sup> O artigo 2.º, n.º 9, do regulamento 2201/2003 define o «direito de guarda» como visando «os direitos e as obrigações relativos aos cuidados devidos à criança e, em particular, o direito de decidir sobre o seu lugar de residência». O artigo 2.º, n.º 11, do mesmo regulamento precisa que a «[d]eslocação ou retenção [...] de uma criança» é ilícita quando:

«a) Violar 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; e

b) No momento da deslocação ou retenção, o direito de guarda estivesse a ser efectivamente exercido, quer conjunta, quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção. Considerase que a guarda é exercida conjuntamente quando um dos titulares da responsabilidade parental não pode, por força de uma decisão ou por atribuição de pleno direito, decidir sobre [o] local de residência da criança sem o consentimento do outro titular da responsabilidade parental».

<sup>29</sup> Cfr. acórdão *McB*, de 5 de outubro de 2010, proc. C-400/10 PPU, considerando 37.

<sup>30</sup> Cfr. acórdão *McB*, de 5 de outubro de 2010, proc. C-400/10 PPU, considerando 44.

rede» (na expressão de Gomes Canotilho), ou seja, convivem com normas de direitos fundamentais de distintas fontes, das quais derivam vários *standards* de proteção porventura mais elevados, aos quais o cidadão europeu tem o direito de aceder (sobretudo por via da jurisprudência do TJUE, que faz precedente vinculativo para todo o espaço da União).

McB alegava que a interpretação do regulamento 2201/2003 sugerida pelo TJUE seria incompatível com a proteção dos direitos fundamentais consagrados na CDFUE. Para os efeitos daquele regulamento, o direito de guarda deveria ser adquirido de pleno direito pelo pai natural no caso de este manter com os seus filhos uma vida familiar idêntica à de uma família baseada no casamento. Se não fosse adotada esta interpretação da CDFUE, o direito potencial do pai, que lhe permite apresentar um pedido ao órgão jurisdicional nacional competente e, eventualmente, obter o direito de guarda, seria privado de qualquer efeito útil em consequência de atos levados a cabo unilateralmente pela mãe e contra a vontade do pai. Importava, portanto, verificar se o respeito aos direitos fundamentais do pai natural e dos seus filhos obstava à interpretação do regulamento 2201/2003 aventada pelo TJUE e referida *supra*.

O TJUE começou por alertar que era «chamado a interpretar, à luz da Carta, o direito da União nos limites das competências atribuídas a esta». <sup>31</sup> Assim, no âmbito do processo McB, importava considerar a Carta apenas para efeitos da interpretação do regulamento 2201/2003, «sem proceder a uma apreciação do direito nacional enquanto tal». Tratavase, mais especificamente, de verificar se as disposições da Carta porventura obstavam à interpretação do regulamento pretendida pelo TJUE, tendo em conta, nomeadamente, a remissão para o direito nacional que esta interpretação implicava. <sup>32</sup> Importa notar que o TJUE, mantendo-se aparentemente fiel às limitações do art. 51.º, n.º 1, da CDFUE, acaba necessariamente por pronunciar-se sobre a compatibilidade da solução irlandesa com a «**multilevel protection of fundamental rights**» <sup>33</sup> no contexto da União Europeia — a que preferimos chamar, em língua portuguesa, de «interjusfundamentalidade» (Gomes Canotilho).

Estando em causa direitos fundamentais simultaneamente protegidos pela CDFUE e pela CEDH, o TJUE habitualmente entabula um diálogo com a jurisprudência do TEDH sobre a matéria. O TEDH já havia decidido sobre uma situação fática idêntica a do processo principal, tendo o filho de duas pessoas não casadas sido deslocado para outro Estado-Membro pela mãe.

<sup>31</sup> Cfr. acórdão *McB*, de 5 de outubro de 2010, proc. C-400/10 PPU, considerando 51.

<sup>32</sup> Cfr. acórdão *McB*, de 5 de outubro de 2010, proc. C-400/10 PPU, considerando 52.

<sup>33</sup> A expressão é utilizada por Marta Cartabia parafraseando Ingolf Pernice e o seu «multilevel constitutionalism». Cfr- Marta Cartabia, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Raffaele Bifulco/Marta Cartabia/Alfonso Celotto (coord.), Il Mulino, Bologna, 2001, p. 348, onde se afirma que o art. 51.º da CDFUE acolhe a jurisprudência da incorporação («incorporation») — de origem norte-americana e ligada à aplicação da 14.ª Emenda à Constituição dos EUA —, segundo a qual os direitos fundamentais europeus vinculam não apenas as instituições da União mas também as instituições nacionais quando aplicam o direito da União.

O TEDH decidiu, no essencial, que uma legislação nacional que concede, de pleno direito, a autoridade parental sobre um menor apenas à mãe deste, não é contrária ao art. 8.º da CEDH interpretado à luz da Convenção de Haia de 1980, «caso autorize o pai do menor, que não dispõe da autoridade parental, a requerer ao órgão jurisdicional nacional competente a alteração da atribuição desta autoridade». <sup>34</sup> Todavia, uma legislação nacional que não conceda ao pai natural qualquer possibilidade de obter o direito de guarda do seu filho, caso não exista o acordo da mãe, constitui uma discriminação injustificada contra o pai e viola, por conseguinte, o art. 14.º da CEDH, lido em conjugação com o seu art. 8.º <sup>35</sup>

Por conseguinte, o TJUE decidiu que o facto de o pai natural não ser, ao contrário da mãe, automaticamente titular de um direito de guarda do seu filho na aceção do art. 2.º do regulamento 2201/2003, não afeta o conteúdo essencial do seu direito à vida familiar. De qualquer forma, o art. 7.º da CDFUE deve ser lido em conjugação com a obrigação de levar em consideração o interesse superior do menor, reconhecido no art. 24.º, n.º 2, da referida Carta, e tendo em conta o direito fundamental de o menor manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os progenitores, enunciado no n.º 3 do mesmo artigo 24.º <sup>36</sup> Nestas condições, o regulamento 2201/2003 deve ser interpretado no sentido de que não obsta a que o direito de um Estado-Membro sujeite a aquisição do direito de guarda por parte do pai de um menor, não casado com a mãe deste último, à obtenção pelo pai de uma decisão do órgão jurisdicional nacional competente que lhe atribua tal direito, que é suscetível de tornar ilícita, nos termos do art. 2.º, n.º 11 do regulamento, a deslocação da criança pela mãe ou a sua retenção. <sup>37</sup>

Por mais voltas que o TJUE tente dar, é evidente que acaba por testar a compatibilidade da solução nacional com o direito da União à luz da CDFUE — ainda que esteja sempre a interpretar o direito da União que autoriza o direito nacional a regular uma dada esfera da realidade. Importa, de qualquer forma, notar as cautelas adotadas pelo TJUE, no sentido de definir os limites da sua jurisdição. Tal resulta patente não só quando decide 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, iria contra as exigências de segurança jurídica e a necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros, na aceção do artigo 52.º, n.º 1, da Carta, no caso em apreço os da mãe», <sup>38</sup> mas também quando reconhece que «tal solução poderia violar

<sup>34</sup> Cfr. acórdão *Guichard c. França*, de 2 de setembro de 2003; e acórdão *Balbotin c. Reino Unido*, de 14 de setembro de 1999.

<sup>35</sup> Cfr. acórdão *Zaunegger c. Alemanha*, de 3 de dezembro de 2009.

<sup>36</sup> Cfr. acórdão *McB*, de 5 de outubro de 2010, proc. C-400/10 PPU, considerando 57-63.

<sup>37</sup> Cfr. acórdão *McB*, de 5 de outubro de 2010, proc. C-400/10 PPU, considerando 64.

<sup>38</sup> Cfr. acórdão *McB*, de 5 de outubro de 2010, proc. C-400/10 PPU, considerando 59.

o artigo 51.º, n.º 2, da Carta». <sup>39</sup> Ou seja, o TJUE respeita a repartição de competências entre União e Estados-Membros estabelecida nos tratados constitutivos mas não se exime de interpretar, à luz da CDFUE, toda a normativa europeia ou nacional que recaia no/interaja com o âmbito de aplicação do direito da União.

B) Acompanhemos agora os contornos do processo *Fransson*. No âmbito do litígio no processo principal, H. Åkerberg Fransson respondia, perante os tribunais suecos, pelo crime de fraude fiscal agravada. Era acusado de, nas suas declarações fiscais relativas aos períodos tributáveis de 2004 e 2005, ter fornecido informações «inexatas» que expuseram o Tesouro à perda de receitas relacionadas com a cobrança do imposto sobre o rendimento e do imposto sobre o valor acrescentado (IVA). Segundo a acusação, as infrações deviam ser consideradas agravadas devido à importância dos montantes em causa e por se enquadrarem no âmbito de uma atividade criminosa sistemática de grande envergadura.

Neste contexto, o tribunal do reenvio perguntou ao TJUE se havia de interpretar o princípio *ne bis in idem*, enunciado no art. 50.º da CDFUE, no sentido de que se opõe a que sejam intentados contra o arguido processos-crime por fraude fiscal quando já foi alvo de uma sobretaxa fiscal pelos mesmos factos de falsa declaração. Os Governos sueco, checo, dinamarquês, irlandês e neerlandês — bem como a Comissão Europeia — contestaram a admissibilidade das questões prejudiciais. Consideraram que o TJUE só seria competente para responder às mesmas se as sobretaxas fiscais aplicadas a Åkerberg Fransson, bem como o processocrime intentando contra ele, resultassem da aplicação do direito da União. Entendiam, todavia, que tal não era o caso. Assim, como as sanções em causa não recaíam no âmbito de aplicação do direito da União, não estariam (supostamente) submetidas ao princípio *ne bis in idem* patente no art. 50.º da CDFUE.

O TJUE ressaltou, entretanto, que as sobretaxas fiscais e o processocrime em causa no processo principal estavam relacionados com o incumprimento de obrigações de declaração em matéria de IVA — e que, por força das disposições das chamadas diretivas IVA, os Estados-Membros têm a obrigação de tomar todas as medidas legislativas e administrativas necessárias para garantir a cobrança do mesmo e lutar contra a fraude. Mais lembrou que o art. 325.º do TFUE obriga os Estados-Membros a combater as atividades ilícitas lesivas dos interesses financeiros da União através de medidas dissuasivas e efetivas. Assim, uma vez que os recursos próprios da União compreendem 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 orça-

---

<sup>39</sup> *Idem*.

mento 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». <sup>40</sup>

Nesta medida, o TJUE concluiu que as sobretaxas fiscais e os processos-crime por fraude fiscal, como aquele de que o arguido em causa no processo principal foi ou era alvo com fundamento na falsidade das informações fornecidas em matéria de IVA, constituíam uma aplicação dos arts. 2.º, 250.º, n.º 1, e 273.º da diretiva 2006/112 (anteriormente artigos 2.º e 22.º da sexta diretiva IVA) e do artigo 325.º TFUE e, portanto, do direito da União, na aceção do art. 51.º, n.º 1, da Carta. E porventura o mais relevante: o facto de as regulamentações nacionais que servem de fundamento às referidas sobretaxas fiscais e processos-crime não terem sido adotadas para transpor a diretiva 2006/112 «não é suscetível de pôr em causa esta conclusão, uma vez que com a sua aplicação se pretende punir uma violação das disposições da referida diretiva e que se visa, portanto, dar execução à obrigação imposta pelo Tratado aos Estados-Membros de punir de forma efetiva os comportamentos atentatórios dos interesses financeiros da União». <sup>41</sup> Ou seja, legislação nacional que não tenha sido adotada para fins de transposição de uma diretiva num sentido estrito pode com ela interagir e/ou conflitar e, nesta medida, recair no seu campo de aplicação.

Assim, o tribunal do reenvio teria de aferir da conformidade da disposição/medida nacional com os direitos fundamentais protegidos pela Carta, ainda que a atuação do seu Estado-Membro não fosse inteiramente determinada pelo direito da União — estando, pois, em causa a aplicação do direito da União na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta. E, nestas circunstâncias, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais só podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais se tal aplicação não comprometer o nível de proteção (mais elevado) decorrente da CDFUE, «nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União» — como explicou o TJUE no acórdão *Melloni* de 2013, <sup>42</sup> como veremos.

Importa salientar que a definição do âmbito de aplicação do direito da União para fins do art. 51.º, n.º 1, da CDFUE não é pacífica — sobretudo porque o TJUE tem feito uma interpretação significativamente ampla daquele âmbito.<sup>43</sup> O próprio Advogado-Geral Cruz Villalón, nas suas conclusões no processo *Fransson*, defendeu que a questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio ao Tribunal de Justiça não devia ser considerada como um caso de aplicação do direito da União no sentido do art. 51.º, n.º 1, da Carta,

<sup>40</sup> Cfr. acórdão *Fransson*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C617/10, considerando 26.

<sup>41</sup> Cfr. acórdão *Fransson*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C617/10, considerando 28.

<sup>42</sup> Cfr. acórdão *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C399/11, considerando 63.

<sup>43</sup> Para uma visão crítica, defendendo o gradual abandono da doutrina do «âmbito de aplicação» desenvolvida pelo TJUE em favor dos tribunais nacionais cfr. Pedro Cruz Villalón, “ ‘All the guidance’, ERT and Wachauf”, in *The past and future of EU Law*, Miguel Poiares Maduro/Loic Azoulai (ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010, p. 162-169.

pois lhe parecia «arriscado afirmar que, através de uma disposição como o artigo 273.º da Diretiva 2006/112, se previa uma transferência de todas as garantias constitucionais que regulam o exercício do poder sancionatório dos Estados para a União, desde que esteja em causa a cobrança do IVA». <sup>44</sup> De qualquer forma, não foi este o entendimento que colheu junto da Grande Secção do Tribunal de Justiça. Importa, legitimamente, questionar se poderia ter sido diferente. No atual estágio de integração europeia, e à luz da teoria da organização jurídica dos sistemas federativos, estamos em crer que não — como veremos na conclusão deste texto.

#### 4. DO TESTE DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO EM LITÍGIOS ENTRE PARTICULARS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA *BARTSCH* E *KÜCÜKDEVECİ*

A fim de testar o que recai ou não no âmbito de aplicação do direito da União — e, conseqüentemente, no âmbito de aplicação da CDFUE —, tomemos, a título ilustrativo, algumas decisões do TJUE a propósito da conformidade do direito nacional <sup>45</sup> com o princípio geral da igualdade de tratamento (atual art. 9.º do TUE, densificado em várias disposições do TFUE, e reconhecido como direito fundamental nos arts. 20.º, 21.º e 23.º da CDFUE) e com a diretiva 2000/78 que o concretiza.

Nos termos do seu art. 1.º, a referida diretiva tem por objeto estabelecer um quadro geral de luta contra a discriminação em razão da religião, convicções, deficiência, idade ou orientação sexual, no que se refere ao emprego e à atividade profissional, com vista a pôr em prática nos EstadosMembros o princípio da igualdade de tratamento. Quanto ao seu âmbito de aplicação, dispõe o art. 3.º que, dentro dos limites das competências atribuídas à União, a diretiva é aplicável a todas as pessoas, tanto no setor público como no privado, quanto às condições de emprego e de trabalho, incluindo o despedimento e a remuneração.

O seu art. 6.º dispõe, todavia, que os EstadosMembros podem prever que as diferenças de tratamento «com base na idade» não constituam discriminação se forem objetiva e razoavelmente justificadas por um objetivo legítimo, incluindo os que se relacionem com a política de emprego, do mercado de trabalho e de formação profissional — e desde que os meios para o realizar sejam apropriados e necessários. <sup>46</sup> Assim, como explica a Advogada-

<sup>44</sup> Cfr. conclusões *Fransson*, de 12 de junho de 2012, proc. C617/10, considerando 63.

<sup>45</sup> É certo que o TJUE não interpreta disposições nacionais — interpreta sim disposições europeias. Mas ao responder, a pedido dos tribunais nacionais, se uma disposição europeia deve ser interpretada no sentido de obstar ou não a aplicação do direito nacional, o TJUE acaba por conceder ao tribunal do reenvio todos os elementos para que seja ele próprio a concluir sobre a conformidade (ou não) do direito nacional com o direito da União — e fá-lo por iniciativa do próprio juiz nacional. Por isso já não vale a pena resistir ao facto de que o TJUE acaba por se pronunciar sobre tal conformidade.

<sup>46</sup> Essas diferenças de tratamento podem incluir, designadamente:

a) O estabelecimento de condições especiais de acesso ao emprego e à formação profissional, de emprego e de trabalho, nomeadamente condições de despedimento e remuneração,

-Geral Eleanor Sharpston nas suas conclusões no processo *Bartsch*,<sup>47</sup> a forma precisa como um EstadoMembro opta por fazer uso da exceção prevista no art. 6.º da diretiva 2000/78 está, naturalmente, sujeita à fiscalização do TJUE à luz do princípio geral da igualdade. Esta fiscalização garante que as opções sociais e políticas do EstadoMembro correspondem aos termos da exceção e, portanto, à margem de apreciação deixada ao EstadoMembro.

A) No acórdão *Birgit Bartsch* de 2008<sup>48</sup> o TJUE decidiu que a situação *sub judice* **não seria abrangida pelo** âmbito de aplicação do direito da União. O pedido prejudicial foi apresentado por um tribunal alemão no quadro de um litígio que opunha B. Bartsch à Bosch und Siemens Hausgeräte (a seguir BSH, um fundo de pensões de empresa), a propósito da recusa do pagamento de uma pensão de sobrevivência. O ponto da discórdia residia numa cláusula de um regime profissional de pensões de reforma, nos termos da qual o cônjuge sobrevivente era excluído do direito à pensão de sobrevivência se fosse mais de 15 anos mais novo que o trabalhador falecido. Birgit Bartsch (nascida em 1965) casou, em 1986, com M. H. Bartsch (nascido em 1944 e falecido em 5 de Maio de 2004). Era, portanto, 15 anos mais nova do que o seu cônjuge (ou mais concretamente: quando se casaram Birgit teria a metade da idade do seu cônjuge).

Após a morte do seu marido, B. Bartsch pediu à BSH o pagamento de uma pensão de sobrevivência — que lhe foi recusada em função da referida cláusula de diferença de idades. No recurso para o órgão jurisdicional de reenvio, B. Bartsch alegou que tal cláusula violava o princípio da igualdade de tratamento e não discriminação (então previsto no art. 13.º do Tratado da Comunidade)<sup>49</sup> e era, portanto, «inválida». Neste contexto, o tribunal do reenvio perguntou ao TJUE se uma tal cláusula era contrária ao princípio geral que proíbe a discriminação baseada na idade e convidou o Tribunal de Justiça a precisar as circunstâncias em que este princípio se pode aplicar.

O órgão jurisdicional de reenvio considerava que a pretensão de B. Bartsch não colhia com base no direito nacional, pois embora o direito do trabalho alemão consagrasse o princípio geral da igualdade de tratamento, a

---

para os jovens, os trabalhadores mais velhos e os que têm pessoas a cargo, a fim de favorecer a sua inserção profissional ou garantir a sua proteção;

b) A fixação de condições mínimas de idade, experiência profissional ou antiguidade no emprego para o acesso ao emprego ou a determinadas regalias associadas ao emprego;

c) A fixação de uma idade máxima de contratação, com base na formação exigida para o posto de trabalho em questão ou na necessidade de um período razoável de emprego antes da reforma.

<sup>47</sup> Cfr. conclusões *Bartsch*, de 22 de maio de 2008, proc. 427/06, considerando 89.

<sup>48</sup> Cfr. acórdão *Bartsch*, 23 de setembro de 2008, proc. C427/06.

<sup>49</sup> Que dispunha o seguinte: «Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das competências que este confere à Comunidade, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual».



cláusula da diferença de idades baseava-se num fundamento lícito, qual seja, o da limitação dos riscos assumidos pelos regimes de pensão de reforma voluntários e o objetivo de os tornar mais calculáveis. De qualquer forma, se o princípio fosse aplicável, o seria relativamente ao trabalhador falecido, e não ao cônjuge sobrevivente. Era certo que a cláusula da diferença de idades poderia dar origem a uma discriminação indireta baseada na idade, devido ao facto de a probabilidade de um trabalhador ser afetado aumentar com a sua idade. Em todo o caso, no entendimento do tribunal do reenvio, as justificações da referida cláusula ao abrigo do direito alemão seriam igualmente admissíveis ao abrigo do direito da União.<sup>50</sup>

Confrontado com a questão de saber se um regime profissional de pensões de reforma como o supra descrito era ou não abrangido pela proibição de discriminação em razão da idade prevista no direito da União, o TJUE acompanhou a posição da Advogada-Geral Sharpston segundo a qual «as medidas nacionais só podem ser fiscalizadas com vista a determinar se cumprem tais princípios gerais se forem abrangidas pelo direito comunitário».<sup>51</sup> Ou seja, para que o princípio da não discriminação em razão da idade se aplique num caso como o do processo principal, é necessário que a situação concreta seja abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União. Todavia, naquele processo, «não existe uma regulamentação substantiva específica relevante de direito comunitário que regule a situação susceptível de aplicação do princípio geral da igualdade».<sup>52</sup>

De qualquer forma, acrescenta a Advogada-Geral, «logo que um Estado-Membro tenha transposto a diretiva 2000/78, tanto a regulamentação que o Estado-Membro adopte através da sua legislação, como a aplicação dessa regulamentação por uma entidade patronal individual, no âmbito dos acordos jurídicos privados que estabelecer com os seus trabalhadores, serão objecto de controlo jurisdicional por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais e, caso aplicável, por parte deste Tribunal».<sup>53</sup> O *busíllis* residia, portanto, no facto de a Alemanha não ter ainda transposto a diretiva 2000/78 quando deu entrada no TJUE o pedido de reenvio prejudicial — e não ter, conseqüentemente, definido as exceções admitidas pelo art. 6.º da diretiva, pois o prazo de transposição ainda não tinha expirado à data dos factos.

Decidiu, portanto, o TJUE que «o direito comunitário não contém uma proibição de toda e qualquer a discriminação em razão da idade, cuja aplicação deve ser garantida pelos órgãos jurisdicionais pelos Estados-Membros quando o comportamento eventualmente discriminatório não tenha ligação com o direito comunitário. Tal ligação não é criada pelo artigo 13.º CE nem, em circunstâncias como as do processo principal, pela Directiva 2000/78,

<sup>50</sup> Cfr. conclusões *Bartsch*, de 22 de maio de 2008, proc. 427/06, considerando 17.

<sup>51</sup> Cfr. conclusões *Bartsch*, de 22 de maio de 2008, proc. 427/06, considerando 69.

<sup>52</sup> Cfr. conclusões *Bartsch*, de 22 de maio de 2008, proc. 427/06, considerando 73.

<sup>53</sup> Cfr. conclusões *Bartsch*, de 22 de maio de 2008, proc. 427/06, considerando 91.

antes do termo do prazo fixado ao Estado-Membro em causa para a sua transposição». <sup>54</sup>

Importa notar que a decisão *Bartsch* foi inspirada por uma certa contenção do TJUE na sequência do seu acórdão *Mangold* de 2005 <sup>55</sup> — e as conclusões da Advogada-Geral Sharpston assim o evidenciam <sup>56</sup> —, através do qual o TJUE provocou autênticos “abalos sísmicos” ao decidir que o respeito pelo princípio geral da igualdade de tratamento não pode, enquanto tal, depender do termo do prazo concedido aos Estados-Membros para transpor uma diretiva, cabendo ao órgão jurisdicional nacional «garantir a plena eficácia do princípio geral da não discriminação em função da idade (...) mesmo que o prazo de transposição da referida directiva ainda não tenha terminado», <sup>57</sup> inclusivamente num litígio entre particulares — como era o caso em *Mangold* e também em *Bartsch*.

Ocorre que em *Mangold*, além da diretiva 2000/78 estavam também em causa as disposições da diretiva 1999/70 (relativa aos contratos de trabalho a termo) já transposta para o ordenamento interno; assim, diferentemente da regulamentação nacional controvertida no acórdão *Mangold*, a cláusula da diferença de idades em questão em *Bartsch* não transpunha uma disposição constante da diretiva 2000/78 nem havia sido adotada durante o seu prazo de transposição — daí o recuo do TJUE num litígio entre particulares.

B) A fim de captarmos a evolução da jurisprudência do TJUE e os novos desenvolvimentos na matéria que nos ocupa, apreciemos um acórdão posterior à entrada em vigor da CDFUE. No processo *Seda Küçükdeveci* de 2010 <sup>58</sup> o litígio principal opunha igualmente dois particulares — Seda Küçükdeveci e o seu antigo empregador, a Swedex GmbH & Co. — a respeito do cálculo da duração do aviso prévio aplicável ao seu despedimento. Seda esteve ao serviço da empresa durante 10 anos (desde os seus 18 anos), mas o empregador calculou o prazo de aviso prévio como se a trabalhadora tivesse uma antiguidade de 3 anos (ou seja, em vez de 4 meses, foi-lhe concedido um aviso de 1 mês e tal). Assim o fez porque o Código Civil alemão previa que o tempo de trabalho prestado por um trabalhador antes dos 25 anos de idade não seria contabilizado para o cálculo da duração do aviso prévio — o que, na perspetiva de Seda, constituía uma medida discriminatória baseada na idade, contrária ao direito da União, pelo que não devia ser aplicada. Vale referir que o prazo de transposição da diretiva 2000/78 já tinha terminado no dia em que ocorreu o despedimento e que a mesma já tinha sido transposta.

O tribunal do reenvio, pronunciando-se em sede de recurso, considerou que o Código Civil alemão continha uma diferença de tratamento que se

<sup>54</sup> Cfr. acórdão *Bartsch*, 23 de setembro de 2008, proc. C427/06, considerando 25.

<sup>55</sup> Cfr. acórdão *Mangold*, de 22 de novembro de 2005, Processo C-144/04.

<sup>56</sup> Cfr. conclusões *Bartsch*, de 22 de maio de 2008, proc. 427/06, considerando 31.

<sup>57</sup> Cfr. conclusões *Bartsch*, de 22 de maio de 2008, proc. 427/06, considerando 77.

<sup>58</sup> Cfr. acórdão *Küçükdeveci*, de 19 de janeiro de 2010, proc. C555/07.

baseava na idade e, embora não estivesse convencido do caráter inconstitucional da disposição, considerava, pelo contrário, que a sua conformidade com o direito da União seria questionável. Pergunta então se a eventual existência de uma discriminação direta em razão da idade deve ser analisada à luz do direito primário da União ou à luz da diretiva 2000/78. Sublinhando que a disposição nacional em causa é clara e que, caso se colocasse a questão da sua interpretação, o seu resultado não seria conforme com a referida diretiva — e o órgão jurisdicional nacional teria porventura de a desaplicar num litígio entre particulares —, decide submeter um pedido de decisão prejudicial ao TJUE a fim de que este confirme a suposta incompatibilidade da disposição nacional com o direito da União.

O TJUE começa por explicar que, para que o princípio da não discriminação em razão da idade se aplique a uma situação semelhante à do litígio no processo principal, é necessário que esta situação seja abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União. A este respeito, e diferentemente do processo que deu origem ao acórdão *Bartsch*, o comportamento alegadamente discriminatório adotado com base na legislação nacional é posterior à data em que expirou o prazo para a transposição da diretiva 2000/78 — prazo esse que terminou, no que respeita à República Federal da Alemanha, em 2 de dezembro de 2006. Naquela data, lembra o TJUE, os efeitos produzidos pela referida 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 pela referida diretiva, a saber, as condições de despedimento. Com efeito, uma disposição nacional como aquela do Código Civil alemão afeta, certamente, as condições de despedimento dos trabalhadores. Por conseguinte, é com base no princípio geral do direito da União que proíbe as discriminações em razão da idade, tal como concretizado pela diretiva 2000/78, que se há de analisar se o direito da União se opõe a uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal.<sup>59</sup>

O TJUE decidiu que o direito da União se opõe a uma legislação nacional segundo a qual o tempo de trabalho prestado por um trabalhador antes dos 25 anos de idade não seria tido em conta no cálculo do prazo de aviso prévio em caso de despedimento. O TJUE parece reconhecer o impacto da entrada em vigor da CDFUE sobre as relações horizontais (ou seja, entre particulares) nos seguintes termos: «Há igualmente que salientar que o artigo 6.º, n.º 1, do TUE enuncia que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tem o mesmo valor jurídico que os Tratados. Segundo o artigo 21.º, n.º 1, desta Carta, é proibida a discriminação em razão, designadamente, da idade». <sup>60</sup> E mais adiante: «(...) há que sublinhar que a necessidade de garantir a plena eficácia do princípio geral da não discriminação em razão da idade, como concretizado pela Directiva 2000/78, implica que, perante uma disposi-

<sup>59</sup> Cfr. acórdão *Kücükdeveci*, de 19 de janeiro de 2010, proc. C555/07, considerando 23 a 27.

<sup>60</sup> Cfr. acórdão *Kücükdeveci*, de 19 de janeiro de 2010, proc. C555/07, considerando 22.

ção nacional abrangida pelo direito da União, que o juiz nacional considere ser incompatível com o referido princípio e em relação à qual não seja possível uma interpretação conforme com este princípio, o juiz nacional não aplique essa disposição». <sup>61</sup>

Assim, nos referidos litígios entre particulares, a aplicação dos direitos constantes da CDFUE acaba por relacionar-se com a aplicabilidade da diretiva que os concretiza — por isso o TJUE parece menos constrangido quando já expirou o prazo para a sua transposição. As contradições da ausência de efeito direto horizontal das diretivas se tornaram mais evidentes com a entrada em vigor da CDFUE. Isto porque a Carta tem o mesmo valor jurídico dos Tratados nos termos do art. 6.º, n.º 1, do TUE — o que lhe atribui todos os efeitos de que gozam (potencialmente) as disposições que integram o chamado direito primário da União, inclusivamente efeito direto nos litígios entre particulares. Assim, muitos direitos fundamentais contemplados na Carta gozam de efeito direto horizontal — e são concretizados sob a forma de diretivas. Basta pensar que o título IV da CDFUE (Solidariedade) prevê direitos dos trabalhadores frente às empresas que só fazem sentido se criarem obrigações para os particulares e puderem ser invocados nos litígios entre particulares onde se aplique o direito da União, ainda que no art. 51.º, n.º 1, CDFUE os particulares não figurem como destinatários da mesma. De outra forma estar-se-ia a fragilizar a horizontalidade dos direitos fundamentais decorrente das tradições constitucionais comuns — de resto salvaguardadas pelo art. 6.º, n.º 3, do TUE. A favor da vinculação de particulares aos direitos fundamentais também milita a própria unidade da ordem jurídica europeia — pois enquanto as entidades públicas estão obrigadas a interpretar o direito da União em conformidade com os direitos fundamentais, os particulares poderiam colocar em risco o seu efeito útil caso pudessem ignorar os direitos fundamentais no âmbito das suas relações jurídicas. <sup>62</sup>

Ora, se as disposições das diretivas concretizam direitos fundamentais que gozam de efeito direto horizontal, cabe perguntar se isto acarreta a invocabilidade de disposições constantes de diretivas nos litígios entre particulares. O Advogado-Geral Yves Bot equacionou tal problema nas suas Conclusões no processo *Seda Küçükdeveci*, <sup>63</sup> nas quais exortou o TJUE a pronunciar-se sobre tão importante questão. O Advogado-Geral sugere que o TJUE reflita se a identificação dos direitos garantidos por diretivas como direitos fundamentais permite (ou não) reforçar a invocabilidade das diretivas no âmbito de litígios entre particulares. Yves Bot defende que se o tribunal nacional não consegue interpretar o direito interno em conformidade com uma diretiva dispõe, em função dos princípios gerais do direito da União que ela concretiza, do poder de desaplicar o direito nacional contrastante com a diretiva, mesmo

<sup>61</sup> Cfr. acórdão *Küçükdeveci*, de 19 de janeiro de 2010, proc. C-555/07, considerando 53.

<sup>62</sup> Cfr. conclusões *Maribel Dominguez*, de 8 de setembro de 2011, proc. C-282/10, considerando 119.

<sup>63</sup> Cfr. conclusões *Küçükdeveci*, de 7 de julho de 2009, proc. C-555/07, considerando 86.

no âmbito de uma controvérsia entre particulares. Ou seja, o princípio geral do direito da União no qual a diretiva se fundamenta acabaria por refletir-se nas disposições que o concretizam.<sup>64</sup>

## 5. DO TESTE DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO EM DE LITÍGIOS QUE ENVOLVAM ENTIDADES PÚBLICAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA RÖMER

Um exemplo ainda mais recente, a propósito da mesma diretiva 2000/78, ilustra a evolução da jurisprudência do TJUE relativa ao âmbito de aplicação do direito da União pós-CDFUE. Trata-se do acórdão *Römer* de 2011,<sup>65</sup> cujo pedido prejudicial foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe Römer à *Freie und Hansestadt Hamburg* (uma autarquia local, portanto), a respeito do montante da pensão complementar de reforma a que entendia ter direito. Römer trabalhou durante 40 anos para a autarquia local de Hamburgo, na qualidade de empregado administrativo, até ter ficado incapacitado para o trabalho em 31 de Maio de 1990 — e pelo menos durante metade deste período viveu de forma ininterrupta com o seu companheiro. Em 2001 celebraram uma união de facto registada e Römer requer, ao antigo empregador, que o montante da sua reforma fosse recalculado tendo em conta a dedução mais vantajosa do imposto que a nova condição lhe permitia. Todavia a sua pretensão não foi acolhida tendo em conta que, segundo disposições aplicáveis no *Land* de Hamburgo em matéria de previdência social, só os beneficiários casados (que não vivessem duradouramente separados) tinham direito a beneficiar do escalão mais favorável.

Römer reagiu judicialmente alegando que tais disposições deviam ser interpretadas no sentido de incluírem os beneficiários que tenham celebrado uma união de facto registada — e que o seu direito à igualdade de tratamento resultava, em qualquer caso, da diretiva 2000/78. A entidade empregadora contestava alegando que o termo «casado» não podia ser interpretado no sentido pretendido por Römer porque a Constituição alemã colocava o casamento e a família sob a proteção especial do Estado — e que a vantagem concedida às pessoas que constituíram família (ou que possam fazê-lo) tinha por objetivo compensar o encargo financeiro adicional que a situação implica. Importava, portanto, interpretar — além da diretiva 2000/78 — o princípio da não discriminação em razão da orientação sexual e o da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos (atual art. 157.º TFUE). De resto, vale desde já notar que a situação é abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União por conta, precisamente, da remuneração, tal como a define o art. 157.º, n.º 2, do TFUE.

<sup>64</sup> Sobre o tema cfr. Alessandra Silveira/Sophie Perez Fernandes, «De *Van Gend & Loos* a *Maribel Dominguez* — reequacionando o efeito direto das disposições europeias à luz das dinâmicas da integração», in *Estudos em comemoração do XX aniversário da Escola de Direito da Universidade do Minho* (no prelo).

<sup>65</sup> Cfr. acórdão *Römer*, de 10 de maio de 2011, proc. C147/08.

O tribunal do reenvio queria basicamente saber se as pensões de reforma em causa integravam ou não o âmbito de aplicação material da diretiva 2000/78. Tendo em conta o seu art. 3.º, n.º 3 — segundo o qual a diretiva não é aplicável aos «pagamentos de qualquer espécie efectuados pelos regimes públicos» —, a dúvida residia concretamente em saber se o regime em causa, enquanto regime público, escaparia ou não ao âmbito de aplicação da referida diretiva. O TJUE começou por esclarecer que a diretiva «não abrange os regimes de segurança social e de protecção social cujos benefícios não sejam equiparados a uma remuneração, na acepção dada a este termo para efeitos da aplicação do artigo 157.º TFUE, nem os pagamentos de qualquer natureza efectuados pelo Estado que tenham por objectivo o acesso ao emprego ou a manutenção do emprego». <sup>66</sup> Daqui se conclui, continua o TJUE, «que o artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 2000/78 não pode ser interpretado no sentido de que uma pensão complementar de reforma paga por um regime público e que constitui remuneração na acepção do artigo 157.º TFUE escapa ao âmbito de aplicação da referida directiva». <sup>67</sup>

O tribunal do reenvio ainda pretendia saber se o considerando 22.º da diretiva 2000/78, nos termos do qual a «directiva não prejudica as legislações nacionais em matéria de estado civil nem as prestações delas decorrentes», seria passível de afastar a aplicação da diretiva à situação em causa no processo principal. O TJUE lembrou já ter definido o alcance do referido considerando 22.º no seu acórdão *Maruko* de 2008. <sup>68</sup> Como decorre desse acórdão, sendo uma pensão complementar de reforma (como a que está em causa no processo principal) qualificada de «remuneração» na acepção do artigo 157.º TFUE, e enquadrando-se no âmbito de aplicação da diretiva 2000/78, «o vigésimo segundo considerando desta não pode pôr em causa a aplicação da directiva». <sup>69</sup>

Todavia o cerne das dúvidas do tribunal do reenvio residia em saber se o direito da União se opõe ao direito nacional nos termos do qual a pensão paga a um beneficiário casado é mais vantajosa do que a pensão paga a um beneficiário que tenha celebrado uma união de facto registada com uma pessoa do mesmo sexo, na medida em que a disposição nacional em causa constituiria uma discriminação direta ou indireta em razão da orientação sexual. E sobretudo: o tribunal do reenvio pretendia saber se, e em que condições, um objetivo prosseguido por um Estado-Membro, como a protecção do casamento inscrita na sua Constituição, pode justificar uma discriminação em razão da orientação sexual à luz do direito da União.

A fim de responder a tão delicada questão, o TJUE começou por lembrar que, no estado atual do direito da União, a legislação sobre o estado civil das pessoas se insere na competência dos Estados-Membros. Ocorre que a União

<sup>66</sup> Cfr. acórdão *Römer*, de 10 de maio de 2011, proc. C147/08, considerando 32.

<sup>67</sup> Cfr. acórdão *Römer*, de 10 de maio de 2011, proc. C147/08, considerando 33.

<sup>68</sup> Cfr. acórdão *Maruko*, de 1 de abril de 2008, proc. C267/06, considerandos 58-60.

<sup>69</sup> Cfr. acórdão *Römer*, de 10 de maio de 2011, proc. C147/08, considerando 35.

tem competências no domínio da política social (especialmente no que se refere ao emprego e à atividade profissional), sendo o objetivo da diretiva 2000/78 lutar contra certos tipos de discriminação neste domínio (entre as quais figuram as baseadas na orientação sexual), com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento.<sup>70</sup> E resulta da jurisprudência assente do TJUE que, quando uma medida nacional é abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União, deve-lhe respeito. De resto, tal resulta da própria teoria da organização jurídica dos sistemas federativos — que regula o exercício de competências num ordenamento jurídico composto — e é nesta singela ideia onde repousa o princípio da preferência aplicativa do direito da União, mais conhecido por «primado». Assim, o TJUE evoca a repartição de competências para lembrar que, não obstante os Estados-Membros tenham legitimidade para definir o seu regime sobre o estado civil — e lá decidem sobre a equiparação jurídica geral ou não, ou seja, se reservam ou não um regime distinto para as pessoas do mesmo sexo —, o certo é que relativamente aos direitos e obrigações que decorrem do direito da União são obrigados a adaptar-se.

Ora, para o direito da União, a igualdade de tratamento implica a ausência de discriminação (direta ou indireta) por quaisquer dos motivos referidos no art. 1.º da diretiva 2000/78. Nos termos da diretiva (art. 2.º, n.º 2, alínea a) existe discriminação direta sempre que uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é dado a outra pessoa em situação comparável — e existe discriminação indireta quando uma disposição/critério/prática aparentemente neutra produza aquele efeito sem que haja uma justificação razoável para tanto. De qualquer forma, o elemento chave é a comparabilidade — isto é, que as situações sejam comparáveis, ainda que não se exija que sejam idênticas —, e a comparação tem de ser feita de modo específico e concreto (não geral e abstrato) na perspetiva da prestação em causa.

Portanto, o que importa é comparar as situações com base na análise de direitos e obrigações dos casados (por um lado) e dos vinculados por uma união de facto registada (por outro) — e não verificar se o direito nacional procedeu a uma equiparação jurídica geral e completa da união de facto registada ao casamento.<sup>71</sup> Neste sentido, é imperioso concluir que a pensão de reforma de Römer teria sido aumentada se tivesse casado em vez de ter celebrado uma união de facto registada com outro homem. E esse tratamento mais favorável aos casados só estava associado ao casamento entre pessoas de sexo diferente — ou seja, não estava associado a nenhum outro fator como o rendimento do cônjuge ou a existência de filhos.<sup>72</sup> Por tais razões,

<sup>70</sup> Cfr. acórdão *Römer*, de 10 de maio de 2011, proc. C147/08, considerando 38.

<sup>71</sup> Cfr. acórdão *Römer*, de 10 de maio de 2011, proc. C147/08, considerandos 41 a 43.

<sup>72</sup> Cfr. acórdão *Römer*, de 10 de maio de 2011, proc. C147/08, considerando 50.

o TJUE decidiu que o direito da União se opunha à medida nacional em causa no processo principal.

E finalmente, o órgão jurisdicional de reenvio pretendia saber — na hipótese de o TJUE admitir que a desvantagem sofrida por um beneficiário de uma pensão como o recorrente no processo principal constitui uma violação do direito da União —, se o interessado poderia exigir idêntico tratamento mesmo antes de a disposição normativa nacional ser alterada, na medida em que a Freie und Hansestadt Hamburg não é um empregador de direito privado, mas uma autarquia local pública que atua simultaneamente na qualidade de empregador e de legislador no que respeita à referida disposição. O TJUE respondeu que, segundo a sua jurisprudência assente, o juiz nacional encarregado de aplicar, no âmbito da sua competência, as disposições do direito da União, tem a obrigação de garantir a sua plena eficácia e afastar, se for necessário, no exercício da sua própria autoridade, a aplicação de qualquer disposição contrária da legislação nacional, sem ter de pedir ou esperar a sua revogação prévia por via legislativa ou por qualquer outro procedimento constitucional, tendo em conta o primado do direito da União.<sup>73</sup>

Assim, os particulares podem invocar as disposições de uma diretiva junto das autoridades nacionais (máxime dos órgãos jurisdicionais) contra o Estado, qualquer que seja a qualidade em que esteja a atuar (a de empregador ou a de autoridade pública), pois o Estado é, inequivocamente, destinatário das disposições da diretiva desde o momento da sua entrada em vigor, devendo orientar a sua atuação (inclusivamente jurisdicional) no sentido da prossecução das finalidades da diretiva. E os particulares podem fazê-lo mesmo antes do termo do prazo da diretiva — quanto mais não seja para solicitar ao juiz nacional uma interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União. Assim, segundo jurisprudência assente, «uma diretiva pode ser invocada não só contra as autoridades estatais mas também contra organismos ou entidades submetidas à autoridade ou ao controlo do Estado, ou que disponham de poderes exorbitantes que ultrapassam os que resultam das normas aplicáveis nas relações entre particulares, tais como pessoas colectivas territoriais ou organismos que, qualquer que seja a sua forma jurídica, foram encarregados, por força de um acto de autoridade pública, de prestar, sob o controlo desta última, um serviço de interesse público».<sup>74</sup>

## **6. DO PADRÃO DE PROTEÇÃO APLICÁVEL NUM CONTEXTO DE INTER-JUSFUNDAMENTALIDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA *MELLONI***

O problema que se coloca aos tribunais nacionais que se deparam com a aplicação dos direitos fundamentais da União aos casos concretos é precisamente encontrar o padrão de proteção aplicável — pois tal padrão até pode

<sup>73</sup> Cfr. acórdão *Römer*, de 10 de maio de 2011, proc. C147/08, considerando 54.

<sup>74</sup> Cfr. acórdão *Vassallo*, de 7 de setembro de 2006, proc. C180/04, considerando 26.



ser o da sua Constituição nacional, mas sempre por força do direito da União que manda aplicar o nível de proteção mais elevado. Aqui o reenvio prejudicial (art. 267.º TFUE) revela-se indispensável para a determinação do conteúdo normativo aplicável num contexto de interconstitucionalidade. Assim o é porque a entrada em vigor da CDFUE oferece um catálogo de direitos fundamentais a todos os que se submetem à jurisdição da União — que passam a reconhecer, previamente, os seus direitos nesse contexto. Mas tal não altera a essência da construção pretoriana dos direitos fundamentais na União, resultante do diálogo entre jurisdições, porque os direitos fundamentais continuam a ser aplicados segundo critérios próprios do direito da União (ou filtrados pelo modelo jurídico da integração europeia).

Assim, a proteção jusfundamental no contexto da União Europeia depende da assimilação, sobretudo pelos operadores judiciais dos Estados-Membros, de que num contexto de interconstitucionalidade não basta solucionar o problema de direitos fundamentais à luz da Constituição nacional — porque o problema agora diz respeito a todos os cidadãos da União, que podem beneficiar, por via do precedente vinculativo do TJUE, de uma proteção mais elevada. A efetividade do direito da União ficaria ameaçada se os tribunais nacionais resolvessem a questão de jusfundamentalidade que recai no âmbito de aplicação do direito da União exclusivamente à luz da ordem jurídico-constitucional doméstica, pois estariam a impedir que todos os cidadãos europeus beneficiassem do padrão de jusfundamentalidade (mais elevado) aplicável àquela situação concreta.

O TJUE foi confrontado com tal problema no processo *Melloni*<sup>75</sup> — no qual foi pela primeira vez chamado a interpretar/esclarecer o sentido do art. 53.º da CDFUE. Tal artigo dispõe sobre a aplicação do princípio do padrão de proteção mais elevado num contexto de interconstitucionalidade — ou num contexto de «coexistência de distintos instrumentos de proteção de direitos fundamentais», na expressão do Advogado-Geral Yves Bot.<sup>76</sup> Tal princípio preleciona que, se para a solução de uma situação concreta abrangida pelo direito da União forem mobilizáveis normas de vários ordenamentos jurídicos que protegem o mesmo direito fundamental (o ordenamento europeu, o internacional, e o nacional) será aplicável a norma que conceda uma proteção mais elevada ao titular do direito em causa.

O processo prejudicial teve origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC) espanhol segundo a qual a execução de um mandado de detenção europeu, emitido para efeitos do cumprimento de uma sentença proferida à revelia, deve estar *sempre* subordinada à realização de um novo julgamento no Estado-Membro de emissão. Neste pressuposto, o TC espanhol reenviou ao TJUE para saber se o art. 53.º da CDFUE lhe permitia conferir uma proteção mais elevada dos direitos de defesa do arguido do que aquela que, na sua perspetiva, resultaria da aplicação do direito da União.

<sup>75</sup> Cfr. acórdão *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C-399/11.

<sup>76</sup> Cfr. conclusões *Melloni*, de 2 de outubro de 2012, proc. C-399/11, considerando 2.

Ocorre, todavia, que a jurisprudência constitucional espanhola impõe uma condição de compatibilidade duvidosa com o direito da União Europeia, na medida em que o art. 4.º-A, n.º1, da decisão-quadro 2002/584/JAI, relativa ao mandado de detenção europeu e os processos de entrega entre Estados-Membros (conforme alterada pela decisão-quadro 2009/299/JAI), dispõe que quando a pessoa sobre a qual recai o mandado teve conhecimento do julgamento previsto e conferiu mandato a um advogado para o representar, a entrega não pode estar dependente de uma condição tal como aquela que decorre da jurisprudência do TC espanhol — qual seja, a realização de um novo julgamento.

Captemos os factos para bem dimensionar a decisão do TJUE. Em 1 de outubro de 1996 o competente tribunal espanhol entendeu que se justificava a entrega de Stefano Melloni às autoridades italianas, a fim de ser julgado pelos factos constantes dos mandados de detenção n.ºs 554/1993 e 444/1993 — emitidos, respetivamente, em 13 de maio e 15 de junho de 1993. Todavia, por lhe ter sido concedida liberdade mediante o pagamento de caução, Melloni fugiu — pelo que não chegou a ser entregue às autoridades italianas. Por decisão de 27 de março de 1997, o *Tribunale di Ferrara* declarou que Melloni não compareceu no julgamento e ordenou que as notificações passassem a ser feitas aos advogados da sua confiança e por ele designados. Por acórdão de 21 de junho de 2000, proferido pelo *Tribunale di Ferrara*, seguidamente confirmado pelo acórdão de 14 de março de 2003 da *Corte d'appello di Bologna*, Melloni foi condenado sem ter estado presente no julgamento a uma pena de dez anos de prisão, como autor do crime de falência fraudulenta. Por decisão de 7 de junho de 2004, a *Corte Suprema di Cassazione* negou provimento ao recurso interposto pelos advogados de Melloni — e em 8 de junho de 2004 o Procurador da República na *Corte d'appello di Bologna* emitiu o mandado de detenção europeu n.º 271/2004, para execução da pena proferida pelo *Tribunale di Ferrara*.

No seguimento, Melloni foi detido em Espanha mas opôs-se à sua entrega às autoridades italianas — alegadamente por terem sido violados os seus direitos de defesa. Todavia o competente tribunal espanhol entendeu que os direitos de defesa de Melloni tinham sido respeitados, que ele teve conhecimento do processo, e que voluntariamente não compareceu ao julgamento (mas designou dois advogados que o defenderam em três instâncias, esgotando as vias de recurso). Não satisfeito com tal decisão de entrega, Melloni dela interpôs recurso de amparo/queixa constitucional para o TC espanhol, alegando a violação do conteúdo essencial do direito a um processo equitativo consagrado no art. 24.º, n.º 2, da Constituição espanhola, na medida em que a decisão judicial permitiria a entrega a Estados que validam condenações proferidas na ausência do arguido, sem subordinarem a entrega à condição de impugnação de tais condenações.

Segundo o TC espanhol, a dificuldade resulta de a decisão-quadro 2009/299 ter suprimido o art. 5.º, n.º 1, da decisão-quadro 2002/584 e inserido um novo art. 4.ºA. O então art. 5.º, n.º1 previa a possibilidade de a execução

de um mandado de detenção europeu, emitido para cumprimento de uma condenação proferida na ausência do arguido no julgamento, estar subordinada «ao abrigo do direito do Estado-Membro de execução», à condição de «a autoridade judicial de emissão dar garantias consideradas suficientes para assegurar à pessoa sobre a qual recai o mandado de detenção europeu a possibilidade de pedir um novo julgamento que salvaguarde os direitos de defesa no Estado-Membro emissor e de ser julgada presencialmente».

Ora, o novo art. 4.º impede o Estado-Membro de «recusar a execução do mandado de detenção europeu emitido para efeitos de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade se a pessoa não tiver estado presente no julgamento que conduziu à decisão», quando esta, «tendo conhecimento do julgamento previsto, conferiu mandato a um defensor designado por si ou pelo Estado para a sua defesa em tribunal e foi efectivamente representada por esse defensor no julgamento». E decorre dos autos que Melloni mandou dois advogados da sua confiança, aos quais o *Tribunale di Ferrara* notificou a realização futura do julgamento, pelo que ele tinha conhecimento do mesmo. Verificase, igualmente, que Melloni foi efetivamente defendido por esses dois advogados no julgamento em primeira instância e nos posteriores recursos de segunda e terceira instâncias.

Assim, para o TC espanhol colocavase a questão de saber se a decisão-quadro 2002/584 se opunha a que os órgãos jurisdicionais espanhóis subordinassem a entrega de Melloni à possibilidade de a condenação em causa ser revista. No caso de a sua jurisprudência ser incompatível com a decisão-quadro 2002/584, o TC espanhol pretendia saber se a referida decisão-quadro seria compatível com os arts. 47.º e 48.º da CDFUE que asseguram ao arguido o direito a um processo equitativo e o respeito aos direitos de defesa. Ou seja, o TJUE foi chamado não só a interpretar as disposições da decisão-quadro como a apreciar a sua validade à luz da CDFUE. Mas caso a decisão-quadro fosse compatível com a CDFUE, o TC espanhol queria ainda saber se o art. 53.º da CDFUE lhe permitia conferir a Melloni um nível de proteção mais elevado do que aquele que resultaria, na sua perspetiva, da aplicação do direito da União.<sup>77</sup>

O TJUE concluiu que não se tratava de uma situação à qual fosse aplicável o princípio do nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais, pois a jurisprudência do TC espanhol punha em causa a própria efetividade do direito da União. O legislador da União estabeleceu exaustivamente os casos em que não foram violados os direitos processuais de quem não compareceu pessoalmente ao seu julgamento — e por isso o mandado de detenção devia ser executado.<sup>78</sup> Assim, o direito da União autoriza o tribunal nacional a recusar a execução do mandado em situações de revelia — mas impõe limites a esta revelia, isto é, se o arguido foi regularmente citado ou

<sup>77</sup> Cfr. acórdão *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C-399/11, considerando 26.

<sup>78</sup> Cfr. acórdão *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C-399/11, considerando 44.

tiver constituído advogado para o representar não poderá invocar revelia. Por isso a jurisprudência do TC espanhol poderia comprometer a aplicação uniforme do direito da União nos distintos Estados-Membros, na medida em que criava obstáculos à execução do mandado de detenção (em situações de revelia) bastante para além do desejado pelo legislador europeu.

Nesta medida, o TJUE concluiu que «é certo que 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>79</sup> Mas não era de todo o que acontecia naquele caso concreto, pois como explicou o TJUE, o princípio do nível de proteção mais elevado não permite a um Estado-Membro obstar à aplicação de atos do direito da União plenamente conformes à Carta, se não respeitarem os direitos fundamentais garantidos pela Constituição desse Estado. <sup>80</sup> De resto, o TJUE vem afirmando esta ideia desde a célebre decisão *Costa/ENEL*, <sup>81</sup> nos termos da qual a efetividade do direito da União não pode variar de um Estado-Membro para outro em função da legislação interna sem pôr em perigo a realização dos objetivos dos tratados e sem provocar uma diferenciação de tratamento por eles proibida.

Como explicou o Advogado-Geral Poiares Maduro nas suas Conclusões no caso *Arcelor*, «se as constituições nacionais pudessem ser invocadas para impor uma aplicação selectiva e discriminatória das normas comunitárias no território da União, seria alterada, paradoxalmente, a conformidade da ordem jurídica comunitária com as tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros». <sup>82</sup> Consequentemente, «permitir a um Estado-Membro invocar o

<sup>79</sup> Cfr. acórdão *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C-399/11, considerando 60.

<sup>80</sup> Cfr. acórdão *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C-399/11, considerando 58.

<sup>81</sup> Cfr. acórdão *Costa/ENEL*, de 15 de julho de 1964, proc. 6-64.

<sup>82</sup> Cfr. conclusões *Arcelor*, de 21 de maio de 2008, proc. C127/07, considerando 16, onde o Advogado-Geral explica que os tratados exprimem o respeito devido aos valores constitucionais nacionais (cfr. atuais arts. 4.º, n.º 2, e 6.º, n.º 3, do TUE). Os tratados indicam também as medidas adequadas para evitar conflitos, ancorando os fundamentos constitucionais da União nos princípios constitucionais comuns aos Estados-Membros. Assim, é assegurado aos Estados-Membros que o direito da União não ameaçará os valores fundamentais das suas constituições. No entanto, ao mesmo tempo, transferiram para o TJUE a responsabilidade de proteger tais valores no âmbito do direito da União. A este respeito, o Conseil d'État tinha razão, no processo *Arcelor*, ao presumir que há identidade entre os valores fundamentais da sua constituição e os da ordem jurídica europeia. Deve, contudo, sublinharse, explica o Advogado-Geral, que esta congruência estrutural só pode ser garantida num plano sistémico e que só pode existir a nível europeu e através dos mecanismos previstos nos tratados. É esta identidade sistémica que garante que as constituições nacionais não serão violadas, mesmo que já não possam ser utilizadas como normas de referência para a fiscalização da validade dos atos jurídicos europeus. Se assim fosse, na medida em que o conteúdo e os instrumentos de proteção das constituições nacionais variam muito, a aplicação de atos europeus poderia ser objeto de derrogações num Estado-Membro e não noutra. Tal resultado

artigo 53.º da Carta, para subordinar a entrega de uma pessoa condenada sem ter estado presente no julgamento à condição, não prevista pela Decisão Quadro 2009/299, de a condenação poder ser revista no Estado-Membro de emissão, a fim de evitar que seja violado o direito a um processo equitativo e os direitos de defesa garantidos pela Constituição do Estado-Membro de execução, levaria, ao pôr em causa a uniformidade do padrão de proteção dos direitos fundamentais definidos por esta decisão-quadro, a violar os princípios da confiança e do reconhecimento mútuo que esta pretende reforçar e, assim, a comprometer a eficácia da referida decisão-quadro». <sup>83</sup>

## 7. CONCLUSÃO: DA UNIÃO JURÍDICA À UNIÃO POLÍTICA

Os registos históricos revelam que os «Founding Fathers» dos Estados Unidos da América hesitaram quanto à introdução de uma «Bill of Rights» na Constituição de 1787. Tanto que no n.º 84 de *O Federalista*, <sup>84</sup> Alexander Hamilton expôs o receio de que a declaração de direitos implicasse o reconhecimento de faculdades implícitas nas matérias sobre as quais se projetam os direitos fundamentais — o que faria com que a União deixasse de atuar no âmbito das competências atribuídas e passasse a ostentar uma competência geral para a proteção de direitos fundamentais. <sup>85</sup> Qualquer semelhança com o que se passa atualmente na União Europeia não será mera coincidência... Mas foram necessários cem anos (e uma sangrenta guerra civil) para que a aprovação da 14.ª Emenda permitisse que a Carta de Direitos estadunidense fosse aplicada não apenas a nível federal, mas também relativamente aos Estados-Membros. <sup>86</sup> Bem vistas as coisas, e tendo em conta os 60 anos de integração europeia, estamos em vantagem comparativa...

De qualquer forma, e aplacados os temores iniciais, a Carta de Direitos federal revelou-se, nas palavras de James Madison, «uma boa base para apelar ao sentido de comunidade». <sup>87</sup> De resto, a «Bill of Rights» desempenhou

---

violaria os princípios enunciados nos tratados e, em particular, prejudicaria o entendimento da União como uma União de direito.

<sup>83</sup> Cfr. acórdão *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C-399/11, considerando 63.

<sup>84</sup> Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, *O Federalista* (trad. Viriato Soromenho-Marques e João Duarte), Edições Colibri, Lisboa, 2003, p.522.

<sup>85</sup> Sobre o tema cfr. Paloma Biglino Campos, «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», in *Revista de Derecho Comunitario Europeu*, n.º14, 2003, p.45 e ss.

<sup>86</sup> Neste sentido cfr. Viviane Reding [http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/files/fundamental\\_rights\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/files/fundamental_rights_en.pdf)

<sup>87</sup> Cfr. José Gomes André, *Razão e liberdade. A filosofia política de James Madison*, dissertação de Doutoramento em Filosofia (Filosofia da Política e do Direito), Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 2010, p.250, na qual o Autor transcreve o excerto da carta de James Madison a Thomas Jefferson, de 17 de Outubro de 1788, onde Madison refere-se à dimensão simbólica de uma Carta de Direitos federal, enquanto repositório dos valores essenciais de uma comunidade, além da sua utilidade enquanto mecanismo de vigilância do exercício do poder, quer porque define explícitos limites de intervenção, quer porque oferece aos cidadãos uma proteção institucional legalmente reconhecida pela comunidade e autoridades políticas.

um importante papel na preservação do equilíbrio institucional do sistema político estadunidense, investindo os tribunais de uma capacidade efetiva de vigilância sobre a ação do poder legislativo e executivo — tradicionalmente os grandes eixos agregadores da autoridade. Como explica José Gomes André, «a convicção *madisoniana* de que os tribunais viriam a desempenhar um papel fundamental na protecção das liberdades individuais — sugerida inicialmente por *Jefferson* numa carta de 1789 — viria a revelar-se inteiramente certa. Com efeito, os tribunais federais, e muito particularmente o Supremo Tribunal, têm zelado com especial afinco, desde há mais de dois séculos, pela promoção e salvaguarda dos direitos fundamentais inscritos na Carta de Direitos federal». <sup>88</sup>

A própria concepção de justiça constitucional (*judicial review*) é genuinamente devida à imprescindibilidade de uma instância judicial que arbitrasse as concretas controvérsias porventura surgidas entre as distintas entidades federadas. A competência não expressamente prevista de controlar a constitucionalidade das leis foi avocada pela Suprema Corte (a si e aos demais tribunais, na célebre sentença *Marbury c. Madison*) porque indispensável à consolidação do sistema federativo — que não teria a mínima hipótese de sobrevivência se justiça constitucional não fosse competente para controlar o «equilíbrio instável» dos distintos poderes em concorrência, ou o respeito pelo *compromisso constitucional de cooperação*. As circunstâncias políticas do surgimento da *judicial review*, nitidamente determinadas por imperativos de integração e unidade sistémicas, porventura expliquem porque os mecanismos judiciais estadunidenses se revelaram *mais eficientes na protecção das liberdades do cidadão, do que nas prerrogativas dos Estados-Membros*. <sup>89</sup>

O exemplo norte-americano revela que não há, realisticamente, como conceber um sistema federativo que suponha a existência de níveis governativos completamente independentes e que atuem em âmbitos materiais assética e milimetricamente compartimentados. A coexistência sobre o mesmo território e o exercício de competências sobre os mesmos destinatários obriga à prossecução concertada de interesses e à consideração recíproca de perspectivas. Mais: a exigência de um sistema social e economicamente integrado opera no sentido da tendencial equivalência de condições de vida que permitam a consolidação de um mercado minimamente equilibrado. Isto afasta a hipótese da prévia definição de esferas de competências separadas e excludentes: a natureza das coisas fará com que o seu exercício dependa de

---

<sup>88</sup> Cfr. José Gomes André, *Razão e liberdade. A filosofia política de James Madison*, dissertação de Doutoramento em Filosofia (Filosofia da Política e do Direito), Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 2010, p.258, na qual o Autor transcreve o excerto da carta de Thomas Jefferson a James Madison, de 15 de Março de 1789, onde o primeiro refere, enquanto argumento a favor de uma declaração de direitos federal, a capacidade de controlo legal exercida pelo poder judicial.

<sup>89</sup> Sobre o tema cfr. 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, p. 312-314.

circunstâncias fáticas, inclusivamente conjunturais, que ditam a amplitude do interesse geral em cada momento histórico.

Acresce que a abertura dos conceitos constitucionais faz com que, em muitos casos, uma mesma atividade ou situação seja integrável em distintas matérias. Ou seja, é possível que sobre o mesmo espaço físico e sobre o mesmo setor de atividade concorram competências distintas. Isto habitualmente ocorre quando a competência não recai sobre um setor nitidamente identificável, mas sobre uma matéria de contornos flexíveis e tendencialmente ampliáveis, dando origem a uma inevitável zona de contacto e interferência recíproca entre poderes formalmente acometidos.

Não é difícil perceber as razões da influência recíproca e interação dos distintos níveis de poder nos sistemas federativos. E desde que Konrad Hesse traçou a distinção entre necessidade de uniformização, por um lado, e centralização, por outro, que se sabe que a eventual concentração da capacidade decisória primária na esfera da União não conduz necessariamente à centralização. Enquanto uniformização corresponde ao processo de redução das divergências territoriais no tratamento de um setor ou matéria, voltado à progressiva equiparação das situações jurídicas e condições de vida em todo o território da federação, a centralização corresponde ao processo de esvaziamento — e em última análise de liquidação — da capacidade decisória dos níveis periféricos pelo poder central.<sup>90</sup>

Não há, portanto, nada a temer quanto ao contexto de interjusefundamentalidade em que estamos inseridos. Desde que os tribunais nacionais estejam familiarizados com as especificidades da proteção dos direitos fundamentais na União vai se registar, inevitavelmente, a tendencial equiparação das posições jurídicas fundamentais dos cidadãos europeus a partir da prossecução do nível de proteção mais elevado que decorre da CDFUE. Isto não significa que em Portugal possamos invocar as disposições da Constituição alemã ou belga nos litígios abrangidos pelo direito da União; mas significa que a partir do momento em que o TJUE reconhece que o padrão de jusefundamentalidade aplicável a uma situação concreta é o que decorre da Constituição alemã ou belga, em Portugal e no resto da União, por força do precedente vinculativo, todos beneficiam daquele padrão de proteção considerado o mais elevado. Haverá fundadas razões jurídicas para opor-se a isto?

---

<sup>90</sup> Sobre o tema cfr. 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, p.267-275.