

Alguns problemas sobre a tutela dos direitos
fundamentais na jurisprudência do Tribunal de Justiça
da União Europeia: os casos Viking e Laval

Some problems for the protection of fundamental
rights in the jurisprudence of the Court of Justice
of the European Union: the Viking and Laval cases

PEDRO OLIVEIRA

VOL. 7 Nº 2 SETEMBRO 2020

WWW.E-PUBLICA.PT



COM O APOIO DE:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

ALGUNS PROBLEMAS SOBRE A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: OS CASOS *VIKING* E *LAVAL*

SOME PROBLEMS FOR THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION: THE *VIKING* AND *LAVAL* CASES

PEDRO OLIVEIRA¹

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Pátio da Universidade
3004-528 Coimbra - Portugal
pedro_amri@hotmail.com

Resumo: Na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria laboral destacam-se as decisões proferidas nos casos *Viking* e *Laval*. Mais de uma década depois, as ondas-de-choque geradas por estes arestos continuam a fazer-se sentir, condicionando o presente e o futuro do direito do trabalho da União. Este estudo busca reflectir criticamente sobre essa linha jurisprudencial, a qual, entre outras coisas, constitui um barómetro privilegiado de uma das maiores tensões constitucionais da União Europeia, no choque entre liberdades económicas decorrentes do Tratado e os direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e nas Constituições nacionais.

Palavras-chave: *Viking*; *Laval*; liberdades económicas; direitos fundamentais; direito do trabalho da União Europeia.

Sumário: 1. Introdução; 2. Recordando os casos *Viking* e *Laval*; 3. Os problemas; 4. Análise crítica; 4.1. *Viking*; 4.2. *Laval*; 5. Em busca da reconciliação entre liberdades económicas e direitos fundamentais; 6. Um caminho ainda *in fieri*.

Abstract: *Viking* and *Laval* are well-known judgments from the Court of Justice of the European Union on the labour field. More than a decade later, they seem to continue restraining the present and the future of EU labour law. This study seeks to reflect critically on that jurisprudence, which certainly constitutes a privileged barometer of one of the biggest constitutional tension in the European Union, namely the collision between economic freedoms stated by the Treaties and the rights laid down by the EU Charter of Fundamental Rights and by the national constitutional laws.

1. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais (Menção em Direito Laboral) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Doutorando em Direito Público (Direito da União Europeia) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Bolseiro da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (SFRH/BD/146029/2019); Membro da Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional (Cielo). pedro_amri@hotmail.com

Keywords: *Viking Laval*; economic freedoms; fundamental rights; EU labour law.

Summary: 1. Introduction. 2. Recalling the *Viking and Laval* cases. 3. The problems. 4. Critical analysis. 4.1. *Viking*. 4.2. *Laval*. 5. In search of reconciliation between economic freedoms and fundamental rights. 6. A path still *in fieri*.

1. Introdução

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria laboral destacam-se, sem dúvida, as decisões proferidas nos casos *Viking*² e *Laval*³. Mais de uma década depois, as ondas-de-choque geradas por estes arestos continuam a fazer-se sentir, condicionando o presente e o futuro do direito do trabalho da União.⁴ Além das consequências imediatas para os trabalhadores do espaço europeu, a doutrina decorrente de *Viking e Laval* colocou claramente em relevo quer as aporias e dificuldades na articulação entre o sistema jurídico da União e as ordens constitucionais domésticas, quer, ainda, zonas de clivagem com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cuja jurisdição, com diversos contornos, é certo, se realiza, como é sabido, num âmbito tendencialmente sobreponível⁵.

2. Acórdão do TJUE de 11.12.2007, processo C-438/05, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti. Todos os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (e as respectivas conclusões dos advogados gerais) citados neste artigo encontram-se disponíveis no sítio da internet https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/. O último acesso foi a 30 de Março de 2020.

3. Acórdão do TJUE de 18.12.2008, processo C-341/05, Laval un Partneri Ltd contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet. A doutrina aqui firmada seria seguida pelo Tribunal de Justiça, formando o quarteto *Laval/Viking*, no Acórdão do TJUE de 03.04.2008, processo C-346/06, Dirk Rüffert contra Land Niedersachsen e no Acórdão do TJUE de 19.06.2008, processo C-319/06, Comissão Europeia contra Grão-Ducado do Luxemburgo.

4. Assim escreve E. FRANTZIOU, "Most of the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable: ECJ 6 November 2018, joined cases C-569/19 and C-570/16, Bauer et al", *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, p. 329: "Viking heritage continues to hold much their ground". Na mesma linha, S. GIUBBONI, "Freedom to conduct a business and EU labour law", *European Constitutional Law Review*, 14, 2018, p. 179 e A. DAVIES, "How has the Court of Justice changed its management and approach towards the social *acquis*?", *European Constitutional Law Review*, 14, 2018, p. 154, consideram que a doutrina emergente dos casos *Viking e Laval* continua a ter seguimento na judicatura do areópago do Luxemburgo.

5. Não cabe no âmbito do presente estudo abordar esta delicada problemática. De todo o

Sem surpresa, os arestos *Viking* e *Laval* motivaram uma amplíssima reflexão na literatura académica, que alguns compararam a um efeito sísmico⁶. Entre os problemas fulcrais, realça-se a consequência das escolhas (isto é, daquilo que se tencionou priorizar) quanto à ponderação entre o económico e o social, *rectius*, entre as liberdades económicas do mercado interno e os direitos fundamentais dos trabalhadores⁷, bem como, no plano dogmático-constitucional, a dimensão da aplicabilidade directa e horizontal destas mesmas liberdades no conspecto europeu. Para o sobressalto concorre, em suma, o facto de a doutrina fixada em *Viking-Laval* colocar em cheque a imagem (e a substância) do modelo social da União, não por força de intervenção legiferante, mas por via de uma hermenêutica heterodoxa adoptada pelo TJ, que parece emergir como o seu “ápice constitucional” (*constitutional apex*)⁸.

modo, cumpre referir que embora o acórdão *Viking* haja invocado a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a leitura que fez do direito de acção colectiva não corresponde à que vinha sendo sustentada pelo Tribunal do Estrasburgo. Sobre alguns problemas no âmbito do diálogo entre essas duas jurisdições, veja-se R. MOURA RAMOS, “Situação e Desafios da Protecção dos Direitos Fundamentais na União Europeia”, *e-Pública*, Vol. 5, No. 2, 2018, pp. 16-19; C. TIMMERMANS, “The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights”, in A. ARNULL *et al.* (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, London, Hart Publishing, 2011, pp. 151 ss. Para mais desenvolvimentos, cf. L. SHEECK, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2005, pp. 837 ss; S. D. SCOTT, “A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis”, *Common Market Law Review*, n.º 43, 2006, pp. 629 ss; G. HARPAZ, “The Long Way to Harmony”, *European Human Rights Law Review*, 2009, pp. 768 ss; T. LOCK, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT e J. TOMAKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 2183-4; G. MORENO GONZALES, “Viking y Laval en el contexto del pluralismo constitucional y la posibilidad de diálogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *FORO. Revista de Derecho*, no. 22, 2014, pp. 107 e ss.

6. Os casos *Viking* e *Laval* tiveram enorme ressonância doutrinal. Para um estudo amplo na literatura estrangeira, com diferentes perspectivas, veja-se a obra monográfica de M. FREEDLAND e J. ADAMS-PRASSL (eds.), *Viking, Laval and Beyond*, Oxford, Portland, Oregon, 2014. Uma leitura aprofundada, embora circunscrita à doutrina britânica, é a de C. BARNARD, “The calm after the storm: time to reflect on EU (labour) law scholarship following the decisions in *Viking* and *Laval*”, in A. BOGG, C. COSTELLO e A. DAVIES (eds.), *Research Handbook on EU Labour Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 337 ss. Entre nós, cf. B. MESTRE, “The ruling *Laval* un Partneri: clarification and innovation”, *European Law Reporter*, 1, 2008, pp. 2 ss.; M. R. REDINHA, “A vol d’oiseau: desenvolvimentos recentes no direito de greve na União Europeia”, *Revista Eletrónica de Direito*, 1, 2013, pp. 1 ss.; P. MOREIRA, “A inadequação do princípio da proporcionalidade ao direito à greve. Algumas notas da perspectiva do direito português”, *O Direito*, 146, 2014, pp. 145 ss.; H. NEVES e R. SILVA, “Comentários aos Acórdãos *Viking* e *Laval*: o direito de greve na União Europeia”, *Revista Eletrónica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, 28, 2016, pp. 68 ss.; J. GOMES, “Algumas notas sobre o direito à greve e a sua evolução ao nível europeu”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 1, 2017, pp. 157 ss.

7. Chamando a atenção para o problema, C. JOERGES e F. RÖDL “Informal Politics, Formalised Law and the ‘Social Deficit’ of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*”, *European Law Journal*, 15, 2009, p. 1, escrevem: “‘Social Europe’, ie the ensemble of European social and labour law and policy and social rights, has become a wide and opaque field”.

8. Assim, S. GIUBBONI, “The rise and fall of EU labour law”, *European Law Journal*, 24, 2018, p. 12. Em sentido próximo, mas já não em defesa dos trabalhadores e sim do mercado interno, v. S. WEATHERILL, “*Viking* and *Laval*: The EU Internal Market Perspective”, in *Viking*, pp. 239 ss.

Julgamos oportuno, pois, considerar criticamente essa linha jurisprudencial. Ela constitui um barómetro privilegiado de uma das maiores tensões constitucionais da União Europeia, no choque entre liberdades económicas decorrentes do Tratado e os direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁹ e nas Constituições domésticas. Aliás, esta reflexão torna-se ainda mais urgente quando se atentem nas refrações dos casos *Viking* e *Laval* em soluções normativas da União, das quais se destaca a Directiva 2018/957 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, cujo prazo de transposição para os direitos nacionais termina em Julho deste ano.

2. Recordando os casos *Viking* e *Laval*

Antes de passarmos às questões em causa nos arestos *Viking* e *Laval*, recorde-se o essencial do circunstancialismo fáctico.

O caso *Viking* envolveu o Sindicato dos Marítimos Finlandeses e a Federação Internacional dos Trabalhadores dos Transportes (ITF) contra a *Viking Line ABP*, uma empresa finlandesa operadora de serviços de *ferry* entre Helsínquia na Finlândia (Estado-Membro da UE desde 1995) e Talin na Estónia (Estado-Membro da UE desde 2004).

Em 2003, a *Viking* decidiu alterar o pavilhão do seu navio (*Rosella*) da Finlândia para a Estónia, país a partir do qual passaria a prestar serviços, permitindo-lhe assim celebrar um acordo colectivo com um sindicato estónio e, desse modo, aligeirar as condições de trabalho da tripulação da referida embarcação que, embora fosse constituída maioritariamente por trabalhadores finlandeses, viu-se assim, *ex abrupto*, sujeita às regras laborais estónias, consagradoras de salários mais baixos e condições de emprego menos favoráveis.

A *Viking* encetou negociações com o sindicato finlandês com vista ao *re-flagging* do *Rosella*. O sindicato opôs-se a tal medida e decretou uma greve que teria lugar a partir de 2 de Dezembro de 2003 – o direito de greve é um direito fundamental na ordem jurídica interna e vem consignado no artigo 13.º da Constituição finlandesa. Além disso, o sindicato, na qualidade de afiliado da ITF¹⁰, apelou à solidariedade desta no sentido de reportar os factos descritos aos

9. Sobre a Carta, veja-se, entre outros, R. MOURA RAMOS, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 963 ss; os estudos reunidos em A. SILVEIRA e M. CANOTILHO (coord.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, e *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, pp. 2095 ss. Com mais desenvolvimentos sobre o texto da Carta no âmbito do direito laboral da União Europeia, cf. E. ALES, in E. ALES, *et al* (eds.), *International and European Labour Law: A Commentary* Baden-Baden, Nomos, 2018, pp. 195 ss; C. BARNARD, “Are social «Rights» rights?”, *European Labour Law Journal*, 2020, pp. 1 ss.

10. Dentre outras coisas, a ITF dedica-se ao combate do chamado *re-flagging convenience*, como o que estava inscrito no caso *Viking*.

demais afiliados e pedir-lhes que se abstivessem de celebrar eventuais acordos colectivos com a *Viking*. A ITF, considerando que era o sindicato finlandês quem tinha legitimidade para a celebração do acordo, atendeu à solicitação e enviou, a 6 de Novembro de 2003, uma carta informativa a todos os seus membros. Por seu turno, a *Viking*, com receio de ser defrontada com a greve, acatou as exigências do sindicato finlandês, deixando o *re-flagging* em suspenso.

Entretanto, em 18 de Agosto de 2004, pouco tempo depois de a Estónia se ter tornado um Estado-Membro da União Europeia, a *Viking* requereu à *Commercial Court of England and Wales* uma injunção para impedir que a ITF e o sindicato finlandês lançassem mão de acções colectivas *ad futurum* que visassem travar a alteração do pavilhão do *Rosella* para a Estónia. Em 16 de Junho de 2005, a judicatura inglesa reconheceu a pretensão da *Viking* por considerar que as acções colectivas eram contrárias ao Direito da União Europeia. O sindicato finlandês e a ITF recorreram da decisão para a *Court of Appeal*, a qual, a 3 de Novembro de 2005, em sede de reenvio prejudicial, resolveu submeter o caso ao julgamento do Tribunal de Justiça.

No caso *Laval*, a *Baltic Bygg AB*, filial sueca da *Laval un Partneri Ltd* (*Laval*) – empresa letã do sector da construção, foi adjudicada por concurso público em Junho de 2004 para a remodelação de um estabelecimento escolar em Vaxhol, na Suécia.

Por conseguinte, o sindicato sueco dos trabalhadores da construção (*Svenska Byggnadsarbetareförbundet – Byggnads*) – entabulou negociações com a *Laval* com vista à celebração de um acordo de adesão que estendesse a aplicação da convenção colectiva do respectivo sector de actividade aos trabalhadores destacados, de forma a poder negociar com a *Laval*, caso a caso, as remunerações salariais destes. A *Laval* não somente recusou os termos expostos, como também encetou uma nova contratualização com um sindicato letão dos trabalhadores da construção.

Em resposta, o *Byggnads*, apoiado pelo sindicato sueco dos electricistas, desencadeou acções colectivas nos finais de 2004, incluindo um boicote pacífico nas instalações da *Baltic Bygg* – o direito de greve é um direito fundamental à luz da Constituição Sueca.

Por causa disso, a *Laval* intentou uma acção judicial num tribunal do trabalho sueco, na qual invocava a violação do seu direito de livre circulação, consagrado no Tratado, e reclamava, além da declaração de ilegalidade de tais acções colectivas, uma injunção que as interrompesse, bem como uma indemnização a ser paga pelos sindicatos em virtude dos prejuízos financeiros que tivera – a empresa entrara entretanto num processo de liquidação por insolvência. O órgão jurisdicional *ad quem* sueco suspendeu a instância e reenviou ao TJUE as questões atinentes ao caso *sub judice*.

3. Os problemas

Tal como no caso *Laval*, as garantias jurídicas da entidade patronal alegadamente infringidas em *Viking* referiam-se às liberdades económicas do Direito da União Europeia, nomeadamente a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços, estatuídas, respectivamente, nos artigos 49.º e 56.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE)¹¹. Em oposição, tanto o sindicato sueco em *Laval*, como o sindicato finlandês no caso *Viking*, invocaram, em defesa das acções colectivas postas em prática, o direito à greve, constitucionalmente reconhecidos nestes países.¹²

O cerne da questão estava, pois, em saber se o exercício de um direito fundamental de um Estado-Membro poderia colocar em causa as liberdades económicas prioritárias na União, bem como se estas liberdades gozariam de eficácia horizontal directa, no sentido de permitir um particular valer-se delas contra outro particular. A dúvida era reversível: estariam os direitos fundamentais das constituições dos Estados-Membros sujeitos à constrição por força das liberdades do mercado interno?

Este confronto afigurava-se particularmente relevante, na medida em que convocava do Tribunal de Justiça uma posição decisiva para o futuro do direito laboral da União Europeia. No essencial, a decisão a proferir poderia acolher-se a um de dois métodos: *opting-out* ou *opting-in*¹³. Seguindo esta linha de raciocínio, o papel do Tribunal na formação daquele ramo jurídico teria correspondido ao *opting-out* se: (i) seguisse a sua própria jurisprudência precedente (aresto *Albany*) e excluísse as acções colectivas do escopo das disposições do Tratado relativas às liberdades económicas¹⁴; (ii) invocasse o princípio da subsidiariedade, deixando

11. O exercício dessas liberdades foi codificado pela Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno (JO 376/36). É de notar que o artigo 1.º deste normativo estabelece no seu número 6 que “a presente directiva não afecta a legislação laboral, ou seja quaisquer disposições legais ou contratuais em matéria de condições de emprego, de condições de trabalho, incluindo a saúde e a segurança no trabalho, e da relação entre o empregador e o trabalhador, que os Estados-Membros aplicam em conformidade com o respectivo direito nacional no respeito do direito comunitário (...)”. E o n.º 7 remata: “a presente directiva não afecta o exercício dos direitos fundamentais, tal como reconhecidos pelos Estados-Membros e pelo direito comunitário e também não prejudica o direito de negociar, celebrar e aplicar convenções colectivas e o direito de acção colectiva, em conformidade com o direito e as práticas nacionais que respeitam o direito comunitário”. Para mais desenvolvimentos acerca da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, veja-se o importante estudo de C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 381-446. Sobre a interferência da livre prestação de serviços no contexto laboral, veja-se ainda ALES, *et al.* (eds.), *International and European Labour Law*, pp. 77 ss.

12. O direito à greve tem respaldo constitucional em 17 Estados-Membros. Sobre o ponto, cf. D. ULBER, in ALES, *et al.* (eds.), *International and European Labour Law*, p. 1460.

13. Assim, B. BERCUSSON, *European Labour Law*, 2.ª ed., New York, Cambridge University Press, 2009, p. 674.

14. No Acórdão do TJUE de 20.09.1999, processo C-67/96, caso *Albany*, o tribunal considerou (n.ºs 59-60): “é verdade que alguns efeitos restritivos da concorrência são inerentes aos acordos colectivos concluídos entre organizações representativas das entidades patronais e dos trabalhadores. Todavia, os objectivos de política social prosseguidos por esses acordos ficariam

a cargo dos Estados-Membros a apreciação da colisão entre as ordens jurídicas nacionais e comunitária respeitantes ao direito de acção colectiva dos sindicatos e às liberdades económicas dos empregadores¹⁵; ou (iii) recusasse a aplicação das disposições concernentes às liberdades económicas contra os sindicatos (rejeição da eficácia direta horizontal)¹⁶. Em vez disso, e como se verá adiante, a doutrina seguida pelo tribunal nos casos *Viking* e *Laval* configurou o *opting-in*.

4. Análise crítica

4.1 *Viking*

Importa, antes de mais, chamar a atenção para um nódulo problemático a propósito do qual o Tribunal de Justiça não se manifestou, mas que ainda assim não se nos afigura despicando aflorar. Trata-se daquilo que se designa na doutrina por *forum shopping*¹⁷. É sabido que a transnacionalização das acções colectivas potencia o envolvimento das judicaturas de diferentes Estados-Membros. Daqui

seriamente comprometidos se os parceiros sociais estivessem sujeitos ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado na busca em comum de medidas destinadas a melhorar as condições de emprego e de trabalho. Resulta, assim, de uma interpretação útil e coerente das disposições do Tratado, no seu conjunto, que acordos concluídos no âmbito de negociações colectivas entre parceiros sociais com vista a atingir esses objectivos devem ser consideradas, em razão da sua natureza e do seu objecto, *como não abrangidas pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado*” (sublinhado nosso).

15. O n.º 5 do artigo 153.º TFUE exclui *expressis verbis* da competência da União a regulação de tais direitos: “o disposto no presente artigo não é aplicável às remunerações, ao direito sindical, ao direito de greve e ao direito de *lock-out*”.

16. É questionável se os empregadores teriam legitimidade para invocar as disposições do tratado (actuais artigos 49.º e 56.º do TFUE) com o propósito de obstar as acções colectivas promovidas pelos sindicatos. De acordo com a jurisprudência do TJUE, tais normas só são invocáveis em face de uma autoridade pública (eficácia vertical), com excepção daquelas acções envolvendo associações profissionais ou entidades com competência regulatória ou semi-regulatória. Neste sentido, veja-se o Acórdão do TJUE de 15.12.1995, processo C-415/93, caso *Football Association ASBL* e o Acórdão do TJUE de 19.02.2002, processo C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV e Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten. Para uma análise da problemática sobre o efeito directo horizontal nos julgamentos dos casos *Viking* e *Laval*, v. A. DASHWOOD, “Viking and Laval: Issues of Horizontal Direct Effect”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 10, 2008, pp. 527-537; D. WYATT, “Horizontal Effect of Fundamental Freedoms and the Right to Equality After Viking and Mangold and the Implications for Community Competences”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 4, 2008, pp. 5-12; J. VAMVAKA, “Horizontal effect of fundamental rights and freedoms: much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after Viking Line”, *Jean Monnet Working Paper n. 11/09*, 2009, e E. SPAVENTA, “The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law: a Constitutional Order of States?”, in A. Arnulf, et al. (eds.), *Essays in EU Law in Honour of A. Dashwood*, London, Hart Publishing, 2011, pp. 111-112. _

17. Chamando a atenção para o problema no contexto dos casos *Viking* e *Laval*, cf. *Commentary on the EU Treaties*, p. 88; JOERGES E RÖDL, *ELJ*, p. 10; A. DAVIES, “One step forward The Viking and Laval Cases in the ECJ”, *Industrial Law Journal*, 37, 2008, p. 147; B. BERCUSSON, *European Labour Law*, p. 678; F. DORSSEMONT, “The Right to take Collective Action v. Fundamental Economic Freedoms in the Aftermath of Laval and Viking: Foes are forever!”, in M. DE VOS (ed.), *European Union Internal Market and Labour Law: friends or foes?*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 53. Este autor (p. 54) utiliza a seguinte expressão: *party shopping*.

podem resultar algumas dúvidas (que, diga-se de passagem, se fazem também sentir noutros domínios de actuação)¹⁸. Assim: (i) qual o tribunal nacional jurisdicionalmente competente para julgar a licitude de uma acção colectiva dessa natureza; e (ii) qual a lei doméstica subsumível a esses casos?

Estas interpelações, pensadas sobretudo no horizonte do direito internacional privado, demandam especial cautela quando transpostas para o contexto juslaboral europeu, uma vez que as respostas delas emanadas acentuam os riscos de flexibilização e insegurança jurídica neste campo. Ora, sabemos que tribunais diferentes adoptam perspectivas diferentes acerca da legalidade das acções colectivas transfronteiriças. E não foi por acaso, aliás, que a *Viking*, tendo em vista que a sede da ITF estava localizada em Londres, instaurou a acção judicial na *British High Court*. Tratou-se na verdade de uma escolha estratégica: a estreiteza da leitura do intérprete-julgador inglês¹⁹ certamente não coincidiria com a da judicatura finlandesa, caso a conformidade das acções colectivas tivessem sido levadas à apreciação desta, desde logo porque o direito à greve na Finlândia, diversamente da ordem jurídica inglesa, traduz, conforme se referiu, um direito fundamental consagrado na Constituição daquele país.

Acrescente-se, por outro lado, que a nível europeu o direito à greve vem enunciado no artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁰. Isto não significa, porém, que tal desiderato tenha constituído uma via de resolução do problema. A Carta não havia sido ainda equiparada ao patamar do direito primário da União (o que efectivamente aconteceria em Dezembro de 2009). Não obstante,

18. Referimo-nos à dimensão laboral da transmissão transfronteiriça de unidade económica (Directiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001. A este propósito, v. D. NIKSOVA, “Cross-Border Transfers of Undertakings”, in E. KOVÁCS E M. WINNER (eds.), *Stakeholder Protection in Restructuring: Selected Company and Labour Law Issues*, 2019, pp. 201 ss; e J. GOMES E A. CARNEIRO DA FRADA, “Algumas questões – e poucas respostas – sobre a transmissão transfronteiriça de unidade económica”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2018-II, p. 131 ss. Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, v. o relatório da Comissão Europeia intitulado “Study on the application of Directive 2001/23/EC to Cross Border Transfers of Undertakings”, disponível em http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/documentation_en.htm. (acedido em 15 de Março de 2020).

19. Conforme se pode ler em B. BERCUSSON, *European Labour Law*, p. 673, a decisão do intérprete-julgador inglês foi proferida nos seguintes moldes: “EU law overrode any national law, even the national constitution of a Member State”. No entanto, e como bem sublinha o autor (p. 674), “the Treaty provisions on free movement are not absolute. Free movement is limited by public policy considerations, both in the Treaty and as developed by the European Court of Justice through its extensive case-law”.

20. O artigo 28.º da Carta consagra: “os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respectivas organizações, têm, de acordo com o direito da União e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e de celebrar convenções colectivas aos níveis apropriados, bem como de recorrer em caso de conflito de interesses, a acções colectivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve”. Segundo J. LEITE, “Anotação ao artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, in SILVEIRA E CANOTILHO, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, p. 340, “à autotutela coletiva associa-se, com mais frequência, a greve, em alguns sistemas nacionais, também o locaute, mas várias outras formas de acção coletiva se podem considerar suas modalidades ou formas de expressão, como a reunião, a manifestação, o abaixo-assinado, o label, o boicote, etc.”. Sobre este aspecto, veja-se ainda ULBER, in ALES, et al. (eds.), *International and European Labour Law*, pp. 1474-6.

o TJUE, embora de forma “defensiva”²¹, invocou-a no caso *sub judice*, acabando aqui por replicar outras dificuldades que até hoje parecem limitar o alcance das garantias nela consagradas: distinção entre direitos e princípios²². Nos dizeres do tribunal, “embora o direito de desencadear uma acção colectiva, incluindo o direito de greve, deva, assim, ser reconhecido enquanto direito fundamental que constitui parte integrante dos princípios gerais do direito comunitário cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça, é também verdade que o seu exercício pode ser sujeito a determinadas restrições”²³.

O reconhecimento do direito de acção colectiva, incluindo à greve, enquanto princípio geral do direito do trabalho da União Europeia, não clarificaria, contudo, se a colisão entre este direito e as liberdades económicas é conciliável, e nem de que modo este conflito tem de ser legalmente construído.

O TJUE, ao arrepio do que defendera anteriormente²⁴, afirmou que as acções

21. Neste sentido, cf. DAVIES, *ILJ*, p. 139; N. HÓS, “The Principle of Proportionality in the Viking and Laval Cases: An Appropriate Standard of Judicial Review?”, *EUI-LAW Working Papers*, no. 2009/06, April 9, 2009, p. 245, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1553158>, (acedido em 15 de Março de 2020); e J. MOSES, “Is Constitutional Symmetry Enough? Social Models and Market Integration in the US and Europe”, *Journal of Common Market Studies*, 49, 2011, p. 826. Com uma leitura mais optimista, v. M. CORTI, “Le decisión ITF e LAVAL della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro por l’Europa Sociale”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n.º 1, 2008 p. 249, e A. BAYLOS, “El derecho de huelga en Europa puesto en cuestión: la sentencia del Tribunal de Justicia sobre el caso Viking”, disponível em www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99999/115076, (acedido em 15 de Março de 2020)

22. Escrevendo a este propósito, MOURA RAMOS, *e-P*, p. 16, observa que “muito embora a Carta se refira ao reconhecimento destes direitos, muitas vezes, nos casos e nas condições previstos pelo direito da União e pelas legislações e práticas nacionais, importa saber em que termos a fundamentalidade que lhes é agora reconhecida terá consequências nos termos do seu reconhecimento”. Sobre a dicotomia entre direitos e princípios, v. o n.º 5 do artigo 52.º da Carta, o qual SPAVENTA, *Essays in EU Law*, p. 202 (nota 10) descreve como uma *unhelpful distinction*; na doutrina, e com mais desenvolvimentos acerca desta distinção no horizonte específico do título 4 da Carta dedicado à solidariedade (artigos 27.º a 38.º), veja-se BARNARD, *ELLJ*, pp. 1 ss. Relativamente à natureza jurídica do artigo 28º, a autora (p. 7), ancorada no caso *Viking*, considera que a referida norma se traduz num princípio. Em sentido próximo, v. DORSSEMONT, *European Union*, p. 58. Bem diferente é a opinião de ULBER, in ALES, *et al.* (eds.), *International and European Labour Law*, p. 1462, o qual escreve: “article 28 CFREU is a right and not only a general principle” e de T. LOCK, in *The EU Treaties*, p. 2183: “In substantive terms, it must be regarded as a right, not a mere principle.

23. Segundo DAVIES, *ILJ*, p. 139, “although the Court recognized the right as fundamental, it did so in what might be termed a «defensive» context”. No mesmo sentido, cf. HÓS, *EUI*, p. 245, e MOSES, *JCMS*, p. 826. Entre nós, REDINHA, *RED*, p. 4, enfatiza, de forma acertada, que o reconhecimento, pelo TJUE, da greve quer enquanto direito fundamental, quer como uma possível restrição à livre prestação de serviços, revela o carácter “limitável e compressível” deste direito. Ainda assim, tal reconhecimento parece ter sido um dos poucos aspectos que rendeu elogios a este julgamento. Nesse sentido, v. CORTI, *RIDL*, p. 249, e BAYLOS, “El derecho de huelga en Europa”. Em sentido contrário, a *European Trade Union Federation* publicou uma nota de repúdio em 11 de Dezembro de 2007. Veja-se JOERGES E RODL, *ELJ*, nota 49: “whether an outright denial of a European fundamental right to strike was indeed a realistic menace can be doubted given the loss of public acceptance and political legitimation that would have resulted from such a ‘finding’ of the court”.

24. O TJUE, particularmente nos n.ºs 52 a 60 do acórdão, e em linha com a tese do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro, recusou a analogia entre o caso *Viking* e o já citado caso *Albany*. DORSSEMONT, *European Union*, p. 81, considera que os argumentos apresentados pelo

colectivas descritas no litígio não escapavam do âmbito de aplicação do artigo 49.º do TFUE (antigo artigo 43.º do Tratado da Comunidade Europeia). A este propósito, o Tribunal, ancorado na casuística em torno da compatibilização das liberdades económicas (livre circulação de mercadorias e livre prestação de serviços), com os direitos fundamentais (liberdades de expressão e de reunião), concluiu no sentido de o exercício destes poder restringir aquelas liberdades²⁵. Não se pode escamotear, todavia, a estranheza desta interpretação analógica, dado que os contornos dos casos em apreço eram consideravelmente divergentes do caso *Viking*, e a promoção das acções colectivas neles inscritas não tiveram como protagonistas nem trabalhadores nem as suas estruturas representativas.

Bem vistas as coisas, o TJUE estava não só a ignorar as finalidades do ramo juslaboral, como também deixou evidente que perspectiva as acções colectivas primeiramente em termos do impacto que elas podem ter na prossecução das liberdades económicas do mercado interno, *in casu*, da liberdade de estabelecimento²⁶. Mas a “supremacia” dessas liberdades, aparentemente mais fundamentais do que os preceitos constitucionais domésticos, não passaria despercebido ao olhar mais atento da doutrina, que a avaliou enquanto factor ameaçador do “*acquis communautaire social*”²⁷.

Outro ruído sistémico trazido à decisão do tribunal pelos representantes do governo de alguns países (revelador da fragilidade do princípio da subsidiariedade) prendeu-se com a exclusão da competência da União para regular o direito à greve. A este propósito, o TJUE declarou, de forma bastante impressiva, que “embora seja verdade que, nos domínios não abrangidos pela competência da Comunidade, os Estados-Membros continuam, em princípio, a ter liberdade para fixar as condições de existência dos direitos em causa e as modalidades de exercício desses direitos, não é menos certo que, no exercício das suas

Advogado-Geral para a recusa desta analogia são “escolásticos e artificiais”. Sobre este ponto v. também JOERGES E RODL, *ELJ*, p. 11, e DAVIES, *ILJ*, pp. 139-41.

25. V. n.ºs 45 e 46 do acórdão.

26. V. n.º 68 do Acórdão. Parece mesmo verificar-se na jurisprudência do TJUE uma tendência expansionista da sobreposição da liberdade económica de estabelecimento em confronto com outros direitos fundamentais dos trabalhadores, designadamente o direito de negociação colectiva. Um exemplo expressivo disso pode ver-se, de novo, no âmbito da transmissão de unidade económica (Acórdão do TJUE de 18.07.2013, processo C-426/11, *Mark Alemo-Herron e o. contra Parkwood Leisure Ltd*; e o Acórdão do TJUE de 26.12.2016, processo C-201/15, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis contra Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis Kai Koinonikis Allilengyis*. Estes arestos, segundo GIUBBONI, *ECLR*, p. 180, finalizam “the explicitly neoliberal restyling regarding the internal market doctrine initiated by the famous quartet”. Com mais desenvolvimentos sobre o caso *Alemo-Herron* e suas implicações, veja-se, para além deste estudo de GIUBBONI, pp. 183-184; J. PRASSL, “Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law”, *Industrial Law Journal*, 42, 2013, pp. 434 ss; DAVIES, *ECLR*, pp. 167-168; D. CARVALHO MARTINS, “Transfer of an economic unit Requirements, effects and recent CJEU ruling”, *European Labour Law Journal*, 2018 p. 42 e M. BARD E C. LEONE, “Minimum Harmonisation after Alemo-Herron: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review”, *European Constitutional Law Review*, 11, 2015, pp. 140 ss. A propósito do caso *Iraklis*, cf. GIUBBONI, *ECLR*, pp. 185 ss e DAVIES, *ECLR*, pp. 167 ss.

27. Neste sentido, v. B. BERCUSSON, “The Lisbon Treaty and Social Europe”, *ERA Forum*, 10, 2009, p. 104.

competências, os Estados-Membros devem respeitar o direito comunitário”²⁸.

Note-se, de todo o modo, que o julgamento do caso *Viking* não contou somente com aspectos negativos. Com efeito, o tribunal declarou que a actuação da União deve ter em conta não apenas a optimização do mercado interno, mas igualmente a prossecução da *social policy*: “os direitos que resultam das disposições do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais devem ser ajustados aos objectivos prosseguidos pela política social, entre os quais figura, designadamente, como resulta do artigo 136.º, primeiro parágrafo, CE, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua igualização no progresso, uma protecção social adequada e o diálogo social”²⁹.

A verdade, porém, é que conciliar estes direitos e liberdades constitui uma tarefa particularmente delicada, reclamando por isso um olhar mais circunstanciado por parte do intérprete. Efectivamente, o Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro sublinhou nas suas conclusões a complexidade desta matéria, deixando assente que, embora a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços sejam conciliáveis com o exercício dos direitos fundamentais ou com a política social da comunidade, uma resposta ao problema suscitado no caso *Viking* não era simples³⁰.

Apesar de ter admitido que as acções colectivas promovidas pelos sindicatos eram motivadas pelos elevados riscos de compressão das garantias laborais, que resultaria da mudança do pavilhão do navio para a Estónia, a opinião do Advogado-Geral (subscrita posteriormente pelo TJUE) parece ter conferido uma força exponencial às liberdades do mercado interno, em detrimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores³¹. É o que se infere, por exemplo, da leitura da seguinte formulação: “inevitavelmente, a realização do progresso económico através do comércio intracomunitário implica, para os trabalhadores em toda a Comunidade, o risco de terem de se sujeitar a mudanças de circunstâncias de trabalho, ou mesmo de perderem os seus empregos”³².

No que diz respeito à eficácia directa horizontal do artigo 43.º do Tratado,

28. Acórdão *Viking*, n.º 40.

29. Acórdão *Viking*, n.º 79.

30. V. n.º 23 das conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro.

31. Neste sentido, BERCUSSON, *ERA Forum* p. 104; MOSES, *JCMS*, p. 825; P. PECINOVSKY, “Evolutions in the Social Case Law of the Court of Justice – The follow-up cases of the Laval quartet: ESA and RegioPost”, *European Labour Law Journal*, 7, n.º 2, 2016, p. 295; R. ZIMMER, “Labour Market Politics through Jurisprudence: The Influence of the Judgements of the European Court of Justice (Viking, Laval, Ruffert, Luxembourg) on Labour Market Policies”, *German Policy Studies*, 7, n.º 1, 2011, pp. 212 e 215; e C. BARNARD, “EU Employment Law and the European Social Model: the Past, the Present and the Future”, *Current Legal Problems*, 67, 2014, pp. 203-204. Em sentido diverso, J. SARRIÓN ESTEVE, “Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, 81, 2011, p. 402, considera não ter havido aquilo que grande parte da doutrina descreve como a subordinação destes direitos fundamentais face as liberdades económicas. Para mais desenvolvimentos, cf. GOMES, *RJDS*, p. 168.

32. Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro, n.º 58.

relativo à liberdade de estabelecimento, entendeu-se que o mesmo pode ser invocado pelos particulares (no caso a empresa *Viking*) contra um terceiro (no caso os sindicatos)³³ quando estes particulares sejam confrontados com “um obstáculo que não podem razoavelmente evitar”³⁴. Esta leitura do TJUE acabou por ampliar o perímetro do direito primário da União, na medida em que, como vimos, se afasta da regra segundo a qual o disposto no Tratado teria por norma efeito vertical, só excepcionalmente podendo gerar efeito directo horizontal. Numa viragem, o areópago do Luxemburgo enfatizou que a jurisprudência por ele firmada “não contém indício algum que permita sustentar validamente que se limita às associações ou aos organismos que exercem funções regulamentares ou que dispõem de poderes quase-legislativos”³⁵.

Pese embora o facto deste aspecto poder ter representado uma revolução copernicana na jurisprudência da União³⁶, ele não esconde a já conhecida preocupação do TJUE em salvaguardar, a qualquer custo, a chamada integração “negativa” do mercado, através da remoção das barreiras à livre circulação, entendidas como aquelas atuações que possam ter um “efeito neutralizador” postas em prática pelos sujeitos de direito privado.

Mas se assim é, surge de imediato a seguinte pergunta: que tipo de acções colectivas – legítimas a nível nacional – estão aptas a vulnerar as liberdades de circulação? Ora, esta dúvida faz todo o sentido se pensarmos no segmento específico das estruturas de representação colectiva dos trabalhadores, mais concretamente quanto a (maior ou menor) efectividade dos meios que adoptam para alcançar os fins para os quais são instituídas. E é imperioso que para atingir essas finalidades, o exercício de uma acção colectiva como a greve implique, enquanto mecanismo de pressão, algum prejuízo económico para os empregadores.

Do aludido pelo Tribunal não emana uma resposta inequívoca à interrogação referenciada. De todo o modo, os juízes observaram que a conduta praticada pela federação internacional dos trabalhadores do transporte com o intuito de dissuadir o não registo da matrícula de um navio num Estado-Membro diferente daquele da nacionalidade do seu proprietário efectivo, “deve considerar-se, no

33. Não deixa de causar alguma estranheza o termo de comparação que o TJUE adoptou com a jurisprudência sobre a matéria. Ora, os sindicatos têm como função primordial negociar os termos e as condições laborais com os empregadores, ao passo que as associações profissionais impõem as suas regras próprias aos afiliados que dela passam a fazer parte de forma voluntária. Apesar de ambas as entidades terem as suas actividades apoiadas pelo Estado, a natureza de tais apoios não são equivalentes. Como bem escreve DAVIES, *ILJ*, p. 136, “professional bodies are given exclusive control over a particular area of economic activity, whereas unions are (in general) given the right to take collective action to support their negotiating activities”.

34. V. n.º 48 das conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro e o n.º 66 do acórdão. Para mais desenvolvimentos sobre este tema no contexto específico dos acórdãos *Viking* e *Laval*, cf. DORSSEMONT, *European Union*, p. 81, JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 475-6; DAVIES, *ILJ*, pp. 136-137.

35. Acórdão *Viking*, n.º 65.

36. Em sentido próximo, GOMES, *RJDS* p. 168. Por sua vez, JOERGES E RÖDL, *ELJ*, p. 12, escrevem que “the idea of horizontal effect to trade unions represents not really a drastic change, but still a bold move in the courts jurisprudence”.

mínimo, susceptível de restringir o exercício pela *Viking* do seu direito de livre estabelecimento”³⁷.

Essa visão estreita seguida pelo areópago do Luxemburgo implica (ou potencia) pelo menos duas consequências nefastas, designadamente o *dumping* social e o enfraquecimento das acções colectivas, visto que ao minimizá-las, está igualmente a pôr em causa a sua efectividade³⁸. Na realidade, ao contrário da dissociação interpretativa feita pelo TJUE, o direito fundamental de negociação colectiva, sem o direito à greve, reduzir-se-ia numa mera “pedinchagem” ou, simplesmente, numa “esmola” colectiva³⁹.

Recorde-se, aliás, que à imagem de outros sistemas jurídicos europeus, incluindo o finlandês, o direito à greve vem consignado na Constituição da República Portuguesa, concretamente no artigo 57.º. Na lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, “a caracterização constitucional do direito à greve como um dos “direitos, liberdades e garantias” significa, entre outras coisas: (a) um direito subjectivo negativo, não podendo os trabalhadores ser proibidos ou impedidos de fazer greve, nem podendo ser compelidos a pôr termo a uma greve em curso (salvo se ilícita); (b) eficácia externa imediata, em relação a entidades privadas (n.º 1 do artigo 18.º), não constituindo o exercício do direito de greve qualquer violação do contrato de trabalho, nem podendo as mesmas entidades neutralizar ou aniquilar praticamente esse direito; (c) eficácia imediata, no sentido de directa aplicabilidade, não podendo o exercício deste direito depender da existência de qualquer lei concretizadora. Como meio de «acção directa» dos trabalhadores constitucionalmente reconhecido, a greve traduz-se num incumprimento lícito da obrigação de prestação de trabalho, com os prejuízos inerentes para as entidades empregadoras (interrupção da produção, risco de incumprimento de encomendas)”⁴⁰.

A resposta ao caso *Viking* – assente na antinomia entre uma liberdade económica do mercado interno e o direito fundamental de acção colectiva – foi a de que caberia ao intérprete-julgador nacional aferir da adequação da acção colectiva

37. Acórdão *Viking*, n.º 73.

38. Deve se ter presente, contudo, que a abordagem seguida pelo TJUE nos casos *Viking* e *Laval* caracteriza, conforme enfatiza BERCUSSON, *European Labour Law*, p. 675, a volta ao século XIX quando se perfilava a primazia das normas do mercado único e a ilegitimidade das acções colectivas. Com mais desenvolvimentos críticos sobre esta leitura restritiva do tribunal, v. P. PERINETTO, “Viking and Laval: An Italian Perspective”, *European Labour Law Journal*, 3, 2012, p. 277; DAVIES, *ILJ*, p. 127 e ZIMMER, *GPS* p. 231.

39. Estas expressões lêem-se em ULBER, in ALES, *et al.* (eds.), *International and European Labour Law* p. 1459; C. LA MACCHIA, “The protection of the strike in the internal national legal systems”, p. 4, disponível em <http://www.scioperi.cgil.it/Europa/IntroComparazione-en.pdf> (acedido em 31 de Março de 2020).

40. J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 756.

em causa⁴¹, em consonância com o princípio da proporcionalidade.⁴²

Mas o tribunal não ficou por aqui. De modo bastante contundente, ele “adiantou”, ao órgão jurisdicional de reenvio, que “o artigo 43.º CE [actual artigo 49.º do TFUE] deve ser interpretado no sentido de que acções colectivas como as que estão em causa no processo principal, que visam induzir uma empresa cuja sede está situada num Estado-Membro determinado a celebrar uma convenção colectiva de trabalho com um sindicato estabelecido nesse Estado e a aplicar as cláusulas previstas nessa convenção aos trabalhadores de uma filial da referida empresa estabelecida noutro Estado-Membro, constituem restrições na acepção do referido artigo”. E termina por dizer que “estas restrições podem, em princípio, ser justificadas pela protecção de uma razão imperiosa de interesse geral, como a protecção dos trabalhadores, na condição de se provar que são aptas a garantir a realização do objectivo legítimo prosseguido e não ultrapassam o necessário para o alcançar”⁴³.

O Tribunal não se pronunciou acerca das acções colectivas que eventualmente pudessem estar enquadradas nos critérios (algo vago) acima mencionados. Questiona-se, afinal, o que podem configurar razões imperiosas de interesse geral? Os Estados-Membros não têm legitimidade para determinar a configuração das mesmas em favor da tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores? O direito à greve deve funcionar como *ultima ratio*?

Não deixa de ser curioso que, no caso *sub judice*, e como aliás foi frisado na doutrina, a última palavra acerca da justificação das acções colectivas, com base no princípio da proporcionalidade⁴⁴, seria, inaugural⁴⁵ e “ironicamente”⁴⁶, de um intérprete-julgador inglês.

41. De acordo com o TJUE (n.º 87 do Acórdão), o juiz nacional deverá “examinar, por um lado, se, em aplicação da legislação nacional e do direito convencional aplicável a essa acção, o FSU não dispunha de outros meios, menos restritivos da liberdade de estabelecimento, para levar a bom termo a negociação colectiva encetada pela Viking e, por outro, se este sindicato tinha esgotado esses meios antes de desencadear a referida acção”. Nesta medida, o exercício do direito de acção colectiva afigura-se como *ultima ratio*. Criticando a visão excessivamente restritiva do TJUE, v. GOMES, *RJDS*, p. 171; HÓS, *EUI*, p. 245; DAVIES, *ILJ*, pp. 144-5; ZIMMER, *GPS*, p. 221 e WEATHERILL, *Viking*, p. 36.

42. Para uma análise detalhada da aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos *Viking* e *Laval*, veja-se HÓS, *EUI*, pp. 236 ss, que chama a atenção para o facto de haver um conceito autónomo deste princípio no âmbito do Direito da União Europeia, nem sempre coincidente com o das ordens jurídicas internas. Sobre o tema, cf. também DAVIES, *ILJ*, pp. 141-143; P. MOREIRA, *O Direito*, pp. 152 ss. e GOMES, *RJDS*, p. 173. Para mais desenvolvimentos sobre esse princípio no direito português, v. entre outros, GOMES CANOTILHO E MOREIRA, *Constituição*, pp. 391-392.

43. Acórdão *Viking*, n.º 90.

44. Sobre as diferenças de aplicação deste teste no conspecto europeu, cf. GOMES, “*RJDS*”, p. 173.

45. DAVIES, *ILJ*, p. 146, sublinha que a aplicação do princípio da proporcionalidade constituiria “a new development” na judicatura inglesa.

46. A expressão é de JOERGES E RODL, *ELJ*, p. 14. Efectivamente, as acções colectivas não são consideradas direitos fundamentais, e mesmo estes têm um alcance muito limitado na ordem jurídica inglesa. Sobre o ponto, v. C. O’CINEIDE, “The European Social Charter and the UK: why it matters”, *Kings Law Journal*, 29, 2018, p. 276.

Como resulta das observações contidas no caso *Viking*, o TJUE deixou à judicatura nacional uma margem de discricionariedade consideravelmente limitada⁴⁷ e esta linha jurisprudencial seria reiterada (com maior robustez) em *Laval*.

4.2. *Laval*

No caso *Laval*, a análise da questão suscitada no tribunal do trabalho sueco assumiu contornos mais complexos. De um modo bastante “intrigante”⁴⁸, o TJUE apreciou a conformidade das acções colectivas não só à luz do direito primário (livre prestação de serviços), mas também na esteira da Directiva 96/71/CE, de 16 de Dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços⁴⁹.

Em primeiro lugar, é importante recordar que, como se extrai do direito da União, as Directivas não têm eficácia horizontal directa⁵⁰, porquanto não seria legítimo que a entidade patronal (*Laval*) viesse perante a judicatura nacional invocar um instrumento normativo desta natureza contra os sindicatos.

A despeito disso, o TJUE subscreveu a tese do Advogado-Geral P. Menghozzi, para quem era pertinente interpretar a Directiva 96/71 em conjugação com o artigo 49.º do Tratado da Comunidade Europeia⁵¹. No entendimento deste, uma medida incompatível com a Directiva 96/71 será, *a fortiori*, contrária ao artigo 49.º, o que não significa, porém, que uma medida consonante com esta mesma Directiva também o seja com o artigo 49.⁵²

Nesta linha, o TJUE estabeleceu uma relação “enigmática” entre estes dois

47. Neste sentido, v. WEATHERILL, *Viking*, p. 234-235, que após analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça, sublinha (p. 235) que “the main problem with the rulings in *Viking* and *Laval*—and the reason they are not orthodox applications of internal market law, but rather misapplications—is that they are barren of adequate nuance and, in particular, miss out the wide margin of discretion properly accorded to the regulator most prominently in *Schmidberger*”. Além deste último, o autor faz referência ainda (pp. 32-33) ao caso *Ómega*.

48. A expressão lê-se em DAVIES, *ILJ*, p. 127, e em DORSEMONT, *European Union*, p. 60. Sobre este tema, veja-se, entre nós, ainda o estudo de M. GORJÃO HENRIQUES, *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 306.

49. Para uma análise mais circunstanciada sobre a Directiva 96/71 no contexto do quarteto *Viking*, cf. The EU *Treaties*, pp. 83 ss.

50. Como ensina JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, p. 206: “uma Directiva não pode impor obrigações a um particular nem pode ser invocada contra ele em litígios que envolvam apenas particulares”. De facto, o efeito directo horizontal das Directivas tem sido negado pelo Tribunal de Justiça com o argumento de que elas têm como destinatários os Estados-Membros e não os particulares. Para mais desenvolvimentos sobre este tema, cf. entre outros, F. de QUADROS, *Direito da União Europeia*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 553 ss.; R. KRÁL, “Questioning the Limits of Invocability of EU Directives in Triangular Situations”, *European Public Law*, 16, 2010, pp. 239 ss e P. CRAIG, “The Legal Effect of Directives: Policy Rules and Exception”, *European Law Review*, 34, 2009, pp. 349 ss. Para DASHWOOD, *CYELS*, pp. 537-539, o TJUE não reconheceu o efeito directo horizontal da Directiva 96/71 no caso *Laval*.

51. V. n.º 121 das conclusões do Advogado-Geral Paolo Menghozzi.

52. N.º 150 das conclusões do Advogado-Geral Paolo Menghozzi.

normativos⁵³, admitindo, tal como sucedeu no caso *Viking*, o efeito directo horizontal das liberdades do mercado, *in casu*, da livre prestação de serviços⁵⁴.

No contexto da Directiva 96/71, por vezes abreviada na literatura pela sigla PWD, ressalta pela sua nuclear importância o n.º 1 do artigo 3.º, o qual tem como escopo principal, pelo menos à partida⁵⁵, garantir que ao trabalhador destacado para outro Estado-Membro seja conferido um *standard* mínimo de protecção relativamente às condições de trabalho e emprego, buscando assim evitar que este trabalhador goze de um tratamento desfavorável em comparação aos nacionais daquele mesmo estado⁵⁶. A maioria das suas regras mínimas enumeradas no referido dispositivo foi incorporada pela legislação sueca, com excepção da alínea c), que enuncia as remunerações salariais mínimas. Conforme é prática corrente no sistema jurídico da Suécia, a disciplina salarial rege-se-ia por convenções colectivas de trabalho. Importava assim para o tribunal, apreciar a congruência do acto transpositor sueco com a Directiva 96/71⁵⁷.

Curiosamente, o TJUE, após salientar que a Directiva não visa harmonizar as legislaturas domésticas, observou que os Estados-Membros “continuam livres de escolher, a nível nacional, um sistema que não figure expressamente entre os previstos na referida directiva [96/71], desde que não coloque obstáculos à prestação de serviços entre os Estados-Membros”⁵⁸.

Como se referiu, o modelo sueco constituía precisamente um desses sistemas, já que os salários eram colectivamente convencionados pelos parceiros sociais. Daí que faria todo o sentido que aos trabalhadores letões em destacamento

53. A expressão é de DORSSEMONT, *European Union*, p. 83.

54. Lê-se no n.º 97 do acórdão *Laval*: “na medida em que visa eliminar restrições à livre prestação de serviços, resultantes da circunstância de o prestador estar estabelecido num Estado-Membro diferente daquele onde a prestação deve ser fornecida, o artigo 49.º CE [actual artigo 56.º TFUE] é directamente aplicável nas ordens jurídicas dos Estados-Membros, no termo do período de transição, e confere aos particulares direitos que estes podem invocar nos tribunais e que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar”.

55. Escrevendo, uma década antes do caso *Laval*, P. DAVIES, “Posted Workers: Single Market Or Protection of National Labour Law Systems”, *Common Market Law Review*, 37, 1997, pp. 571 ss, trouxe para a boca-de-cena aqueles que pareciam ser as verdadeiras prioridades da comunidade implícitos neste desiderato, o que se viria a concretizar no caso *Laval*, *Ruffert* e *Comissão contra Luxemburgo*.

56. Os considerandos 6, 13, 17 e 22 da Directiva 96/71 têm o seguinte teor: “Considerando que a transnacionalização da relação de trabalho levanta problemas quanto à legislação que lhe é aplicável e que convém, no interesse das partes, prever as condições de trabalho aplicáveis à relação de trabalho em causa; Considerando que as legislações dos Estados-Membros devem ser coordenadas de modo a prever um núcleo de regras imperativas relativas à protecção mínima a observar no país de acolhimento pelas entidades patronais que destaquem trabalhadores para trabalharem temporariamente no território do Estado-Membro onde os serviços são prestados; que essa coordenação só pode ser assegurada pelo direito comunitário; Considerando que as regras imperativas de protecção mínima em vigor no país de acolhimento não devem impedir a aplicação de condições de trabalho e emprego mais favoráveis aos trabalhadores; Considerando que a presente directiva não prejudica os Estados-Membros em matéria de defesa colectiva dos interesses profissionais”.

57. No entender de MOSES, *JCMS*, p. 827, a Directiva 96/71 deixa a “porta escancarada” para o activismo judiciário do TJUE.

58. Acórdão *Laval*, n.º 68, sublinhado *nosso*.

fossem aplicadas àquelas regras de composição salarial. Não obstante, o TJUE alinhavou que a alínea c), do n.º 1 do artigo 3.º da Directiva 96/71 só se referia às remunerações salariais mínimas, concluindo: “esta disposição não pode ser invocada para justificar uma obrigação imposta a esses prestadores de serviços, de respeitarem remunerações salariais como as que as organizações sindicais demandadas no processo principal pretendem impor no âmbito do sistema sueco, as quais não constituem salários mínimos e não são, de resto, fixadas segundo as modalidades previstas, a este respeito, no artigo 3.º”⁵⁹. Em outras palavras, o TJUE transferiu aos sindicatos a responsabilidade pela “inadequação” do regime legal finlandês.

A isto se seguiria uma das formulações mais impressionantes do órgão jurisdicional europeu⁶⁰, que em linha com as conclusões do Advogado-Geral⁶¹, afirmou que as modificações normativas, constantes da ordem jurídica sueca, autorizadas pela Directiva⁶², poderiam representar um entrave à livre prestação de serviços⁶³.

Em outras palavras, é como se a Directiva 96/71 passasse a oferecer-se como uma “grelha rígida”, dotada de um *standard* máximo⁶⁴, e já não mínimo como prevê o número 7 do seu artigo 3.º⁶⁵, ao qual, aliás, foi atribuído um cariz “minimalista”⁶⁶.

À imagem do caso *Viking*, o Tribunal reiterou que os direitos de acção colectiva, como a greve, constituem direitos fundamentais (“parte integrante dos princípios

59. Acórdão *Laval*, n.º 70.

60. P. RODIÈRE, “Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, p. 65, descreve a decisão como sendo de “carácter sofisticado” (*character sophistiqué*), enquanto LA MACCHIA, “The protection of the strike”, p. 21, descreve-a como “desconcertante e intimidante” “disconcerting and intimidating”.

61. Para BERCUSSON, *ERA Forum* p. 103, tratou-se aqui de uma “interpretação bizarra” (“bizarre interpretation”). Já DAVIES, *ILJ*, p. 129, considera que a visão do TJUE demonstra a “fundamental misunderstanding of the way in which collective bargaining works: it cannot be isolated from collective action”.

62. O n.º 7 do artigo 3.º da Directiva consagra: “o disposto nos n.ºs 1 a 6 não obsta à aplicação de condições de emprego e trabalho mais favoráveis aos trabalhadores”. A respeito da técnica interpretativa utilizada pelo TJUE neste segmento específico, cf. C. BARNARD, “More Posting”, *Industrial Law Journal*, 43, 2014, pp. 200-203.

63. É o que escreveu o TJUE no n.º 80 da decisão: “o artigo 3.º, n.º 7, da Directiva 96/71 não pode ser interpretado no sentido de que permite ao Estado-Membro de acolhimento subordinar a realização de uma prestação de serviços no seu território ao respeito de condições de trabalho e de emprego que vão além das regras imperativas de protecção mínima”. Este aspecto retrata a inflexão no *modus operandi* do TJUE em relação ao modelo da harmonização. Para mais desenvolvimentos sobre a crise deste modelo, veja-se GIUBBONI, *ELJ*, p. 11.

64. Neste sentido, v. ZIMMER, *GPS*, p. 217.

65. Segundo BERCUSSON, *ERA Forum*, p. 103, o tribunal estava, desta forma, a trilhar um caminho perigoso para o futuro do progresso social da União Europeia.

66. Como reflecte LA MACCHIA, “The protection of the strike”, p. 3, “in the European imagination the aim of the individual states yielding of sovereignty in favour of the EU should be the building of a «uniform rule». This utopian image ignores the fact that between community law and internal law the channels of communication are constituted by the sources (in a traditional sense) by the community and national jurisprudence and legal culture which do not intersect in a logically ordered manner, but simply because they co-exist”.

gerais do direito comunitário”) que gozam de protecção constitucional em várias Constituições domésticas⁶⁷, mas que não estão imunes a sofrerem restrições⁶⁸, e isto apesar da competência para regular tais direitos estar expressamente subtraída do domínio da União (n.º 5 do artigo 153.º do TFUE – antigo artigo 137.º do Tratado da Comunidade Europeia).

Além disso, o Tribunal considerou defensável que, à luz da Directiva 96/71, um sindicato pudesse lançar mão de uma acção colectiva com o propósito de exigir da empresa receptora dos trabalhadores destacados a adesão a um acordo colectivo pré-existente, cujo conteúdo eventualmente estabelecesse um ordenado mínimo específico⁶⁹. Note-se, contudo, que o TJUE entendeu que as acções colectivas poderiam restringir a livre prestação de serviços enunciada no artigo 49º do Tratado da Comunidade Europeia (actual artigo 56º TFUE).

De novo, o Tribunal incumbiu o intérprete-julgador nacional da aplicação (para ele inédita) do princípio da proporcionalidade⁷⁰, deixando-lhe uma margem limitadíssima de apreciação. Com efeito, o TJUE, assim como sucedeu no caso *Viking*, dedicou várias passagens da decisão à (des)proporcionalidade, (des)necessidade e (des)adequação das acções colectivas promovidas pelos sindicatos.

Enquanto no caso *Viking*, o TJUE demonstrou algum “comedimento judicial”, em *Laval*⁷¹ ele parece ter deixado uma mensagem muito clara aos trabalhadores europeus de que tensiona priorizar a defesa e fomento da integração económica europeia, e isto a expensas “da protecção social, dos sistemas nacionais, dos actores sociais e, finalmente, dos trabalhadores”.⁷²

5. Em busca da reconciliação entre liberdades económicas e direitos fundamentais

A repercussão dos arestos *Viking* e *Laval*, bem como dos seus sucessores⁷³, foi

67. Acórdão *Laval*, n.º 95.

68. Acórdão *Laval*, n.º 91 e 95.

69. Acórdão *Laval*, n.º 109.

70. Como sublinha ZIMMER, *GPS*, p. 221: “in Swedish law there is not even a proportionality test of industrial action, unions do have free choice of means”.

71. A propósito da decisão do caso *Laval*, JOERGES E RODL, *ELJ*, p. 17, criticam a amplitude das formulações do TJUE relativas à supremacia do direito da União. Em sentido próximo, v. L. MASON, “Constitutionality of Labour Rights: an Historical Typology of the Judicial Treatment of the Constitutional Legality of Labour Legislation”, R. Wolfrum *et. al.* (eds), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law* 2018, p. 28.

72. Assim, PERINETTO, *ELLJ*, p. 275.

73. Para além dos casos *Ruffert* e *Comissão contra Luxemburgo*, verificam-se alguns afloramentos dessa orientação jurisprudencial no Acórdão do TJUE de 15.07.2010, processo n.º C-271/08, Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha, no qual a Advogada-Geral Verica Trstenjak frisa que “é possível inferir do acórdão *Ruffert* os primeiros indícios de que é necessário modular a linha jurisprudencial seguida nos acórdãos *Viking Line* e *Laval un Partneri*.” (n.º 192 das conclusões). Sobre este Acórdão, cf. as anotações feitas por BARNARD, *CLP* p. 205. Veja-se ainda o Acórdão do TJUE de 18.09.2014, processo C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH contra Stadt Dortmund*; e, a respeito deste, PECINOVSKY, *ELLJ*, p. 301.

bastante variável no conspecto europeu⁷⁴, sendo que os exemplos mais expressivos da sua interferência, em termos legislativos e jurisprudenciais, parecem ter sido aqueles Estados-Membros de onde eles emergiram⁷⁵. Por outro lado, a irradiação desses casos (e do criticismo exacerbado contra eles) verificou-se ainda ao nível legiferante da União⁷⁶, procurando-se uma solução consensual capaz de acalmar as ondas de choque ainda tão presentes. Referimo-nos à proposta de regulamento do Conselho, relativo ao exercício do direito de ação colectiva no contexto da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços⁷⁷.

Vale a pena, a este propósito, transcrever o conteúdo do artigo 2º da proposta, epigrafado “Princípios Gerais”, *in fine*: “O exercício da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços consagradas no Tratado deve respeitar o direito fundamental de ação coletiva, incluindo o direito ou liberdade de greve e inversamente, o direito fundamental de ação coletiva, incluindo o direito ou a liberdade de greve, de respeitar o exercício destas liberdades económicas”⁷⁸.

A proposta consignava ainda, no seu artigo 4.º, um mecanismo de alerta que não agradou, sobretudo, aos sindicatos. Vejamos em que termos a norma foi insculpida: “1. Sempre que se verifiquem actos ou circunstâncias graves que afectem o exercício efectivo da liberdade de estabelecimento ou da liberdade de prestação de serviços, suscetíveis de causar sérias perturbações ao bom funcionamento do mercado interno e/ou perdas importantes para o seu sistema de relações laborais,

74. M. BOBEKI, “EU Law in National Courts: Viking, Laval and Beyond”, *Viking*, pp. 323 ss, explica que uma das razões por que isso acontece, reside no modo como a jurisprudência da União se repercute nas judicaturas domésticas. Segundo o autor (p. 324), “knowledge of EU law in the Member States resembles a black box”.

75. Sobre as modificações introduzidas nas ordens jurídicas sueca, dinamarquesa e luxemburguesa, v. ZIMMER, *GPS*, pp. 224-228. O autor (pp. 225-227) faz ainda uma análise empírica do agravamento das condições laborais dos trabalhadores alemães após as alterações do sistema germânico da *Tarifstreuerklärungen* por introduzidas por força do caso *Ruffert*. Sobre os efeitos previsíveis dos casos *Viking* e *Laval* no sistema britânico, Cf. DAVIES, *ILJ*, pp.145-146.

76. Em 2011, na comunicação dirigida ao “Ato para o mercado único II – Juntos para um novo crescimento”, a Comissão Europeia comprometeu-se, tendo em conta as recomendações constantes do relatório Monti 2010 (“Uma nova estratégia para o mercado único: ao serviço da economia e sociedade europeias”) a apresentar duas propostas no contexto das ações coletivas dos trabalhadores.

77. Proposta n.º 52012PC0130, de 21 de Março de 2012. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0130:FIN:PT:PDF> (acedido em 27 de Março de 2020).

78. Na exposição de motivos da proposta (p. 14), alinhavou-se o seguinte: “A fim de evitar que os sindicatos se vejam impedidos ou mesmo proibidos de facto de exercerem com eficácia os seus direitos coletivos devido à ameaça de pedidos de indemnização, com base no acórdão *Viking-Line*, da parte de empregadores que invoquem elementos relacionados com o carácter transfronteiriço de determinadas situações, convém lembrar que em situações que careçam de elementos transfronteiriços ou em que estes sejam hipotéticos, deve presumir-se que uma ação coletiva não constitui violação da liberdade de estabelecimento ou de prestação de serviços. Tal não prejudica a conformidade da ação coletiva com as legislações e práticas nacionais. De facto, um risco tão elevado de responsabilidade em caso de danos com base numa situação hipotética ou em que não existam elementos de carácter transfronteiriço tornaria o recurso dos sindicatos ao direito de greve assaz difícil, se não mesmo impossível, em situações em que nem se aplicam as liberdades de estabelecimento ou de prestação de serviços”.

ou ainda provocar agitação social no seu território ou no território de outros Estados-Membros, o Estado-Membro em questão deve imediatamente informar e notificar a Comissão, o Estado-Membro de estabelecimento ou de origem do prestador de serviços e/ou outros Estados-Membros envolvidos”.

Esta proposta reacenderia o debate entre académicos, juristas, parceiros sociais e actores políticos acerca da fractura irresolvida entre o exercício de um direito fundamental preconizado na Constituição dos Estados-Membros (direito de acção colectiva, incluindo o direito de greve) e as liberdades económicas do Tratado da União (liberdade de estabelecimento e livre prestação de serviços). Os sindicatos censuraram-na pela sua falta de clareza em priorizar os direitos sociais. Os empregadores suspeitavam que dela resultaria uma liberalização das acções colectivas. E muitos Estados-Membros receavam da sua excessiva interferência nas ordens jurídicas internas. O desfecho aqui, previsivelmente, não poderia ter sido outro senão a sua plena rejeição parlamentar⁷⁹, o que, note-se, pôs em xeque a própria capacidade regulatória da União⁸⁰.

Posteriormente, uma outra medida – não imune de críticas⁸¹ – prendeu-se com a criação de um instrumento normativo que visava o melhoramento e o reforço da transposição, implementação e execução da Directiva relativa ao destacamento transfronteiriço de trabalhadores. Trata-se da Directiva de execução 2014/67/UE⁸², de 15 de Maio de 2014, do Parlamento Europeu e do Conselho⁸³.

Entretanto, a 28 de Junho de 2018, era publicada no Jornal Oficial da União Europeia a Directiva 2018/957, do Parlamento Europeu e do Conselho, que veio finalmente alterar a Directiva 96/71, tendo em vista o reforço da protecção das garantias dos trabalhadores destacados⁸⁴.

79. Para uma análise detida sobre a proposta, Cf. THE ADOPTIVE PARENTS, “The Life of a Death Foretold: The Proposal for a Monti II Regulation”, *Viking*, pp. 99 ss, onde se aludem as causas que terão levado a não aprovação da mesma, com destaque para uma possível transgressão do princípio da subsidiariedade (pp. 99-102), o seu escopo limitado (pp. 102-103) e a aplicação do princípio da proporcionalidade nela subjacente (pp. 103-107). No mesmo sentido, v. BARNARD, *Research Handbook*, p. 22, que escreve: “it was the political process that eventually killed the proposal”. Sobre o tema, veja-se ainda WEATHERILL, *Viking*, p. 36.

80. Assim, BARNARD, *CLP*, p. 206.

81. Suscitaram-se as mesmas críticas referenciadas na nota anterior. Assim, BARNARD, *Research Handbook*, p. 23.

82. Publicada no Jornal Oficial da União Europeia a 28 de Maio de 2014.

83. Para uma análise do texto e de alguns problemas suscitados no contexto desta Directiva, Cf. S. RICHARD, “The implementing directive on posted workers: and what now?”, 2016, p. 1 e ss., disponível em <https://www.robert-schuman.eu/en/european-issues/0383-the-implementing-directive-on-posted-workers-and-what-now> (acedido em 26 de Março de 2020).

84. A respeito das mudanças (e continuidades) no seio da nova Directiva, cf. R. ZAHN, “Revision of the Posted Workers’ Directive: a Europeanisation Perspective”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, pp. 1-20; J. LHERNOULD, “Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services”, *Era Forum*, 2019, pp. 249 ss, disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-019-00573-x> (acedido em 30 de Março de 2020); D. CARTER, “Equal Pay for Equal Work in the same Place? Assessing the Revision to the Posted Workers Directive”, 2018, pp. 31 ss, disponível <https://hrcak.srce.hr/file/317577> (acedido em 30 de Março de 2020).

Essas formulações normativas, desenhadas a partir de e tendo em vista casos concretos com contornos muito precisos, como os dos casos *Viking* e *Laval*, vão sendo ajustadas e afinadas à medida que novas situações confrontam a aplicação dos normativos da União e um estudo aturado dessa evolução, que não cabe fazer aqui, por certo traria conclusões interessantes⁸⁵.

6. Um caminho ainda *in fieri*

Os arestos *Viking* e *Laval* tocaram em expedientes complexos, que não se circunscrevem à oposição entre o económico e o social. Na verdade, vimos que estes litígios esbarram noutros nódulos problemáticos, designadamente a dimensão técnico-metodológica das interpretações do areópago do Luxemburgo sobre o direito derivado da União, em particular da Directiva originária sobre o destacamento de trabalhadores; bem como acerca das liberdades económicas do Tratado, *in casu*, a liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços.

Por outro lado, esses arestos acentuaram a fragilidade de questões constitucionais mais profundas, concretamente o equilíbrio das competências entre os Estados-Membros e a União. Sem que se defenda uma relação simbiótica entre estas duas ordens, parece-nos que a actuação do Tribunal de Justiça terá ido mais longe do que seria expectável. Ao arrepio do estipulado no n.º 5 do artigo 53º do TFUE,⁸⁶ o órgão jurisdicional europeu restringiu o direito fundamental à greve, o qual consta tanto do cânone laboral de várias constituições europeias, incluindo a portuguesa (artigo 57.º), como também da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 28.º)⁸⁷.

Além disso, o alcance emancipatório das legislaturas laborais domésticas foi igualmente posto em causa, na medida em que esta jurisprudência sujeita-as a um juízo de prognose fundado num teste de proporcionalidade cujas coordenadas deixam às judicaturas nacionais uma margem de apreciação excessivamente reduzida. Vale por dizer, quanto maior for o carácter de protecção destas normas no âmbito nacional, maior poderá ser a sua incidência compressora das liberdades económicas do mercado.

Passada pouco mais de uma década dos casos *Viking* e *Laval*, a rigidez desta

85. Um último acórdão que gostávamos ainda de referir nessa linha reflexiva, é o Acórdão do TJUE de 17.11.2015, processo C-115/14, *RegioPost GmbH & Co. Contra Stadt Landau in der Falz*. Sobre este aresto, v. os estudos reunidos em A. SÁNCHEZ GRAELLS (ed.), *Smart Public Procurement and Labour Standards: Pushing the Discussion after Regiopost*, Oxford | Portland, Hart Publishing, 2018; PECINOVSKY, *ELLJ*, pp. 302-319 e DAVIES, *ECLR*, pp. 164-165. Esta autora (p. 164) sublinha que o caso *RegioPost* traduz um sinal de que a jurisprudência do TJUE “tem amenizado um pouco desde *Viking*”.

86. Este desiderato consagra: “O disposto no presente artigo não é aplicável às remunerações, ao direito sindical, ao direito de greve e ao direito de lock-out”.

87. Como acertadamente enfatizam JOERGES E RODL, *ELJ*, p. 82, “the ECJ is not a constitutional court with comprehensive competences. It is not legitimated to reorganise the interdependence of Europe’s social and economic constitutions, let alone replace the variety of European social models with a uniform Hayekian Rechtsstaat”.

jurisprudência tem-se esbatido noutros arestos⁸⁸; e julgamos que essas ondas de choque continuarão presentes num futuro próximo, isto é, após o término do prazo para a transposição da referida Directiva 2018/957.

88. Para uma primeira aproximação à discussão em torno desses arestos (casos *Allemo-Herron e Iraklis*), vejam-se as referências *supra*, nota 25.