

A Crise da Harmonização do Direito do Trabalho na União Europeia

TESSES

PEDRO AMAURI DE OLIVEIRA

A Crise da Harmonização do Direito do Trabalho na União Europeia

A Crise da Harmonização do Direito do Trabalho na União Europeia

2025

Pedro Amauri de Oliveira

Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito de Coimbra

A CRISE DA HARMONIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NA UNIÃO EUROPEIA

AUTOR

Pedro Amauri de Oliveira

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Avenida Emídio Navarro, 81, 3D

3000-151 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

PRÉ-IMPRESSÃO

João Jegundo

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

DPS - DIGITAL PRINTING SERVICES, LDA

Maio, 2025

ISBN

978-989-40-2672-3

DEPÓSITO LEGAL

547840/25

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



GRUPOALMEDINA

O texto que ora se publica corresponde, com ligeiras alterações, à Tese no âmbito do Doutoramento em Direito Público, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e defendida em provas públicas no dia 2 de Outubro de 2024, perante um júri composto pela Senhora Doutora Maria João Antunes (Presidente), Senhora Doutora Alessandra Silveira (arguente), Senhor Doutor Francisco Pereira Coutinho (vogal), Senhora Doutora Alexandra Aragão (vogal), Senhor Doutor Miguel Gorjão-Henriques (vogal), Senhora Doutora Luísa Gonçalves (arguente) e Senhor Doutor Jónatas Machado (orientador). Agradecemos as observações e sugestões feitas pelo júri.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

À memória de meu Pai, por todo o carinho e apoio nessa minha jornada.

À minha Mãe, pelo afecto e presença e por tudo o que não sei pôr em palavras.

Às minhas irmãs e à minha querida sobrinha, pela amabilidade e incentivo.

À Java, por ter sido os meus olhos e o meu ponto de equilíbrio durante todo o percurso.

Ao meu orientador, o Senhor Professor Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado.

A toda a família e amigos.

Aos funcionários do catálogo e da sala de revistas da FDUC, pelo apoio na recolha da bibliografia.

Ao centro de produção documental da Divisão de Integração e Acolhimento da UC, na pessoa da sua responsável, Senhora Dr^a Rosário Gomes, pelo apoio inestimável e por terem tornado factível o acesso às fontes bibliográficas, sem o qual este trabalho teria sido impossível.

*

A presente dissertação foi financiada pela Fundação para a Ciéncia e a Tecnologia (I. P.).

RESUMO

O presente estudo pretende contribuir para uma reflexão crítica sobre o panorama actual (e tendências previsíveis) do Direito da União Europeia em matéria social, mais concretamente, na área específica das relações laborais no espaço europeu. Como se sabe, este amplo e complexo subsistema normativo que constitui o Direito do Trabalho da União Europeia, após um período de promissor desenvolvimento, entrou num processo de acentuada crise, que parece ter conduzido à sua perda de eficácia e legitimidade no contexto de uma União cada vez mais distante do modelo social.

A dissertação, considerando os traços essenciais da crise, visa compreender os seus reflexos no plano jurídico, focando a transição de um paradigma assente na harmonização normativa vertical (*upward harmonisation*) para um arquétipo de flexibilização, à luz tanto do direito primário e derivado, como também à luz da evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, que nesta matéria tem tido um papel fundamental na conformação dos preceitos deste tabuleiro tão sensível. Neste horizonte, e como observatórios privilegiados, elegem-se dois campos emblemáticos de análise, que revelam esta evolutiva linha tensional: a jurisprudência sobre a transmissão de unidade económica (com especial destaque do caso *Alemo-Herron*) e a do destacamento transfronteiriço de trabalhadores no quadro de uma prestação de serviços (particularmente no âmbito do controvertido quarteto de casos *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Comissão contra Luxemburgo*).

ABSTRACT

This study seeks to contribute to a critical reflection on the current and predictable trends of EU labour law. After a booming period of development known as “the golden age”, this broad and complex normative subsystem entered into a crisis phase that seems to have led to a loss of legitimacy and efficacy. Considering the origins of the crisis, the dissertation examines why and how it has affected the ability of EU labour regimes to shield workers rights, with particular focus on the transition from measures embedded in a (upward) harmonisation model to more flexible regulatory mechanisms.

These vectors are essential for understanding the evolution (or mutations) of the community approach throughout the years. Two topics have been chosen as privileged barometers in this field: safeguard of employees’ rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings of businesses (Council Directive 2001/23/EC); posting of workers in the framework of the provision of services (Directive EU/2018/957 of the European Parliament and of the Council). In this regard, the study gives due importance to the judgments of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Comission versus Luxembourg*, *Alemo-Herron*, and *AGET Iraklis*.

The pivotal parts of the research were the primary and secondary law normative instruments, including EU Directives, soft-law solutions and national legal responses, and the judicial framework (particularly the case law of the CJEU).

RESUMEN

Este estudio busca contribuir a una reflexión crítica sobre las tendencias actuales y previsibles del derecho laboral de la UE. Después de un período de desarrollo explosivo conocido como “la edad de oro”, este amplio y complejo subsistema normativo entró en una fase de crisis que parece haber llevado a una pérdida de legitimidad y eficacia. Considerando los orígenes de la crisis, la disertación examina por qué y cómo ha afectado la capacidad de los regímenes laborales de la UE para proteger los derechos de los trabajadores, con un enfoque particular en la transición de medidas incrustadas en un modelo de armonización a mecanismos reguladores más flexibles.

Estos vectores son esenciales para comprender la evolución (o mutaciones) del enfoque comunitario. Se han elegido dos temas como barómetros privilegiados en este campo: la cesión de trabajadores en la prestación de servicios (Directiva UE/2018/957); protecciones de los trabajadores en caso de transferencia de empresas (Directiva 2001/23/CE). En este sentido, el estudio otorga la debida importancia a las sentencias del TJUE en *Viking, Laval, Rüffert, Comission versus Luxembourg, Alemo-Herron, y AGET Iraklis*.

Las partes fundamentales de la investigación fueron los instrumentos normativos, incluidas las Directivas de la UE, las soluciones de derecho blando y las respuestas legales nacionales, y el marco judicial (principalmente la jurisprudencia).

RÉSUMÉ

Cette étude vise à contribuer à une réflexion critique sur les tendances actuelles et prévisibles du droit du travail de l'Union européenne. Après une période de développement fulgurant connue sous le nom de “l'âge d'or”, ce sous-système normatif large et complexe est entré dans une phase de crise qui semble avoir conduit à une perte de légitimité et d'efficacité. En considérant les origines de la crise, la dissertation examine pourquoi et comment elle a affecté la capacité des régimes de travail de l'UE à protéger les droits des travailleurs, en mettant particulièrement l'accent sur la transition des mesures intégrées dans un modèle d'harmonisation vers des mécanismes réglementaires plus flexibles.

Ces vecteurs sont essentiels pour comprendre l'évolution (ou mutations) de l'approche communautaire. Deux sujets ont été choisis comme baromètres privilégiés dans ce domaine: le détachement de travailleurs dans la prestation de services (Directive UE/2018/957) ; la protection des travailleurs en cas de transfert d'entreprises (Directive 2001/23/CE). À cet égard, l'étude accorde une importance particulière aux arrêts de la CJUE dans les affaires *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Comission versus Luxembourg*, *Alemo-Herron*, et *AGET Iraklis*.

Les parties centrales de la recherche étaient les instruments normatifs, y compris les directives de l'UE, les solutions de soft law et les réponses juridiques nationales, ainsi que le cadre judiciaire (surtout, la jurisprudence).

ESTRATTO

Questo studio mira a contribuire a una riflessione critica sulle tendenze attuali e prevedibili del diritto del lavoro dell’UE. Dopo un periodo di sviluppo esplosivo noto come “età dell’oro”, questo ampio e complesso sottosistema normativo è entrato in una fase di crisi che sembra aver portato a una perdita di legittimità ed efficacia. Considerando le origini della crisi, la dissertazione esamina perché e come ha influenzato la capacità dei regimi del lavoro dell’UE di proteggere i diritti dei lavoratori, con particolare attenzione alla transizione da misure inserite in un modello di armonizzazione a meccanismi regolatori più flessibili.

Questi vettori sono essenziali per comprendere l’evoluzione (o le mutazioni) dell’approccio comunitario. Due argomenti sono stati scelti come barometri privilegiati in questo campo: il distacco dei lavoratori nella prestazione di servizi (Direttiva UE/2018/957); le protezioni dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese (Direttiva 2001/23/CE). A tal riguardo, lo studio attribuisce particolare importanza alle sentenze della Corte di Giustizia dell’UE in *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Comission versus Luxembourg*, *Alemo-Herron*, e *AGET Iraklis*.

Le parti cruciali della ricerca sono stati gli strumenti normativi, comprese le direttive dell’UE, le soluzioni di soft law e le risposte legali nazionali, e il quadro giuridico (principalmente la giurisprudenza).

ZUZAMMENFASSUNG

Diese Dissertation zielt darauf ab, einen kritischen Rückblick auf die aktuellen und vorhersehbaren Trends des EU-Arbeitsrechts zu leisten. Nach einer blühenden Entwicklungsphase, die als “goldenes Zeitalter” bekannt ist, geriet dieses breite und komplexe normative Teilsystem in eine Krisenphase, die zu einem Verlust an Legitimität und Wirksamkeit geführt zu haben scheint. Unter Berücksichtigung der Ursprünge der Krise untersucht die Dissertation, warum und wie sie die Fähigkeit der EU-Arbeitsregime beeinflusst hat, die Rechte der Arbeitnehmer zu schützen, wobei der Schwerpunkt auf dem Übergang von Maßnahmen liegt, die in einem Harmonisierungsmodell verankert sind, zu flexibleren Regulierungsmechanismen.

Diese Vektoren sind entscheidend für das Verständnis der Evolution (oder Mutationen) des gemeinschaftlichen Ansatzes. Zwei Themen wurden in diesem Bereich als privilegierte Indikatoren ausgewählt: die Entsendung von Arbeitnehmern bei der Erbringung von Dienstleistungen (Richtlinie EU/2018/957); der Schutz der Arbeitnehmer im Falle eines Betriebsübergangs (Richtlinie 2001/23/EG). In diesem Zusammenhang misst die Studie den Urteilen des EuGH in den Fällen *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Comission versus Luxembourg*, *Alemo-Herron*, and *AGET Iraklis* eine angemessene Bedeutung bei.

Die entscheidenden Teile der Forschung waren die normativen Instrumente, einschließlich EU-Richtlinien, Soft-Law-Lösungen und nationale rechtliche Antworten, sowie der rechtliche Rahmen (hauptsächlich die Rechtsprechung).

Se comprende que no todo el mundo perciba con evidencia la realidad de Europa, porque Europa no es una “cosa”, sino un equilibrio.

Ortega y Gasset, *De Europa meditatio quaedam* (1949)

INTRODUÇÃO*

O Direito do Trabalho da União Europeia encontra-se numa situação de crise profunda: crise de eficácia e crise de legitimidade, no que toca aos seus fundamentos normativos, às funções, hierarquia constitucional e técnicas de regulação¹. Este específico subsistema jurídico europeu vive, assim, um paradoxo: por um lado, mostra-se “impossível” (em face das incontáveis assimetrias entre os Estados-membros)²; por outro, revela-se

* As referências bibliográficas completas encontram-se na lista final.

¹ João Leal Amado, “Notas Introdutórias”, p. 25 e ss.; M. R. Palma Ramalho, *Tratado*, I, p. 66; Stefano Giubboni, “The Rise and Fall of EU Labour Law”, p. 7; idem, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution: a Labour Law Perspective*, p. 56; Claire Kilpatrick, “The Displacement of Social Europe”, p. 66; Teun Jaspers / Frans Pennings / Saskia Peters, *European Labour Law*, p. V; Silvia Rainone, *The Role of the Court of Justice*, p. 14; Franco Carinci / Alberto Pizzoferrato, *Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, p. 16; *International and European Labour Law: A Commentary*, p. 17 e ss.; Anne Davies, “How has the Court of Justice changed its management and approach towards the social acquis?”, p. 154; Elizabeth Brameshuber, “Balancing vs. Preservation of Rights under the Acquired Rights Directive”, p. 1; Silvana Sciarra, *L’Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*; idem, “Il diritto sociale europeo al tempo della crisi”, p. 269; Marija Bartl / Candida Leone, “Minimum Harmonisation after Alemo-Herron: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review”, p. 141; Catherine Barnard, “EU Employment Law and the European Social Model: The Past, the Present and the Future”, p. 199; idem, *EU Employment Law*, p. 190; Hugh Collins, “The Impossible Necessity of a European Labour Law”, p. 453; Brian Bercusson, *European Labour Law*, p. 4; Katherine Apps, “Damages claims against trade unions after Viking and Laval”, p. 141; Brian Langille, “Labour Law’s Theory of Justice”, p. 102; Ruth Dukes, “Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law”, p. 67; Camila Rodrigues, “Da Estratégia de Lisboa à Estratégia Europa 2020”, p. 189 e ss.; Sjoerd Feenstra, “How can the Viking / Laval conundrum be resolved? Balancing the Economic and the Social: One Bed for Two Dreams?”, p. 406.

² O recente relatório da Comissão Europeia *Regional Trends for Growth and Convergence in the European Union* (1.06.2023) identifica assimetrias significativas entre as regiões da União

“necessário” (em ordem a limitar os efeitos nocivos de um mercado económico sem regulação)³. Daí que o seu impacto nas legislaturas laborais domésticas seja permanente, tanto por força de legislação vinculativa (*hard-law*), como pela actuação de mecanismos de *soft-law*, como, ainda, por via da conformadora jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴.

São detectáveis, porém, mutações nos modelos de articulação entre o direito da União e os sistemas nacionais⁵. A transição das formas de política social centradas no modelo da harmonização normativa para mecanismos regulatórios mais flexíveis removeu, em certa medida, a lógica de protecção comunitária do trabalhador, e reduziu as possibilidades dos métodos de

Europeia, designadamente no que diz respeito ao acesso aos serviços básicos, às taxas de emprego e de desemprego, à competitividade e à produtividade. Estados-membros como a Chéquia, a Bulgária, a Estónia, a França, a Espanha, a Hungria, a Itália, a Letónia, a Lituânia, a Eslováquia e Portugal registam disparidades regionais no acesso à educação ou aos transportes públicos. As disparidades acentuam-se ainda mais nas zonas rurais, onde o acesso aos serviços públicos de base continua a ser, em geral, um desafio. Verificam-se também disparidades nos resultados do mercado de trabalho (ou seja, taxas de emprego e de desemprego) e competitividade na Áustria, Bélgica, Alemanha, Bulgária, Chéquia, Alemanha, Hungria, Polónia e Portugal, enquanto subsistem lacunas significativas em matéria de investigação e inovação. Persistem diferenças em termos de eficiência digital ou energética na Bulgária, na Chéquia, na Grécia, na Croácia, em Itália, em Portugal e na Eslováquia.

³ Hugh Collins, “The Impossible Necessity”, p. 453; Ralph Rogowski, “The European Employment Strategy, the European Social Pillar and their impact on Labour Law reform”, p. 289; Anne Davies, “How has the Court of Justice changed its management”, p. 154; Diamond Ashiagbor, “EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda: From ‘Social Policy’ to ‘Employment Policy’”, p. 311; Frank Vandenbroucke, “The idea of a European Social Union: Normative Introduction”, p. 6.

⁴ Teun Jaspers / Frans Pennings / Saskia Peters, *European Labour Law*, p. VI; Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 191; Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 51 e ss.; Ralph Rogowski, “The European Employment Strategy”, p. 291; David Trubek / Louise Trubek, “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination”, p. 347; Phil Syrpis, *EU Intervention in Domestic Labour Law*, p. 13; Diamond Ashiagbor, “The European Employment Strategy”, p. 2; Gerda Falkner / Oliver Treib, *Complying with Europe: EU Harmonisation and Soft Law in the Member States*, p. 5.

⁵ Catherine Barnard, *EU Employment Law*, pp. 3 e ss.; Frans Pennings / Saskia Peters, *European Labour Law*, p. 3 e ss.; Claire Kilpatrick, “The Displacement of Social Europe”, p. 66; Vassilis Hatzopoulos, “Why the Open Method of Coordination is Bad for you: A Letter to the EU”, p. 312; Stijn Smismans, “From harmonization to co-ordination? EU law in the Lisbon governance architecture”, p. 504 e ss.; António Goucha Soares, “As competências da União”, p. 222.

coordenação⁶. Estes vectores constituem elementos essenciais para a compreensão da evolução (ou das transformações) do paradigma comunitário⁷.

Inicialmente, a harmonização foi concebida e implementada como mecanismo típico de resolução das disparidades em matéria de concorrência, potenciadas pelas diferentes ordens jurídicas nacionais, e que importava “harmonizar” com vista à construção e ao progresso do mercado comum europeu⁸. O lançamento das políticas de harmonização no domínio laboral pela Comunidade Europeia teve lugar na sequência da crise petrolífera de meados dos anos 70, através das “grandes Directivas” em matéria de transmissão da empresa, despedimento colectivo e igualdade salarial entre homens e mulheres⁹. Forjava-se, nesta importante fase de construção do modelo comunitário, uma trajectória de harmonização “funcionalista”¹⁰.

A partir de finais da década de 1980, este rumo veio a alterar-se com a expansão das políticas sociais comunitárias para o nível supranacional. Juntamente com o avanço rumo à unificação económica e monetária, o reconhecimento do déficit social comunitário fez emergir o Acto Único Europeu de 1987, que expandiu a competência legislativa no âmbito social, adicionando, pela primeira vez, um autónomo (ainda que, na sua matriz,

⁶ Claire Kilpatrick, “The Displacement of Social Europe”, p. 367; Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 233; Olivier De Schutter / Simon Deakin, *Social Rights and Market Forces: Is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe?*; Philippe Pochet, “The Open Method of Coordination and the Construction of Social Europe. A Historical Perspective”, p. 35; Diamond Ashiagbor, “EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda”, p. 317; Vassilis Hatzopoulos, “Why the Open Method of Coordination is Bad for you: A Letter to the EU”, pp. 319-320; Martin Heidenreich / Joanathan Zeitlin, “*Changing European Employment and Welfare Regimes: The Influence of the Open Method of Coordination on National Reforms*, p. 7.

⁷ Erika Szyszczak, “The New Paradigm for European Social Policy”, pp. 1128; Jeff Kenner, “New Frontiers in EU Labour Law: From Flexicurity to Flex-Security”, p. 279; Diamond Ashiagbor, *Soft Harmonisation: Labour Law, Economic Theory and the European Employment Strategy*, p. 4 e ss.; Mark Dawson, *New Governance and the Transformation of European Law: Coordinating EU Social Law and Policy*, p. 3 e ss.

⁸ Francisco Liberal Fernandes, “Aspectos da interferência do direito social comunitário no direito laboral português”, p. 417; Simon Deakin, “Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy”, p. 75.

⁹ Stefano Giubboni, “The Rise and Fall”, p. 7; Francisco Valdes Dal-Ré, “Transfers of Undertakings”, p. 182.

¹⁰ Massimo D’Antona, “Sistema giurídico comunitário”, p. 12.

assaz limitado) enquadramento normativo para uma política social supranacional¹¹, dirigido ao modelo de harmonização “coesiva”¹².

É nesse horizonte que se procura articular os fundamentos de natureza “funcionalista” e “coesiva”, garantindo, por uma banda, processos de concorrência leal no conspecto comunitário, e estabelecendo, por outra, *standards* mínimos de protecção dos trabalhadores europeus, *standards* esses possibilitando alterações *in melius*, reiteradamente invocados na casuística do Tribunal de Justiça, desde logo em torno dos fenómenos da transmissão de empresa e do destacamento de trabalhadores.

A fórmula da harmonização mínima das legislaturas laborais domésticas implodiu com o dealbar do milénio, sobretudo com o advento do Tratado de Lisboa, quando o processo de constituição social atingiu o seu cume¹³. O novo modelo assenta na remoção dos obstáculos susceptíveis de interferir no bom funcionamento do mercado, consubstanciando uma mutação genética por comparação com o anterior paradigma, sobretudo pela supressão (ao arreio do estabelecido no Direito Derivado, *rectius*, nas Directivas) da possibilidade de o legislador nacional criar normas mais protetoras dos trabalhadores, salvo nos casos pontuais em que essa medida *in melius* se mostre estritamente necessária, proporcionada e adequada à luz dos parâmetros metodológicos e interpretativos rígidos assentes na jurisprudência do Tribunal de Justiça, como os julgamentos em *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Comissão contra Luxemburgo*, *Alemo-Herron* e *AGET Iraklis* revelaram¹⁴.

¹¹ Stefano Giubboni, “The Rise and Fall”, p. 10; Claire Kilpatrick, “The Displacement of Social Europe”, p. 72. Para uma visão alargada do contexto normativo da União depois do Acto Único, v. Jónatas Machado, *Direito da União Europeia*; Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União Europeia*; Luís Caramelo, *Lições de Direito da União Europeia*, p. 92.

¹² Conforme sustenta Massimo D’Antona, “Sistema giuridico comunitário”, p. 12, a “armonizzazione coesiva mira ad allineare le legislazioni europee o intorno a principi costituzionalizzati nei Trattati, come la non discriminazione in ragione della nazionalità e la parità retributiva tra i sessi, ovvero intorno ad obiettivi sociali specifici, come il miglioramento dell’ambiente di lavoro o lo sviluppo dell’informazione e della consultazione dei lavoratori nell’impresa”.

¹³ Marija Bartl / Candice Leone, “Minimum Harmonisation after Alemo-Herron”.

¹⁴ O tema será abordado com mais extensão na Parte III. Veja-se, desde já, Catherine Barnard, “The calm after the storm: time to reflect on EU (labour) law scholarship following the decisions in *Viking* and *Laval*”; e os ensaios reunidos em Marc Freedman / Jeremias Prassl, *Viking, Laval and Beyond*.

Razão de ordem

Conforme se sintetizou acima, a revisão da literatura científica evidencia com clareza a situação de profunda crise do Direito do Trabalho da União Europeia¹⁵, na sua complexa (e permanente) interacção com os diversos sistemas jurídico-laborais dos Estados-membros. Este diagnóstico constitui o ponto de partida do presente estudo, ou seja, o seu primeiro horizonte problemático. Em sintonia, a parte inicial da dissertação dirige-se de modo primacial à compreensão dos vectores estruturantes da evolução daquele subsistema normativo, bem como à formulação das hipóteses preliminares. Isso impunha um revisitado da evolução normativa, não em ordem a uma leitura “arqueológica” dos sucessivos estratos, mas procurando ver nessa sucessão as linhas de tensão (e fractura) que vêm moldando a compaginação dos interesses económicos e a dimensão social no contexto da União.

O Tratado de Roma (1957)¹⁶, como tem sido devidamente sublinhado, procurando preservar a paz numa Europa ainda ensombrada pela Segunda Grande Guerra, assumia de todo modo como fim primordial um escopo económico, ao reduzir, por meio da criação do mercado comum, assente na livre circulação de mercadorias, capitais, serviços e trabalho, os factores de conflitualidade decorrentes de economias fragilizadas¹⁷. Consagrava-se

¹⁵ Como se sabe, o campo da política social no contexto específico da União Europeia tem sido amplamente perfilhado como “sinónimo” do direito laboral: o seu enquadramento específico no Tratado fundacional estava epigrafado “A Política Social” e o capítulo que aqui releva «Disposições sociais» (ainda que o seu teor, particularmente na génese comunitária, estivesse intrinsicamente ligado ao trabalho). Daqui resulta uma combinação e intersecção de conceitos. Neste sentido, v. Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. vii; Nicola Countouris, “European Social Law as an Autonomous Legal Discipline” p. 95 e ss. Note-se, por conseguinte, que este estudo dará especial atenção à área da política social comunitária respeitante ao direito laboral, tanto na sua vertente individual como colectiva, e não ao direito e à política social entendidos de forma mais ampla.

¹⁶ Tratado da Comunidade Económica Europeia (TCE).

¹⁷ Conforme observa Jónatas Machado, *Direito da União Europeia*, pp. 11-12, “como objetivos fundamentais, a nova entidade europeia tinha: 1) a redução do risco de guerra entre a França e a Alemanha; 2) a consolidação da democracia e do Estado de direito; 3) a reconstrução económica da Europa dilacerada pela guerra; e 4) o reforço do poder político e económico em face dos Estados Unidos, da Rússia, da China e do Japão. Entendia-se que uma abordagem regional e centralizada destes problemas possibilitaria economias de escala e uma maior eficiência, desse modo contribuindo para legitimar, junto dos cidadãos, as instituições e as normas comunitárias”. Para mais desenvolvimentos, v. Giorgio Napolitano, “The Fundamental Goal of the European Project”; Marie-Bénédicte Dembour, “Harmonization and the Construction of Europe: Variations away from a Musical Theme”, p. 4; José Caramelo,

assim o compromisso de garantir, por meio de uma acção comum, o progresso económico e social dos Estados-membros, suprimindo as barreiras comerciais e outras barreiras entre si. Isto acabaria por conduzir, como se prometia no Preâmbulo, à melhoria das condições de vida e de trabalho dos cidadãos¹⁸.

Embora o Tratado de Roma consagrasse um título específico dedicado à política social, o âmbito deste era assaz limitado e as suas disposições ainda muito incipientes, não conferindo à Comunidade efectivos poderes específicos dirigidos à melhoria dos *standards* sociais e laborais comunitários¹⁹. Uma expressão dessa disciplina vinha enunciada no artigo 117º do Tratado CEE:

Lições de Direito da União Europeia, pp. 75 e ss.; Ana Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, p. 72 e ss.; Maria Luísa Duarte, *União Europeia. Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*, p. 23 e ss.

¹⁸ Sobre os tratados fundadores da Comunidade Europeia e suas sucessivas revisões, cf. Jónatas Machado, *Direito da União Europeia*, p. 12 e ss.; Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União*, p. 31 e ss.; Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, p. 43 e ss.; Maria Luísa Duarte, *União Europeia. Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*, p. 53 e ss.; José Caramelo, *Lições de Direito da União Europeia*, p. 88 e ss.; Ana Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, p. 77 e ss.; idem, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, p. 35 e ss.; Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 54 e ss. Para um estudo mais detido sobre as dimensões da política social, nomeadamente laboral, no plano do Tratado de Roma, veja-se, entre outros, Yves Jorens, *Cross-border EU Employment*, p. 6 e ss.; Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 5 e ss.; Silvia Rainone, *The Role of the Court of Justice*, p. 58 e ss.; M. R. Palma Ramalho, *Direito Social da União Europeia*, p. 32 e ss.; Mariana Canotilho, “Igualdade de oportunidades e não discriminação”, p. 885; Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 3 e ss.; Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 234 e ss.; Frank Vandenbroucke, “The Idea of a European Social Union”, p. 23; Manfred Weiss, “Introduction to European Labour Law”, p. 53; Gianni Arrigi, *Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, pp. 15-23; Salvador Laurino, *O Modelo Social Europeu e a legitimização da União Europeia: entre a justiça social e a justiça de mercado*, p. 650 e ss.; José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amsterdão – a caminho de um Direito do Trabalho europeu”, p. 162 e ss.

¹⁹ Sobre este aspecto, Jari Hellster, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 4, recorda as palavras de Federico Mancini: “the Treaty of Rome was concerned primarily with the creation of a European market based on competition – employed labour was only inextricably involved – the free movement of labour may have beneficial social effects, for example on discrimination or low pay: if so, all the better – but it is nothing more than that”. Ou, como enfatiza Ralf Rogowski, *Reflexive Labour Law*, p. 189, “At the beginning of the process of European integration in the 1950s, it was decided that in order for a common market to be established it was not necessary to grant supranational bodies legislative powers in the area of labour law”.

Os Estados-membros reconhecem a necessidade de promover a melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores, de modo a permitir a igualização no progresso [e] consideram que tal evolução resultará não só do funcionamento do mercado comum, que favorecerá a harmonização dos sistemas sociais, mas também dos procedimentos previstos no presente Tratado, e da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas²⁰.

Neste preceito, conforme justamente assinalou José João Abrantes,

assenta tanto a teorização do princípio da *igualização no progresso*, a ser obtida pela aplicação de medidas activas de aproximação das leis nacionais, com o alinhamento de todas pela melhor, como a reivindicação de uma política social europeia não estritamente subordinada aos objetivos económicos do mercado comum²¹.

De forma similar, o Tratado CEE estabeleceu no seu artigo 118º uma solução normativa que, afinal, não veio a alcançar efectivação prática, nomeadamente a faculdade de cooperação entre os Estados-membros e a Comissão com vista a emanarem normas jurídico-laborais de carácter não vinculativo:

Cabe à Comissão promover uma colaboração estreita entre os Estados-membros no domínio social, designadamente em questões relativas ao emprego, ao direito ao trabalho e às condições de trabalho, à formação e ao aperfeiçoamento profissionais, à segurança social, à protecção contra acidentes e doenças profissionais, à higiene no trabalho, ao direito sindical e às negociações colectivas entre entidades patronais e trabalhadores, de modo informal e não vinculativo, através de estudos e pareceres, recomendações ou organizando consultas para os diversos problemas que possam surgir sobre a matéria.²²

²⁰ Este dispositivo, segundo Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 6, representou uma vitória sobre a lógica clássica do mercado liberal: “there was no need for a European-level social dimension because high social standards were rewards’ for efficiency”. Saliente-se, aliás, que o Tribunal de Justiça, nos Acórdãos *Defrenne III* (C-149/77) e *Sloman Neptune* (C-72/91), sustentou que o artigo 117º era essencialmente programático. Com mais desenvolvimentos, v. Jari Hellster, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 5.

²¹ José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, p. 165. Veja-se, também, Manfred Weiss “Introduction to European Labour Law”, p. 54.

²² Como se sabe, a regra tutelar dos trabalhadores comunitários com maior densidade no seio do Tratado de Roma referia-se à igualdade salarial entre homens e mulheres, prevista no artigo 119º do Tratado CEE (artigo 157º TFUE), o qual, todavia, promovia o princípio fundamental

Na verdade, a harmonização e a melhoria das condições de emprego e de trabalho comunitárias continuavam ainda a ser perspectivadas enquanto resultados “naturais” da expansão do mercado comum europeu e do jogo das forças económicas²³, numa expressão da lógica do *laissez-faire*. Somava-se a isso a ideia segundo a qual os Estados-membros não viam como necessária a harmonização das legislações laborais pela comunidade, na medida em que a regulação deste domínio representaria um importante instrumento da soberania nacional²⁴. No entanto, e dizendo-o de novo com José João Abrantes:

Num Tratado que promove tão extensas transferências de competências em matéria económica, a recusa de transferências paralelas em matéria social corresponde a uma opção pela soberania social dos Estados membros, através da qual se defende a redução dos custos sociais como único factor de competitividade, assumindo-se uma inequívoca opção pela desregulação social, numa óptica neoliberal, de acordo com a qual um direito do trabalho europeu seria inconveniente”²⁵.

Reveladores em certa medida dessa “crença” em um regulador invisível foram os Relatórios *Ohlin* e *Spaak*, tão determinantes para a teleologia do Tratado de Roma. O primeiro documento estabelecia que o Mercado Comum europeu não pressuporia a harmonização dos *standards* laborais internos²⁶. Isto apesar da preocupação manifestada, por exemplo, pelo

da livre concorrência, e se destinava aos Estados-membros, não aos trabalhadores de forma directa. Sobre o ponto, v. Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 5 e ss.; M. R. Palma Ramalho, *Direito Social da União Europeia*, pp. 31-32; Yves Jorens, *Cross-border EU Employment*, p. 8; Mariana Canotilho, “Igualdade de oportunidades e não discriminação”, p. 883 e ss.; José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, p. 166.

²³ Inge Govaere, “Modernisation of the Internal Market: Potential Clashes and Crossroads with other Policies”, p. 5; Jari Hellster, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 3; Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 234.

²⁴ Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 234.

²⁵ José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, pp. 166-167.

²⁶ Como se lê no Relatório *Ohlin*: “exchange rates between countries reflect economic productivity and, thereby, offset the advantages of lower wages in other States; as a consequence, States with a higher level of social protection and higher wages should not fear competition from low-cost countries”, (“International Labour Organisation, Social Aspects of European Economic Cooperation Report by a Group of Experts – summary”, *International Labour Review*, 74, 1956, pp. 99-123), apud Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 6. Como

governo gaulês quanto a uma possível distorção das regras da concorrência por força das disparidades intracomunitárias no campo laboral, preocupação que se viria a densificar, aliás, na equalização salarial entre homens e mulheres (artigo 119º). Esta medida que não decorreria, afinal, de uma directa intencionalidade *social*, mas de considerações económicas, designadamente da protecção da indústria francesa em face das empresas italianas e alemãs, uma vez que as legislações internas destes dois países não impunham, ao contrário do que sucedia na lei francesa, a referida igualdade salarial, e ofereciam, por isso, custos de produção mais atractivos, com prejuízo para o equilíbrio concorrencial²⁷.

Na mesma linha, o Relatório *Spaak* considerava que a harmonização da política laboral comunitária não deveria ser objecto de um plano de acção premeditado; ela seria (de novo) uma consequência da operacionalidade e dos avanços do Mercado Comum. Além disso, este Relatório via na livre circulação de trabalhadores um vector de promoção da “prosperidade social”, na medida em que ela permitiria aos trabalhadores comunitários deslocarem-se de áreas onde a mão-de-obra era abundante e barata para outras com escassez, o que potenciaria uma maior competitividade económica entre os Estados-membros. Para tal, foi incorporado ao Tratado CEE o artigo 48º (artigos 45º TFUE), regulador da eliminação de obstáculos à livre circulação de trabalhadores, complementado pelo Fundo Social Europeu – artigo 123º do Tratado CEE (artigo 162º TFUE)²⁸.

sublinha Ralf Rogowski, *Reflexive Labour Law*, p. 189, “the influential Ohlin Report stipulated that the common market did not presuppose a harmonised level of labour standards but would more or less automatically lead to convergence of national standards”. Sobre o ponto, cf., ainda, Hugh Collins, “The Impossible Necessity of a European Labour Law”, p. 454 e ss.; Jari Hellster, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 3 ss.; Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 40 e ss.

²⁷ Veja-se Manfred Weiss “Introduction to European Labour Law”, p. 54. De todo o modo, embora tímidas, estas poucas medidas em matéria social não deixaram de representar “cornerstones for the gradual development of a social dimension of European integration” (assim, Ralf Rogowski, *Reflexive Labour Law*, p. 189).

²⁸ Por seu turno, o artigo 51º do Tratado CE (artigo 58º TFUE) ofereceu as bases para a regulação em matéria de segurança social, assente num modelo de coordenação, e não de harmonização. Como bem recorda M. R. Palma Ramalho, *Direito Social da União Europeia*, pp. 31-32, “a maior parte destas normas se funda ainda nos objectivos económicos das Comunidades – assim, o princípio da livre circulação dos trabalhadores é, em termos materiais, uma decorrência do princípio geral da liberdade de estabelecimento e as regras sobre formação profissional prosseguem desígnios óbvios de competitividade, enquanto o

Assim, essa primeira fase da integração europeia foi marcada por uma política dual²⁹, na qual a integração do mercado seria levada a efeito pela comunidade, enquanto a política social e laboral ficaria a cargo das legislaturas domésticas³⁰. Todavia, não tardaria muito para que esta “fragmentação” começasse a revelar os seus limites: o prometido progresso social igualitário dos Estados-membros, como resultado automático dos avanços do processo de integração do mercado comum, não estava a concretizar-se; e os níveis nacionais de protecção social e laboral não pareciam querer convergir, antes se distanciavam.

A partir da década de 70, e com o agravamento da crise petrolífera que acentuou significativamente as taxas de desemprego, agudizando as assimetrias existentes nas condições de trabalho e de vida na comunidade, o objectivo económico veio a ser integrado ou flanqueado com a paulatina introdução do modelo social europeu³¹. Segundo Catherine Barnard,

princípio da igualdade remuneratória entre trabalhadores e trabalhadoras e as exigências de harmonização dos sistemas nacionais em matéria de condições de trabalho promovem o princípio fundamental da livre concorrência, uma vez que combatem situações de *dumping* social, que têm reflexos nos preços dos produtos”. O direito de livre circulação dos trabalhadores assenta, na formulação de Maria Luísa Duarte, numa “exigência fundamental de realização do mercado comum” (“Direito de residência dos trabalhadores comunitários e medidas de excepção – reflexão sobre o significado do estatuto de trabalhador-cidadão na União Europeia”, p. 497).

²⁹ Catherine Barnard, “Internal Market v. Labour Market: a Brief History”, p. 19.

³⁰ Acreditava-se que uma intervenção comunitária menos alargada permitiria ao legislador nacional continuar a adoptar estratégias autónomas com vista à melhoria das condições de vida e de trabalho dos cidadãos europeus. Esta divisão de áreas políticas assemelha-se ao paradigma da economia social de mercado (social market economy) desenvolvido por Muller Arnack, como uma variação do “ordoliberalismo” – teoria socioeconómica predominante na Alemanha Ocidental entre economistas no período pós-guerra. De acordo com essa teoria, a regulação estatal da economia deve circunscrever-se ao mínimo necessário, de modo a evitar o falhanço do mercado. Com mais desenvolvimentos, cf. Silvia Rainone, *The Role of the Court of Justice*, p. 61 e ss.

³¹ Segundo Nick Bernard, “Between a Rock and a Soft Place: Internal Market versus Open Co-ordination in EU Social Welfare Law”, p. 280, o modelo social europeu assenta essencialmente em três características principais: “an employment employment policy based on a high level of productivity; a relatively high floor of employment rights and standards; a relatively generous safety net of social services and benefits based on compulsory schemes characterised by a high degree of solidarity”. Como bem observa Frank Vandebroucke, “The Idea of a European Social Union”, p. 35: “the European Social Model is not simply a summary description of a set of coexisting national social models; it also describes the way these national welfare states interact with each other – or are supposed to interact with each other – in Europe”. Na mesma linha, José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de

it was realized that the growth-based, neo-liberal ideology was not actually delivering on its promises and that a social dimension was necessary to address the problems faced by the 'losers' – both individuals and companies – suffering from the consequences of European economic integration; and that social policy measures were now necessary to maintain and support the established social order³².

Note-se, porém, que este processo tem-se revelado tudo menos linear, sendo marcado por desajustamentos e clivagens entre o plano económico, em que dominam estratégias informadas prioritariamente pela lógica concorrencial assente nas liberdades económicas constitutivas da Comunidade, e o plano social, sobretudo laboral, que promove barreiras de protecção para os trabalhadores europeus³³.

A dissertação procura analisar os principais momentos de tradução normativa deste processo, não somente por referência aos Tratados e aos "grandes" diplomas legais de Direito Derivado, mas considerando também a sua realização na *soft-law*, bem como na fundamental jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, de forma a captar os diferentes modelos operatórios da articulação entre os sistemas jurídicos laborais domésticos e o direito da União Europeia.

Amesterdão", p. 163, escreve: "a existência de um modelo social europeu é, de facto, um dos elementos constitutivos da identidade europeia". Para outros desenvolvimentos, cf. Salvador Laurino, *O modelo Social Europeu e a legitimação da União Europeia*, p. 636 e ss; Gianni Arrigi, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, pp. 23 e ss.

³² Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 9. Na mesma linha, v. Erika Szyszczak, "The New Paradigm for European Social Policy", p. 1127; Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 3; Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 235; Ralf Rogowski, *Reflexive Labour Law*, p. 189.

³³ O Tratado CEE, apesar da estrutura fragmentária dos seus normativos de dimensão social e da sua ideologia orientada para a integração do mercado, conseguiu criar os pilares de interacção entre as dimensões económicas e sociais comunitárias. Com efeito, em Janeiro de 1974, era publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº C 13/1, o primeiro programa de ação social comunitário, cujos objetivos eram os seguintes: 1) garantir mais e melhor emprego na comunidade, adequando as políticas de emprego e de formação profissional nacionais a uma maior cooperação entre Estados e assegurando a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres; 2) melhorar as condições de vida e de trabalho no sentido da sua harmonização entre Estados-membros, adequando as políticas de proteção social e implementando medidas específicas de combate à pobreza; 3) fomentar a participação dos trabalhadores na vida das empresas, bem como dos trabalhadores e empresários nas decisões da comunidade em matérias de natureza económica e social.

De modo particular, importa considerar aquele que surge como o modelo primário dessa articulação, o modelo da “harmonização mínima” (*minimum harmonisation*). A harmonização mínima consubstancia-se em um mecanismo de regras mínimas elásticas (*floor of rights*), permitindo, assim, aos legisladores nacionais estabelecerem níveis superiores de proteção dos trabalhadores³⁴.

A verdade é que, como se verá, por força da interpretação mitigadora do Tribunal de Justiça da União Europeia, designadamente com os Acórdãos *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Comissão contra Luxemburgo*, *Alemo-Herron* e *AGET Iraklis*, os desvios ou as derrogações ao patamar mínimo fixado pelo legislador europeu não podem consubstanciar uma barreira ao bom funcionamento do mercado interno (*ceiling of rights*). Isto significa que as alterações pretendidas no plano dos direitos internos devem passar pelo crivo do teste da *proporcionalidade* em conformidade com os critérios desenhados naquela mesma jurisprudência da União. Importa referir, desde logo, que uma das consequências nefastas dessa linha jurisprudencial tem sido a de “uniformizar” os regimes laborais domésticos por meio do seu nivelamento “por baixo” (*race to the bottom*).

Como é assaz conhecido, o conjunto de refracções do direito da União no domínio das políticas sociais é muito amplo, mesmo quando focado no plano especificamente laboral. Torna-se imperioso, por conseguinte, delimitar o campo de análise e as ferramentas escolhidas para a sua observação. Assim, para a explicitação do “modelo de harmonização mínima”, a dissertação optou por focar de modo mais detido dois núcleos problemáticos específicos: a transmissão automática do contrato individual de trabalho ou de uma relação de trabalho para o transmissário em caso de transferência de unidade económica; e o destacamento transfronteiriço de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços. Cada um deles oferece ao observador um palco privilegiado quanto ao modo de funcionamento do modelo de harmonização mínima, não somente no plano dos princípios normativos que informam o mecanismo articulatório, mas ainda, e de sobremaneira, na verificação dos seus limites, seja na concretização específica realizada a nível do direito interno, seja na densificação integradora determinada pelo Tribunal de Justiça.

³⁴ Este modelo insere-se no chamado “método comunitário clássico”. Neste sentido, David Trubek / Louise Trubek, “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination”, p. 347.

Particularmente significativa é, em primeiro lugar, a matéria da transmissão de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos, ou, simplesmente, de unidade económica. É significativa, desde logo, pelo relevo directamente económico que o fenómeno transmissivo implica no conspecto do mercado. Mas o seu relevo decorre ainda dos reflexos imediatos que a transmissão traz à situação laboral, vale por dizer, à posição dos trabalhadores afectados pela transferência dominial da empresa.

Não por acaso, a primeira regulação do fenómeno transmissivo a nível comunitário encontrava esteio no vasto programa de acção social iniciado em 1974; e não por acaso, sublinhe-se, esse instrumento normativo, a Directiva 77/187/CEE, de 14 de Fevereiro de 1977, assumiu na literatura científica um nome próprio: Directiva dos Direitos Adquiridos (*Acquired Rights Directive*). Como se verá mais detidamente ao longo da dissertação, a Directiva (e as suas refracções político-dogmáticas) revela-se um barómetro privilegiado de aferição, na medida em que possibilita mensurar não somente a estrutura e o funcionamento do ordenamento jurídico europeu, mas ainda aferir a sua ressonância nos sistemas normativos nacionais e a sua recíproca interacção, evidenciando como uma desejada (ou pelo menos desejável) “relação simbiótica” neste quadro constitui um objectivo de melindrosa consecução.

Também a Directiva 96/71/CE, de 16 de Dezembro, que estabeleceu pela primeira vez regras relativas ao destacamento transfronteiriço de trabalhadores na União Europeia, é particularmente adequada para aferir a articulação resultante da coexistência de vários níveis de ordenamento no espaço da União. Aprovada após seis anos de um intenso embate político, e sucessivamente ajustada, essa Directiva traduz bem as linhas de tensão e “fractura” entre as liberdades económicas constitutivas (livre prestação de serviços) e a política laboral comunitária e nacional.

Deste modo, a dissertação procurará explicitar os aspectos essenciais decorrentes da Directiva dos Direitos Adquiridos e da Directiva sobre o Destacamento de Trabalhadores, tanto nos seus fundamentos e intencionalidade, como sobretudo nos modos de realização nos distintos direitos nacionais e na mediação jurisprudencial. Procurar-se-á igualmente reflectir sobre o quanto ambiciosa terá sido essa disciplina normativa por comparação com os *standards* domésticos previamente consagrados, bem como sobre a questão de saber se os actos transpositores dos Estados-membros

terão ou não conferido uma tutela mais efectiva aos trabalhadores europeus, porventura através da adopção de regras *in melius*.

A escolha desses dois instrumentos de Direito Derivado permite-nos uma visão mais holística das tensões constitucionais comunitárias e da vastidão de problemas que a eles subjazem. Além disso, ambas as Directivas estão alicerçadas numa fundamentação social e económica, e possuem uma formulação vaga e imprecisa que deixa ao intérprete uma significativa margem de apreciação.

Cabe salientar, ainda, que a problemática da transmissão de empresas ou estabelecimentos e a do destacamento transfronteiriço de trabalhadores são algumas das matérias que mais impacto tiveram no domínio laboral dos Estados-membros.

Na verdade, a Directiva dos Direitos Adquiridos emergiu enquanto mecanismo propulsor das transições empresariais intracomunitárias, as quais se mostravam fulcrais para a expansão do mercado interno (e para reverter o quadro de conservação empresarial provocado pelos desafios económicos da década de 70). No entanto, a Comunidade não foi alheia ao facto de as empresas serem constituídas não apenas por bens corpóreos ou incorpóreos, mas também, e sobretudo, por um elemento humano específico: os trabalhadores. Por causa disso, a Directiva teve uma dupla *ratio*: por um lado, tutelar o transmissário quanto ao pleno funcionamento da unidade económica adquirida/cedida; por outro, visou tutelar a posição dos trabalhadores quanto à estabilidade e segurança no emprego. Nesta dupla intencionalidade manifesta-se de forma expressiva a relação de tensão, que pode ser de antagonismo, entre os interesses em jogo: a sua ponderação (e consequente solução normativa) é informada por uma opção política em matéria de regulação económica e de tutela social dos trabalhadores.

Por sua vez, a Directiva sobre o Destacamento de Trabalhadores foi adoptada com o objetivo de criar condições dinâmicas para a prestação transnacional de serviços pelas empresas, através da deslocação (temporária) dos seus trabalhadores para um Estado-membro diferente daquele em que habitualmente laboram. Apesar de se lhes ter sido excluída a aplicação do regime da livre circulação de trabalhadores – impossibilitando fruir dos mesmos direitos reconhecidos aos trabalhadores do país de acolhimento, considerou-se necessário, também aqui, assegurar um núcleo mínimo de direitos laborais consignados na lei ou nas convenções colectivas

erga omnes daquele território. Procurava-se assim conciliar duas realidades à primeira vista inconciliáveis: os interesses das empresas que tencionavam beneficiar das vantagens competitivas resultantes dos custos associados ao destacamento de trabalhadores, de uma parte; os interesses dos trabalhadores em causa, de outra.³⁵

Importa conhecer, de seguida, quais foram as principais formas de mediação levadas a cabo pelos Estados-membros. O apelo à metodologia específica do Direito Comparado torna-se aqui fulcral, não somente para descrever os termos legais dos diferentes sistemas, mas sobretudo para saber se e em que medida as similitudes e divergências traduzem homologias ou contrastes substantivos. Neste contexto, o estudo dará devido relevo à solução legislativa portuguesa (Lei 14/2018, de 19 de Março) relativa ao direito de oposição do trabalhador no caso de transmissão da unidade económica, que representa, na sua medida, mais um sinal de “fractura” no processo de harmonização do direito laboral da União Europeia.

A intervenção conformadora do Tribunal de Justiça nesta matéria, desde o inaugural caso *Katsikas* (assente na *purposive approach* dos direitos dos trabalhadores afectados pela transmissão da empresa em que laboram), até aos casos *Alemo-Herrón* e *Sonia Govaerts* (assentes no *balancing approach* entre os direitos da entidade transmissária e os dos trabalhadores), será considerada de forma detida. Analisar-se-á, também, um conjunto de *leading cases* que elucidam as funções do direito do trabalho da União Europeia na óptica pretoriana.

A evolução do processo legiferante passará ainda pela consideração do “Método Aberto de Coordenação” (*Open Method of Coordination*), mecanismo flexível de *soft law*, reputado durante algum tempo como veículo privilegiado no processo de “harmonização reflexiva” (*reflexive harmonisation*) do direito do trabalho da União Europeia³⁶, mas que se viria a revelar um “falhanço espetacular” na consecução dos objetivos pretendidos³⁷.

³⁵ O jargão utilizado no seio desse instrumento foi “coordenação” e não “harmonização”, embora na prática essa diferença terminológica se tenha revelado pouco clara.

³⁶ David Trubek / Louise Trubek, “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination”, p. 356.

³⁷ A expressão “spectacular failure” é de Catherine Barnard, *EU Substantive Law*, p. 317. Na mesma linha, v. Silvana Sciarra, “Collective Exit Strategies: New Ideas in Transnational Labour Law”, p. 411.

Os referidos modelos de harmonização normativa têm sido flanqueados por outros mecanismos, designadamente pelo actual paradigma de “uniformização rígida”, que representa uma mutação genética no Direito do Trabalho da União Europeia, ao restringir a possibilidade de os direitos nacionais estabelecerem regras de protecção mais favoráveis para os trabalhadores do que aquelas consignadas no direito derivado, nomeadamente em Directivas³⁸.

Neste conspecto, é incontornável a consideração dos famosos arestos do Tribunal de Justiça sobre os casos *Viking* e *Laval* respeitantes ao desencadamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação transfronteiriça de serviços. Estes julgamentos, e subsequente jurisprudência, tiveram um efeito sísmico na doutrina especializada, pois representaram um ponto de viragem da lógica de protecção do trabalhador europeu. As primeiras decisões, emergindo (sem surpresa) na imediação da grande crise económico-financeira de 2008 e após o primeiro alargamento a Leste, revelam a inflexão metodológica das interpretações levadas a cabo pelo Tribunal de Justiça no horizonte do direito primário e derivado, com reflexos em questões constitucionais profundas, como o equilíbrio das competências entre Estados-membros e a União Europeia.

O ponto nevrálgico desta linha jurisprudencial (expressão do *paradigma uniformizador*) prende-se com a eliminação das barreiras às liberdades económicas do mercado interno (liberdade de estabelecimento e livre prestação de serviços) e à liberdade de empresa (artigo 16º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), em detrimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores europeus, designadamente do direito de negociação e de acção colectiva, incluindo o direito de greve, proclamados nas tradições constitucionais domésticas e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 28º)³⁹.

No presente estudo, procurar-se-á analisar cada um desses nódulos problemáticos em pormenor, conjugando-os com a casuística do Tribunal de

³⁸ Trata-se de mais um aspecto de “fragilização” da “legitimidade” do Tribunal de Justiça. Sobre o problema, cf. Michal Bobek, “The Court of Justice of the European Union”, p. 173 e ss.

³⁹ Apesar de em teoria terem sido emancipados por meio da sua incorporação na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o direito à negociação e à acção colectiva e outros direitos sociais nela consignados, “in practice they have been given a back seat in the EU legal order” (Alexander Komanov, “Social Rights, the Charter, and the ECHR: Caveats, Austerity, and Other Disasters”, p. 409).

Justiça. Em nosso entender, a análise circunstanciada da judicatura comunitária permite vermos com mais abstração a maneira pela qual o areópago do Luxemburgo se posiciona em face das componentes sociais e económicas do direito do trabalho. Aliás, tem-se entendido que o Tribunal é um dos responsáveis pelo “enfraquecimento” deste ramo jurídico, principalmente por força das decisões proferidas nos já mencionados casos *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Comissão contra Luxemburgo*, *Alemo-Herrón* e *AGET Iraklis*⁴⁰. Com efeito, a esmagadora maioria da doutrina identificou, com razão, nestes arestos uma interpretação desreguladora que promove a visão neoliberal clássica, a qual sustenta uma abordagem “minimalista” do domínio jurídico-laboral e que põe em causa a sua função protectiva.

Uma derradeira e breve nota sobre a abordagem metodológica assumida na investigação. Tendo como objecto primacial “modelos de regulação normativa”, a dissertação alicerça-se no plano metódico nos instrumentos da interpretação jurídica, seja no confronto crítico dos sucessivos regimes legais, seja na análise jurisprudencial, seja ainda nas soluções introduzidas nos direitos nacionais dos Estados-membros.

Julgamos que a consideração abrangente desta linha evolutiva é indispensável para formular possíveis vias de superação da crise da harmonização e do Direito do Trabalho da União Europeia que, em nosso entender, não deve ser mero sismógrafo da realidade económica, mas opção densificadora da promoção da dignidade do trabalho e do trabalhador, que é sempre mais do que simples mercadoria.

⁴⁰ Silvia Rainone, *The Role of the Court of Justice*, p. 15.

PARTE I
A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO LABORAL
DA UNIÃO EUROPEIA

Capítulo 1

O problema laboral

1. Trabalho e direito do trabalho

A realidade do trabalho, enquanto actividade dirigida à transformação do mundo exterior, faz parte da história da Humanidade. No nosso contexto cultural, aliás, a consciência, quer da sua necessidade, quer da sua dimensão de sacrifício e de esforço, está bem patente na narração bíblica do *Génesis*: “só arrancarás alimento da terra à custa de penoso trabalho [...] e comerás o pão com o suor do teu rosto” (Gen. 3, 17-19).

Poderá, por conseguinte, causar alguma estranheza a circunstância de, ao estudarmos a história das instituições jurídicas e da formação dos diversos ramos do direito, darmos conta da juventude do Direito do Trabalho, seja como corpo normativo específico, seja como disciplina dogmática autónoma.

Efectivamente, embora o tipo de relações que de modo genérico se podem caracterizar como *relações de trabalho*, isto é, como relações que se traduzem na realização de uma actividade por alguém em proveito e sob orientação de outra pessoa, embora esse tipo de relações, dizíamos, seja milenar, o seu enquadramento normativo-social foi durante parte substancial da história humana radicalmente distinto daquele que nós hoje identificamos como uma relação *laboral* – até bem perto de nós, em verdade, grande parte do trabalho subordinado realizava-se sob o signo da escravatura, da servidão, e de outras formas de vinculação dominial que negavam (ou limitavam grandemente) ao “trabalhador” um efectivo estatuto de autonomia⁴¹.

⁴¹ Sobre o ponto, v. Adelle Blackett, “Emancipation in the Idea of Labour Law”, p. 420 e ss., M. R. Palma Ramalho, *Tratado*, I, p. 45 e ss.

É somente ao longo do século XIX que vai emergir nos países económica e culturalmente mais desenvolvidos da Europa um novo modo de conceber as relações de trabalho que as desvincula das anteriores formas de estruturação dominial e lhes confere um estatuto jurídico diferenciado.

Múltiplos factores em conjugação determinaram este incipiente horizonte: as profundas alterações no plano económico-social decorrentes da Revolução Industrial, que modificaria de forma notória a “paisagem” europeia, com a expansão das unidades fabris; a concentração urbana, com as suas ilhas de bairros operários; o crescimento demográfico potenciado pela melhoria das condições de alimentação e alguns progressos na esfera da higiene, e que colocava no “mercado” mais força-de-trabalho; a rejeição do sistema esclavagista que, tendo embora maiores repercussões nos territórios colonizados (em que a progressiva abolição implicava a necessidade de uma disciplina jurídica adequada a relações entre seres *livres*), não deixava de ter consequências nas metrópoles; o pensamento filosófico e jurídico herdeiro do Iluminismo, com os seus decisivos vectores da autonomia da pessoa humana e da sua ínsita igualdade, mas também das exigências de solidariedade, a que a doutrina da Igreja não seria estranha, e que irá progressivamente conduzir a alterações na própria concepção de Estado, já não mero árbitro de um jogo entre os particulares, mas actor que conforma as estruturas económicas e promove a tutela dos desfavorecidos, vale por dizer, um Estado *social* onde o poder organizado é deliberadamente utilizado (através da política e da administração) num empenho de modificar as forças do mercado no sentido de, pelo menos, atingir três objectivos: garantir um rendimento mínimo aos indivíduos e às famílias, reduzir o nível de insegurança social, e assegurar que todos os cidadãos, independentemente do seu estatuto ou classe social, usufruam dos melhores padrões disponíveis em relação a uma série definida de serviços sociais⁴².

O panorama sociojurídico europeu acompanha, no essencial, esta evolução, embora se tenha verificado algum atraso temporal por parte de países essencialmente agrários em relação às nações europeias mais industrializadas. De todo o modo, a partir de meados do século XIX começam a notar-se no plano legislativo medidas com incidência laboral, sobretudo

⁴² A literatura sobre qualquer dos vectores sumariados em texto estende-se a perder de vista e qualquer indicação seria gritantemente redutora.

em torno das condições de segurança no trabalho – um esforço normativo que se irá consolidando até ao primeiro quartel do século XX⁴³.

Esse amplo e complexo contexto evolutivo reflectiu-se de forma muito visível no direito do trabalho. Extravasa das intenções e possibilidades do presente estudo uma consideração pormenorizada de todo esse horizonte⁴⁴. De qualquer forma, julgamos que a evocação, sumária, é certo, do enquadramento político-social e dogmático-jurídico europeu, possibilita a base de compreensão sobre os fundamentos e as funções do direito laboral, quando o perspectivamos (como é nosso objectivo primordial) à luz da relação inarredavelmente tensional do espaço normativo, político e social da União.

Embora ao longo do século XIX, sobretudo a partir da segunda metade, a questão laboral fosse assumindo crescente relevo, a verdade é que a produção legislativa na matéria se manteve bastante discreta em alguns Estados, o que se comprehende, no essencial, por dois aspectos fundamentais.

Desde logo, porque em muitos países a Revolução Industrial não teve o mesmo impacto que conheceu nas nações mais industrializadas – como era o caso da Inglaterra e da França; naquelas, a estrutura produtiva continuava a ser predominantemente agrária e, deste modo, as relações de trabalho pautavam-se por enquadramentos tradicionais, em que os usos e costumes tinham grande relevo.

Quando pensamos em algumas das questões essenciais no domínio da relação individual de trabalho, como seja a duração da jornada, o direito a férias, o descanso semanal, percebemos que numa economia rural tradicional, em muitas zonas de quase mera subsistência, esses problemas eram normativamente resolvidos de modo diverso do que aconteceria nos tecidos industriais. O dia de trabalho dependia das horas de sol; o descanso semanal era assinalado pelo domingo com outras pausas decorrentes dos numerosos feriados religiosos.

⁴³ Como é sabido, a Constituição de Weimar assumiu um importante papel nessa jornada, uma vez que incorporou direitos sociais e laborais, inspirando outros países a fazerem o mesmo. Assim, Bob Hepple, “Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe”, p. 33.

⁴⁴ Sobre a evolução do direito do trabalho, v., entre outros, A. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, p. 33 e ss.; M. R. Palma Ramalho, *Tratado I*, p. 45 e ss.; L. Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, p. 21 e ss.; Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, I, p. 14 e ss.; Bernardo Xavier, *Manual de Direito do Trabalho*, p. 40 e ss.; José João Abrantes, “Do Direito Civil ao Direito do Trabalho. Do liberalismo aos nossos dias”, p. 17 e ss.

Não significa isto que as condições dos trabalhadores agrícolas, cuja única fonte de rendimento era o trabalho braçal, a foice e a enxada, fossem ideais. Longe disso, sobretudo quando pensamos nas questões da protecção no infortúnio, doença, velhice. Apenas se quis sublinhar que a realidade agrária era bem diversa do contexto industrial coevo, em que as condições laborais poderiam ser bem mais gravosas, tanto em matéria de salubridade, de segurança, de horas de trabalho, da utilização de mão-de-obra infantil, etc.⁴⁵. E considerações similares se poderiam fazer no tocante a outro importantíssimo segmento de trabalhadores, os “domésticos”, isto é, os “criados” (de lavoura ou de servir), e cuja relação laboral tinha grandes especificidades.

Mas há um segundo aspecto que convém considerar, ainda. Diz respeito ao modelo de regulamentação jurídica da relação laboral, informado pelas pautas civilistas, ou seja, pelo dogma da (pretensa) paridade entre as partes, o trabalhador e o empregador, bem como, em sintonia com aquela matriz, com o dogma da liberdade contratual⁴⁶. Um modelo normativo que, como se percebe, permanecia bem ancorado na matriz individualista da relação civil, alheia à dimensão social dos direitos que se viria a tornar tão relevante no século passado.

A verdade, porém, é que o contexto social e político europeu estava em mutação apressada. O liberalismo individualista que dominara o século XIX ia-se fragilizando, assumindo-se com crescente relevo a chamada

⁴⁵ Conforme sustenta Harry Arthurs, “Labour Law After Labour”, p. 15, nos primórdios da Revolução Industrial, o direito do trabalho “sought to protect the most vulnerable workers against physical and moral brutality, then to ensure that they worked in safe and salubrious conditions and ultimately to require that they be paid enough to meet the normal needs of the average employee regarded as a human being living in a civilized community”. Sobre o ponto, veja-se também Bob Hepple, “Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe”, p. 33.

⁴⁶ M. R. Palma Ramalho, *Tratado*, I, p. 58: “o dogma da igualdade dos entes jurídicos privados: ao assumirem o desígnio da protecção de um dos sujeitos do contrato (no caso, o trabalhador). as normas laborais vêm demonstrar que a sua formal posição de igualdade perante o empregador corresponde a uma posição material de inferioridade negocial e assumem a necessidade de compensar essa inferioridade; e dogma da liberdade contratual, a que correspondera, na época liberal, o princípio do não intervencionismo legislativo do Estado, nomeadamente no domínio privado: a intervenção normativa em moldes imprevisíveis no âmbito de um vínculo privado vem, afinal, evidenciar que essa liberdade é ilusória quando os sujeitos têm um grande desequilíbrio económico, transformando-se então facilmente na ditadura contratual da parte mais forte”. Veja-se, ainda, Silvia Rainone, *The Role of the Court of Justice*, p. 34.

questão social⁴⁷, ou seja, a preocupação com as condições a que os trabalhadores estavam sujeitos na indústria.

Neste domínio importa considerar o influxo de diversos movimentos, alguns dos quais de quadros ideológicos bem diversos⁴⁸, mas que partilhavam, de todo o modo, o propósito de alcançar uma maior protecção para os elementos mais vulneráveis de relações laborais crescentemente massificadas. Não se pode olvidar, com efeito, por um lado, o decisivo impacto da doutrina social da Igreja, a que a Encíclica de Leão XIII, *Rerum Novarum*, de 1891, deu fundamental impulso⁴⁹, nem, por outro, e oposto lado, os diversos movimentos socialistas e marxistas⁵⁰.

O pano de fundo é a crítica da precariedade e desumanidade a que os excessos do liberalismo económico sujeitavam grandes massas de trabalhadores, sem protecção no caso de infortúnio, com horários de trabalho desmesurados, etc. O surgimento dos fenómenos colectivos no contexto laboral (v.g. a negociação colectiva, o associativismo sindical e a greve) confundem-se com a própria origem deste ramo no século XIX, como reacção às degradantes condições laborais e de vida a que os trabalhadores eram submetidos. Estes tiveram consciência da força social e política da sua acção em grupo como único meio de buscar o reequilíbrio da relação com os respectivos empregadores.

Este reequilíbrio é conseguido de duas formas: por um lado, através da disseminação da contratação colectiva, que permite superar a debilidade

⁴⁷ Bob Hepple, “Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe”, p. 32.

⁴⁸ Nas palavras de Bob Hepple, “in the ‘making’ of labour law, no single ideology predominated; the law was the outcome of struggles between conflicting ideologies, including the ideologies of the market and self-help, of state-help, socialism, and social Christianity, and of patriarchy”. (“Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe”, p. 42).

⁴⁹ A Encíclica papal começava por denunciar as fontes dos conflitos sociais: “os progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, a alteração das relações entre os operários e os patrões, a influência da riqueza nas mãos dum pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião enfim mais avantajada que os operários formam de si mesmos e a sua união mais compacta” (Leão XIII, *Rerum novarum*, nº 1).

⁵⁰ São múltiplos, como se sabe, os desdobramentos do pensamento socialista, quer o de cariz mais utópico, defensores de um modelo cooperativista e de uma filantropia patronal, quer o de vertente mais revolucionária, propugnado por Marx, para quem o problema da pobreza e da exploração dos trabalhadores não se solucionaria com uma reforma moral, antes com a supressão das estruturas de produção constitutivas do sistema capitalista.

da posição do trabalhador na discussão das suas condições de trabalho⁵¹, ao nível do contrato de trabalho, ao mesmo tempo que uniformiza as condições de trabalho dos trabalhadores da mesma profissão ou categoria profissional; por outro lado, através do recurso à greve, que funciona como um eficaz meio de pressão sobre os empregadores no sentido da alteração das condições de trabalho e que é também controlado pelas associações sindicais. No plano institucional, merece referência a criação da Associação Internacional para a Protecção Legal dos Trabalhadores, em 1901.

2. Direito do trabalho: princípios e funções

O horizonte acima sumariamente convocado evidencia como o direito do trabalho foi originariamente concebido com uma fundamentação funcional *protectora*, ou *emancipatória*, vale por dizer, assume uma função *tuitiva* ou *tutelar*⁵². Quer isto significar que lhe cabe contrabalançar normativamente a relação díspar de trabalho através da *protecção* legal da sua parte contratual mais débil, o trabalhador⁵³.

Flanqueando este princípio *emancipatório*, outros princípios tutelares foram sendo paulatinamente assumidos pela consciência jurídica geral

⁵¹ Manfred Weiss, “Re-Inventing Labour Law”, p. 45.

⁵² Como enfatiza Maria do Rosário Palma Ramalho (*Tratado*, I, p. 59), a protecção do trabalhador subordinado é o paradigma tradicional deste ramo jurídico e desempenha um papel a dois níveis: “ao nível sistemático, o princípio da protecção do trabalhador vai orientar a produção das normas laborais nos vários centros regulativos da área jurídica para um duplo objectivo: um objectivo vertical de melhoria progressiva dos patamares de tutela do trabalhador; e um objectivo horizontal de universalização progressiva da protecção laboral; ao nível dogmático, o princípio da protecção do trabalhador vai-se afirmando como a instância justificativa das soluções laborais (designadamente, quando estas se afastam das soluções do direito comum) e vai viabilizar a autonomização deste novo ramo do direito em relação ao Direito Civil”.

⁵³ Nas palavras de João Leal Amado, “Notas Introdutórias”, p. 19, “o Direito do Trabalho consiste num ordenamento de carácter protetivo e compensador da assimetria típica da relação laboral, desempenhando uma função tuitiva relativamente ao trabalhador assalariado. Esta função tutelar/promocional do Direito do Trabalho é cumprida através de normas que, em regra, possuem uma natureza relativamente imperativa (normas imperativas mínimas ou semi-imperativas, normas de ordem pública social). Sobre os fundamentos e princípios estruturantes do direito laboral, veja-se, ainda, Bernardo Xavier, *Manual de Direito do Trabalho*, p. 55 e ss.; Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, p. 89 e ss.; Bob Hepple, “Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe”, p. 33; Manfred Weiss, “Re-Inventing Labour Law”, p. 45; Frank Hendrix, “Foundations and Functions of Contemporary Labour Law”, p. 120.

e, em alguns deles, expressamente inscritos em instrumentos normativos. Neste conspecto, deve ser devidamente realçado o valor mais do que simbólico do postulado “o trabalho não é uma mercadoria” (*labour is not a commodity*), afirmado em 1944 na Declaração de Filadélfia⁵⁴. Entre outros corolários, este princípio axiológico significa (também) que o trabalhador não pode ser equiparado a um qualquer outro factor produtivo⁵⁵, que é mais, muito mais do que a sua força-de-trabalho, e que, por isso, como escrevia o papa Leão XIII já em 1891, é “desumano usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços”⁵⁶.

⁵⁴ Este foi, com efeito, o primeiro princípio listado nessa importante Declaração da Organização Internacional do Trabalho. A ideia, porém, não constituía uma novidade. O Tratado de Versalhes (1919) estabelecia no seu artigo 427 que o trabalho não devia ser considerado uma mera mercadoria ou um artigo do comércio. Ela também já havia sido aflorada por Hugo Sinzheimer, nos seguintes termos: “the object of transaction in an employment relationship is not a commodity but the human being as such” (*apud* Manfred Weiss, “Re-Inventing Labour Law”, p. 45). No entanto, Frank Hendrix enfatiza que a expressão foi originariamente atribuída a John Kells Ingram, um economista irlandês que, durante um discurso para o sindicato britânico, proferiu as seguintes palavras: “our views of the office of the workman must also be transformed and elevated. The way in which his position is habitually contemplated by the economists, and indeed by the public, is a very narrow and therefore a false one. Labour is spoken of as if it were an independent entity, separable from the personality of the workman. It is treated as a commodity like corn or cotton – the human agent, his human needs human nature and human feelings, being kept almost completely out of view. Now there are no doubt, if we carry our abstractions far enough, certain resemblances between the contract of employer and employed, and the sale of a commodity. But by fixing exclusive, or even predominant attention on these we miss the deepest and truly characteristic features of the relation of master and workman – a relation with which moral conditions are inseparably associated. As in science it is the method we pursue on which the value of our investigations will in the long run depend, so in matters of conduct the point of view at which we place ourselves tends to determine the character of our whole procedure, and make the so-called law of the market the sole regulator of that relation” (“Foundations and Functions of Contemporary Labour Law”, pp. 110-111). Para mais desenvolvimentos, v. Judy Fudge, “Labour as a ‘Fictive Commodity’: Radically Reconceptualizing Labour Law”, p. 130 e ss.; Brian Langille, “Labour Law’s Theory of Justice”, p. 105 e ss.; Stein Evju, “Labour is not a commodity: Reappraising the origins of the maxim”.

⁵⁵ Permite-se, por meio deste princípio, combater fenómenos como o *dumping* social, que consiste numa prática de comércio desleal, onde as empresas desrespeitam as garantias laborais com vista à obtenção de vantagens económicas sobre a concorrência, tal como se verá mais de perto na parte 3 da dissertação.

⁵⁶ Leão XIII, *Rerum novarum*, nº 10.

Esta linha evolutiva foi igualmente acompanhada pelo aparecimento de um terceiro princípio, segundo o qual os direitos dos trabalhadores devem coexistir com a economia de mercado, salvaguardando-se a liberdade económica do empregador (princípio da *coexistência*). Tal princípio reflecte a lógica da economia social de mercado (*social market economy*) que se desenvolveu na primeira metade do século XX, como decorrência do já referido ordoliberalismo germânico⁵⁷. Este modelo procura que sejam implementadas políticas sociais reequilibradoras, tanto no plano social como laboral, estabelecendo ordenados mínimos e a participação dos trabalhadores na gestão das empresas. O seu predomínio nos vários sistemas nacionais europeus, incluindo a Alemanha Ocidental, viria a verificar-se entre as décadas de 50 e 70 da centúria passada.

Importa ter presente que os três princípios do direito do trabalho referenciados podem encontrar expressão em diferentes modelos, e cada um deles pode ser ligada a uma função específica deste ramo jurídico⁵⁸. Como sublinha Frank Hendrix,

As foundations are connected with values and purposes, the functions of labour law can be seen as the ways through which labour law may lead to those purposes. They can be seen as tasks which labour law receives and assumes on the basis of its foundations. When the focus moves to the question how labour law functions and answer may be provided to the question what role labour law can play⁵⁹.

Temos, assim, a função *protectiva* do direito laboral, que se traduz em regras prescritivas que impõem garantias mínimas de salvaguarda dos trabalhadores, como sejam as regras sobre o salário mínimo, a jornada de trabalho e a protecção em caso de despedimento.

Esta função protectiva foi amplamente teorizada por Hugo Sinzheimer, considerado não só o pai do direito do trabalho alemão⁶⁰, mas também

⁵⁷ Sobre a economia social de mercado no contexto da União, veja-se, entre nós, Paula Vaz Freire, “A União Europeia em busca de um modelo de economia social de mercado”, p. 1021 e ss.; Margarida Antunes, “A economia social e o modelo económico europeu”.

⁵⁸ Silvia Rainone, *The Role of the Court of Justice*, p. 36.

⁵⁹ Frank Hendrix, “Foundations and Functions of Contemporary Labour Law”, p. 7.

⁶⁰ Manfred Weiss, “Re-Inventing Labour Law”, p. 45; Ruth Dukes, “Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law”, p. 59.

aquele a quem se deve a concepção do direito do trabalho enquanto disciplina jurídica autónoma⁶¹. Para este Autor, o direito do trabalho deveria estabelecer *standards* mínimos de tutela dos trabalhadores, garantindo-lhes um núcleo de direitos inalienáveis, de modo a protegê-los em face de um maior poder contratual da entidade patronal. Sinzheimer defendia ainda a participação dos actores sociais na tomada de decisões de elaboração de regras do direito do trabalho, bem como na gestão das empresas⁶². Para se alcançar esta finalidade, o legislador deveria ter o poder de introduzir regras que estabelecessem limites substantivos à liberdade contratual do empregador.

Quando o modelo de direito do trabalho é informado por um paradigma protectivo, ele prossegue e cumpre a sua função tuitiva. Deste modo, o modelo em questão assegura o princípio de proteção dos trabalhadores, conferindo efectiva densidade à pretensão “trabalho não é uma mercadoria”, sem colocar em causa, note-se, o princípio da *coexistência*, desde que se respeite as liberdades mínimas do empregador, como seja o direito (regulado) a usar o despedimento, a reestruturação de empresas e o poder de renegociar os contratos de trabalho⁶³.

A segunda função do direito laboral reside no *reforço do poder negocial* dos trabalhadores, por meio das associações sindicais e da negociação colectiva. Essa posição normativa reflete o paradigma primeiramente elaborado por Kahn-Freund, considerado o fundador da *Common Law approach*, na qual o direito do trabalho é concebido predominantemente do ponto de vista do *poder negocial*⁶⁴. Para o Autor, equilibrar tais dinâmicas de poder permite introduzir nas relações laborais o respeito pelos valores de dignidade e liberdade.

Contrariamente à anterior, esta segunda função requer que o Estado se *abstenha* de intervir nos mecanismos colectivos bem como de impor *standards* de proteção mínima. À luz deste paradigma, as condições de trabalho

⁶¹ Neste sentido, v. Bob Hepple, “Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe”, p. 33.

⁶² Bob Hepple, “Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe”, p. 33.

⁶³ Neste sentido, Silvia Rainone, *The Role of the Court of Justice*, p. 36.

⁶⁴ Bob Hepple, “Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe”, p. 38; Frank Hendrix, “Foundations and Functions of Contemporary Labour Law”, p. 120.

encontram pontos de equilíbrio por meio da autorregulação, justificando assim a designação dado a este modelo de “collective laissez-faire”⁶⁵.

Finalmente, a terceira função do direito do trabalho consiste em *reconciliar* o progresso económico e o social⁶⁶. Na senda desta função, o ramo jurídico-laboral pode ser usado para reconciliar os interesses económicos sociais e para assegurar que os direitos dos trabalhadores vão de par em par com a produtividade. A referida reconciliação não toca todo o corpo do direito do trabalho. Essa posição foi criada por Giugni, considerado o pai do direito do trabalho italiano, no contexto da crise de 70, que colocou o direito do trabalho sob grande pressão.

A partir da década de 80, ganhou espaço o modelo da flexibilização negociada, nos termos do qual o esforço colectivo devia conduzir à desconstrução do direito do trabalho⁶⁷. Isto implicava, por um lado, a remoção dos aspectos tidos por mais obsoletos⁶⁸; por outro, requeria um esforço de reconstrução, desde logo estendendo a protecção a trabalhadores que não eram protegidos tradicionalmente, como os trabalhadores por conta própria.

Outros enquadramentos teóricos são ainda possíveis, como o de Bruun, que sustentou que o direito laboral podia ser aberto às considerações do mercado de trabalho. Este Autor defendeu que o ordenamento juslaboral não devia ser entendido como um campo bidimensional, mas sim tetradiimensional, ou seja, além da dimensão individual e colectiva do direito laboral já existente (concepção bidimensional), os sistemas legais

⁶⁵ Harry Arthurs, “Labour Law After Labour”, p. 15; Frank Hendrix, “Foundations and Functions”, p. 117; Silvia Rainone, *The Role of the Court of Justice*, p. 38; Silvana Sciarra, “Collective Exit Strategies”, p. 419.

⁶⁶ Guy Mundlak, “The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers”, p. 317 e ss.

⁶⁷ Harry Arthurs, “Labour Law After Labour”, p. 16. Para um panorama da evolução, v. M. R. Palma Ramalho, *Tratado*, I, p. 66 e ss.

⁶⁸ João Leal Amado, “Notas Introdutórias”, p. 25, os anos setenta do século passado assistiram ao início da crise do Direito do Trabalho, começando desde então a a volumar-se o coro de críticas ao “monolitismo”, ao “garantismo” e à “rigidez” das normas jurídico-laborais. Neste contexto, o Direito do Trabalho vê-se remetido para o banco dos réus, é colocado no pelourinho, é acusado de irracionalidade regulativa e de produzir consequências danosas, isto é, de criar mais problemas do que aqueles que resolve, em particular no campo económico e no plano da gestão empresarial (efeito-boomerang das normas juslaborais, grandes responsáveis, diz-se, pelas elevadas taxas de desemprego)”.

deviam também adoptar uma perspectiva de direitos humanos para o trabalho⁶⁹, bem como uma abordagem de *access justice* para o mercado de trabalho.

Um paradigma alternativo foi proposto por três autores: Kullman, Blackhem e Ziybszewskk. Para eles, enquanto se adapta ao desenvolvimento económico, o direito do trabalho deve ser refocado em ordem a promover a inclusividade, não apenas em relação ao mercado de trabalho, mas em todas as suas expressões normativas. Isto implica adoptar salários mínimos e rendimentos sociais, alargando o âmbito do direito do trabalho e assegurando que o funcionamento do mercado de trabalho é baseado não apenas em *access justice*, mas também em *substantive justice*⁷⁰.

Uma outra abordagem é a do direito laboral como regulação do mercado de trabalho⁷¹, que surgiu no Reino Unido na década de 80, durante a administração Thatcher⁷². A orientação neoliberal da época não só propunha formas difusas de desregulação e de flexibilização dos sistemas nacionais de direito do trabalho, como era contrária à regulação social ao nível europeu, perspectivada como potencial agravante dos males da economia comunitária⁷³. Um exemplo iluminante dessa abordagem consta do Relatório *Padoa-Schioppa* de 1984, elaborado por peritos designados pela Comissão Europeia, no qual se lê: “os modelos de relação de trabalho, de segurança social, de protecção do emprego e de fixação de salários devem

⁶⁹ Fazendo eco deste paradigma, escreve Harry Arthurs, “Labour Law After Labour”, p. 24: “workers might benefit considerably if labour law were embedded in a framework of rights that is fundamental, not merely statutory or contractual; universal, not merely class-based and parochial; and principled, not merely pecuniary. Having shed their old class affiliations and identities, workers would be able to form new alliances with other rights-seekers, to assert new identities as ‘citizens’ and to initiate new discursive and legal strategies. Finally, couching labour rights as human rights would enable its architects to avoid national exceptionalism and to construct transnational regimes of labour law”. Sobre o ponto, v. também Bob Hepple, “Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe”, p. 35; Brian Langille, “Labour Law’s Theory of Justice”, p. 112; Frank Hendrix, “Foundations and Functions”, pp. 123-124.

⁷⁰ Bob Hepple, “Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe”, p. 34.

⁷¹ Judy Fudge, “Labour as a ‘Fictive Commodity’: Radically Reconceptualizing Labour Law”, p. 126.

⁷² Bob Hepple, “Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe”, p. 39

⁷³ Assim, expressamente, Salvador Laurino, *O Modelo Social Europeu e a legitimação da União Europeia*, p. 657.

continuar descentralizados”, pois é “vital que os países continuem livres para ajustar os custos e as condições do mercado do emprego quando as taxas de câmbio e as subvenções estão cada vez mais submetidas a regras comuns”⁷⁴.

Para concluir, refira-se o paradigma da *flexisegurança*, tão actuante na política da União Europeia no final dos anos 90, durante a comissão Barroso 1 e 2⁷⁵. Esse arquétipo requeria que as políticas laborais tivessem uma forte funcionalidade em relação à consecução de uma alta taxa de emprego e ao crescimento económico. Isso encontrou expressão na viragem do objetivo da *job security* para a ideia da *employability and employment security*. Como justamente sublinha João Leal Amado,

No último quartel do séc. XX a flexibilização afirma-se como novo *leitmotiv* juslaboral e o Direito do Trabalho passa a ser concebido, sobretudo, como um instrumento ao serviço da promoção do emprego e do investimento, como variável da política económica, dominado – quando não obcecado – por considerações de eficiência (produtividade da mão-de-obra, competitividade das empresas, etc.)⁷⁶.

⁷⁴ V. José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, p. 167, n. 13.

⁷⁵ Silvana Sciarra, “Collective Exit Strategies: New Ideas in Transnational Labour Law”, p. 410. Na altura, já eram denunciados os efeitos perversos das tendências de flexibilização dos sistemas de regulação do trabalho, com destaque para a segregação do mercado de trabalho entre os trabalhadores com contrato de trabalho por tempo indeterminado e os trabalhadores precários e para a falta de segurança no trabalho que decorre, de um modo geral, das políticas de flexibilização interna. De maneira a enfrentar esse cenário, a Comissão Europeia concebeu estratégias inspiradas nas experiências desenvolvidas em alguns Estados-membros, nomeadamente Dinamarca e Finlândia (Salvador Laurino, *O Modelo Social Europeu e a legitimização da União Europeia*, p. 665).

⁷⁶ João Leal Amado, “Notas Introdutórias”, p. 20. Considerações similares podem ver-se em M. R. Palma Ramalho, *Direito do Trabalho, Relações Individuais*, pp. 75-77, “estas estratégias ficaram conhecidas pelo termo tecnicamente impróprio, mas expressivo, de ‘flexisegurança’. A ideia subjacente a estas estratégias não é, em caso algum, a da contenção da evolução flexibilizante dos regimes laborais, tanto no plano interno (i.e., ao nível da maleabilidade dos regimes laborais, nomeadamente no que toca ao regime do despedimento) como no plano externo (através da diversificação dos modelos de contratação laboral), já que se entende que a flexibilização se continua a impor para garantia da competitividade e da produtividade das empresas. Contudo, pretende-se contornar os efeitos perversos da flexibilização através do aumento da tutela dos trabalhadores nas situações de desemprego involuntário e de um maior investimento na formação e qualificação, de modo a facilitar as transições e a reconversão profissional ao longo da vida ativa”.

Houve aí um reforço da ideia segundo a qual os *standards* de proteção do trabalho, como a proteção ao desemprego, constituíam um limite ao mercado de trabalho. Ao mesmo tempo, reconheceu-se que a elevação dos *standards* conduziria à precariedade do trabalho⁷⁷. O risco da “colonização economicista” está bem presente. Ainda nas palavras de João Leal Amado

A retórica discursiva em torno da flexibilidade mostra-se, aliás, altamente sedutora, sendo o clássico (e, dir-se-ia, historicamente ultrapassado) conflito social entre empregadores e trabalhadores substituído pelo novo conflito entre insiders (os trabalhadores com vínculo por tempo indeterminado e com emprego estável) e outsiders (os desempregados e os que apenas dispõem de um emprego precário, como os contratados a prazo e os falsos trabalhadores independentes). Um Direito do Trabalho demasiado rígido e excessivamente garantístico seria, afinal, o grande responsável por esta segmentação e pelo dualismo do mercado de trabalho, criando uma fratura entre os que estão dentro e os que estão fora da “cidadela fortificada” do direito laboral. Vistas as coisas sob este prisma, a defesa dos interesses dos *outsiders* reclamaria a eliminação dos direitos (ou melhor: dos privilégios) dos *insiders*. E o apetite flexibilizador de alguns revela-se, por isso, insaciável (“sempre mais!”: sempre mais mobilidade, sempre mais adaptabilidade, sempre mais desregulamentação), tudo em nome das supostas exigências do sacrossanto e omnipotente “Mercado”, concebido este como a *Grundnorm* de toda a ordem jurídica.⁷⁸

3. Rumos do direito do trabalho europeu

O ramo jurídico-laboral tem conhecido uma longa fase transformativa, marcada por fenómenos como a globalização, o neoliberalismo, a digitalização, as novas formas de organização do trabalho, e, no nosso contexto específico, a criação de um mercado único europeu, que conduziu à gradual adaptação das normas do trabalho⁷⁹. Conforme sublinha Judy Fudge,

⁷⁷ Sobre o ponto, v. Silvia Rainone, *The Role of the Court of Justice*, p. 37.

⁷⁸ João Leal Amado, “Notas Introdutórias”, p. 25.

⁷⁹ A este propósito, Salvador Laurino, *O Modelo Social Europeu e a legitimização da União Europeia*, p. 656, escreve: “a globalização tornou o cenário político, social e económico europeu mais complexo. De um lado, o acirramento da competição em escala global aumentou a pressão sobre a economia europeia, fragilizando os mecanismos de proteção social. De outro lado, a aceleração das inovações tecnológicas e organizacionais revolucionou os sistemas produtivos e as formas convencionais de trabalho, com repercussões no aspetto quantitativo e qualitativo

labour law's conceptual and normative narrative can be broken into two periods – the golden years, from 1944 to the mid-1970s, when the maxim 'labour is not a commodity' was in ascendancy, and from the late 1970s to today, when claims that labour was a distinctive subject of legal regulation went into decline⁸⁰.

Um dos traços essenciais do direito comunitário reside, já o dissemos, na programática intenção de construção de um mercado comum a nível europeu, alicerçado nas quatro liberdades económicas fundamentais, entre as quais figura a livre circulação de trabalhadores, como “decorrência do princípio geral da liberdade de estabelecimento”⁸¹.

A remoção das barreiras às liberdades económicas colocou os vários sistemas jurídico-laborais e de bem-estar a competirem entre si. Daqui resultou um processo de escolha de mercado no qual os Estados adoptam as formas mais eficientes de regulamentação. A deslocalização produtiva intensificou-se, acelerando mecanismos de pressão salarial, seja por meio da concorrência entre trabalhadores de diferentes Estados-membros na produção de um mesmo bem, seja através da concorrência entre territórios com distintos níveis de protecção social: países com custos laborais baixos atraem investimento; isso, por sua vez, gera maior demanda por salários, salários mais altos e melhores condições de trabalho e de vida. Essa argumentação é frequentemente utilizada contra a harmonização das normas laborais e o estabelecimento de quadros mínimos de protecção⁸².

Compreendem-se, desse modo, as vozes que enfatizam a incompatibilidade da intervenção do direito comunitário em matérias de dimensão

do emprego". De acordo com Margarida Antunes, "A economia social e o modelo económico europeu: o caso do mercado de trabalho", p. 9, as políticas de emprego delineadas no contexto da Estratégia Europeia para o Emprego criaram condições para a criação ou manutenção de postos de trabalho pouco qualificados, para o aumento dos contratos de duração determinada, para a contenção salarial e para o aumento do trabalho temporário.

⁸⁰ Judy Fudge, "Labour as a 'Fictive Commodity': Radically Reconceptualizing Labour Law", p. 123.

⁸¹ M. R. Palma Ramalho, *Direito Social da União Europeia*, p. 31. E os direitos sociais, escreve José João Abrantes, são uma consequência da livre circulação de trabalhadores ("Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão", p. 164).

⁸² Bob Hepple, "Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe", p. 34.

laboral, que “conflituam, até certo ponto, com os pilares económicos liberais das Comunidades”⁸³.

Como observa José João Abrantes, “a União continua ainda, no essencial, a ser dominada por princípios liberais e o seu desenvolvimento a obedecer, quase exclusivamente, a critérios economicistas”⁸⁴. E uma linha de raciocínio paralela é a que se pode colher em Manfred Weiss, “the EU regulation of labour law is still very fragmentary. And in view of the heterogeneous interests of the 27 Member States it may well be doubted whether a comprehensive regulation on this level can be expected”⁸⁵.

Mas se isto é assim, existem outras vozes que incluem a economia de mercado entre os fundamentos do direito do trabalho da União Europeia⁸⁶. Segundo esta perspectiva, o direito do trabalho deve complementar e não prejudicar as liberdades económicas e o princípio do mercado livre. Autores como Simon Deakin identificam o crescimento económico como uma das duas prioridades mais importantes do direito do trabalho, em paralelo com a do desenvolvimento humano⁸⁷.

Certo, contudo, é que a função de proteção do trabalhador éposta em causa quando o direito do trabalho é perspectivado, sobretudo, como instrumento do mercado de trabalho (e de correção das suas imperfeições)⁸⁸. E este é precisamente um dos problemas que sucede no cenário da União Europeia – a União tem uma capacidade limitada para promover níveis de proteção em matéria laboral. Trata-se, de acordo com Fritz Scharpf, da existência de um

⁸³ M. R. Palma Ramalho, *Direito Social da União Europeia*, p. 35. De acordo com Francisco Liberal Fernandes, “Harmonização social no direito comunitário”, p. 1328, “o princípio do *favor laboratoris* de que beneficia o direito nacional (...) deve mostrar-se compatível com a lógica do Tratado, não podendo, por isso, pôr em causa o funcionamento do mercado”. Esta lógica revela, portanto, aquilo que José João Abrantes descreve como a “remissão do social para um plano secundário” (“Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, p. 164).

⁸⁴ José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, p. 174.

⁸⁵ Manfred Weiss, “Re-Inventing Labour Law”, p. 53.

⁸⁶ Frank Hendrix, “Foundations and Functions of Contemporary Labour Law”, p. 118. Sobre o tema, veja-se também Hugh Collins, “Theories of Rights as Justifications for Labour Law”, pp. 139-140; Vera Zamagni, “The Social Dimension of the European Market: Between Tradition and Challenges”.

⁸⁷ Simon Deakin, “The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development”, p. 174.

⁸⁸ Como sustenta Silvia Rainone, *The Role of the Court of Justice*, p. 41: “a centralidade do mercado de trabalho é uma expressão do fundamento económico sobre o fundamento social”.

competency gap between a Union without legislative competence to regulate social matters, and Member States prohibited from doing so in the myriad of ways judged to breach the ‘fundamental freedoms’ of the single market⁸⁹.

Colmatando de algum modo esse vazio, o Tribunal de Justiça tem afirmado nos últimos anos que as regras europeias protectoras das liberdades económicas constitutivas devem prevalecer sobre as regras nacionais que tutelam os direitos fundamentais dos trabalhadores. No âmbito do direito constitucional, o raciocínio do Tribunal parece remontar à ideia primeva dos redactores dos Tratados fundadores que, como vimos, atribuíram a tarefa de criar um mercado único às instituições comunitárias, deixando a responsabilidade de garantir e manter padrões sociais para as instituições nacionais dos Estados-membros.

Em boa verdade, essa divisão de tarefas, por força da jurisprudência do areópago do Luxemburgo⁹⁰, no sentido de que o direito comunitário deve ter precedência sobre o direito dos Estados-membros,⁹¹ teve o efeito de instituir uma priorização constitucional de objetivos económicos e de criação do mercado acima de outros, designadamente sociais⁹².

⁸⁹ Fritz Scharpf, “Asymmetry of European Integration”, p. 226. No dizer de Salvador Laurino, “está em curso um processo de redefinição do conceito de Modelo Social Europeu que procura fazer esquecer daquele conjunto de princípios, valores e finalidades que corresponde à clássica função redistributiva protetiva que se afirmou no pós-guerra e se associou à identidade europeia, em troca de um conteúdo que assenta em paradigmas associados à eficiência e normalização económica, no que já se chamou de uma UE flexível” (*O Modelo Social Europeu e a legitimização da União Europeia*, p. 653).

⁹⁰ Sobre o ponto, v. Ana Guerra Martins, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, pp. 56 ss.

⁹¹ Para a teoria do *integracionismo*, o Tribunal tende a optar por fundamentações que expandam o âmbito do direito da União Europeia e reforcem a autonomia do sistema legal europeu em face dos sistemas legais nacionais. Já o *intergovernamentalismo* considera que o Tribunal tem estado (apenas) particularmente atento às preferências expressas pelos governos nacionais, sobretudo por Estados politicamente mais influentes. Sobre a questão, v. Silvia Rainone, *The Role of the Court of Justice*, p. 22.

⁹² Ruth Dukes, “Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law”, p. 67. Não se pretende com isto negar os contributos positivos para a esfera de protecção dos trabalhadores decorrentes da jurisprudência do Tribunal Europeu, nem ofuscar as dificuldades contidas *in radice* na própria estrutura normativa da União. Como sublinha Gianni Arrigo, *Direito del lavoro del Uninione Europea*, p. 149, “l’iter evolutivo della Politica sociale europea e frutto di molteplici fattori e contributi, non sempre in armonia tra loro. Oltre ai fattori che costituiscono il sostrato comune a molti ordinamenti giuridici nazionali, formando una sorta

A causa deste enquadramento pode ser encontrada na assimetria que ainda marca a ordem jurídica da União na relação entre a sua dimensão social e a sua dimensão económica: a dimensão económica baseada em normas de aplicação directa e apenas excepcionalmente derogáveis; a dimensão social, assente em normas não directamente aplicáveis e que, a fim de adquirir um significado jurídico pleno, devem ser implementadas pelo legislador europeu ou pelo legislador nacional para actuação de uma norma da União⁹³.

di “civilta giuridica comune” attraverso l’armonizzazione e talora l’uniformazione delle regole giuridiche nazionali, un importante contributo viene dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Pur mostrandosi talora poco sensibile all’effettiva garanzia di libertà e di diritti sindacali, la CGUE ha contribuito all’affermazione di fondamentali diritti dei lavoratori e dei cittadini europei, a partire dal consolidamento di basiliari principi del diritto dell’Unione, come la parità di trattamento e la prevalenza della norma più favorevole nel rapporto tra fonti, che per un lungo tratto del processo di integrazione europea “ne hanno cementato l’unità e corroborato l’evoluzione”.

⁹³ Salvador Laurino, *O Modelo Social Europeu e a legitimização da União Europeia*, p. 687.

Capítulo 2

A harmonização do direito laboral da União Europeia

1. Considerações introdutórias

A União Europeia consiste numa organização supranacional, composta actualmente por 27 Estados-membros. Trata-se de uma entidade jurídica, assente nos Tratados institutivos, através dos quais os Estados-membros lhe “transferem” parte das suas soberanias nacionais. A sua actuação normativa em determinados ramos jurídicos, como o laboral, está sujeita à observância de regras específicas de competência constitucionalmente previstas⁹⁴, devendo o respectivo acto regulador pautar-se por critérios de subsidiariedade, adequação e proporcionalidade.

Um dos domínios jurídicos que tem suscitado mais dificuldades regulatórias à União é, com certeza, o laboral⁹⁵. Elas resultam das assimetrias sistémicas existentes nos vários ordenamentos internos, de raiz romano-germânica, anglo-saxónica ou nórdica⁹⁶, informadas por uma maior ou

⁹⁴ A política social, nomeadamente laboral, constitui uma das áreas em que se verifica uma competência partilhada entre a União e os Estados-membros (artigo 4º do TFUE). Porém, uma vez adoptado um instrumento normativo comunitário nessa área, a referida competência passa a ser exclusiva da União, logo a aprovação de legislação laboral pelos Estados-membros fica condicionada à permissão ou à exigência daquela, o que normalmente se leva a efeito por meio de Directivas.

⁹⁵ Como bem salienta Hugh Collins, “The impossible necessity”, p. 460, “reaching an agreement on a common EU labour law that balances the demands of capital, labour, and other interests presents the EU with its greatest challenge so far”.

⁹⁶ Nos dizeres de Graça Enes, *Unidade e Diferencição*, pp. 32-33, “cada um desses sistemas coloca constrangimentos específicos à União e ao seu Direito. E nenhum deles pode ser erigido em modelo a seguir, sob pena de alienar uma parte da identidade jurídica europeia. Este é

menor intervenção estatal e/ou de outros actores sociais (como os sindicatos), e por variadas fontes legais (v. g. normativos, convenções colectivas, etc.)⁹⁷. Os “irritos” sistémicos são igualmente potenciados pela demarcação dos níveis de exercício da competência no âmbito laboral (supranacional ou nacional), bem como pela escolha do mecanismo jurídico por meio do qual a última se instrumentaliza.

A diversidade de métodos de criação dos *standards* laborais domésticos “forçou” a União a ser “criativa” e “flexível” na adopção dos seus expedientes normativos de intervenção⁹⁸, podendo os mesmos assumirem diferentes figurinos, designadamente de cariz imperativo (*hard-law*), como sucede no caso das Directivas e dos Regulamentos; ou não-vinculativo (*soft-law*), como é o caso das Recomendações, Pareceres, ou dos Métodos Abertos de Coordenação⁹⁹.

Em relação aos instrumentos normativos de natureza vinculativa, pode afirmar-se que os Regulamentos, directamente aplicáveis nos âmbitos nacionais, constituem uma clara excepção no direito do trabalho da União Europeia; já as Directivas, que conferem uma maior margem de discretionariedade na sua mediação pelos Estados-membros, representam a regra¹⁰⁰. Parte-se do pressuposto que a natureza normativamente incompleta das Directivas permite aos países da União salvaguardarem a sua competência para desenhar e organizar os sistemas laborais internos¹⁰¹. Na realidade, a forte expressão nacional do direito laboral torna particularmente relevantes a soberania e a autonomia estadual neste específico domínio. Com efeito, “the directive is an instrument that both allows EU standards to be introduced and gives Member States the room to implement these in the ways that fit best in their systems”¹⁰².

o grande dilema do direito da União. O Direito da União constitui uma ordem autónoma supra e transnacional, que supera as diferentes famílias jurídicas, incluindo-as, embora não as refletindo na sua exata dimensão ou conteúdo”.

⁹⁷ M. R. Palma Ramalho, *Direito Social da União Europeia*, p. 33.

⁹⁸ Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 89.

⁹⁹ Sobre as técnicas de regulação da política social da União, v. Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 232 e ss.

¹⁰⁰ Destacando a importância das Directivas no domínio juslaboral, v. Milena Rouxinol, “As fontes de regulação em direito do trabalho”, p. 39.

¹⁰¹ Neste sentido, v. Frans Pennings / Saskia Peters *European Labour Law*, p. 18.

¹⁰² Frans Pennings / Saskia Peters, *European Labour Law*, p. 19.

As Directivas exprimem ou realizam, assim, um modelo de “competência partilhada”¹⁰³, facilitando, por conseguinte, a coexistência entre o direito comunitário e as legislações nacionais, uma vez que se mostram insitamente vocacionadas para a harmonização dos sistemas, potenciando, desse modo, a abertura (e comunicabilidade) entre eles¹⁰⁴, sem se dirigirem, pois, à sua estrita uniformização¹⁰⁵.

Dessa forma, a competência dos Estados-membros sobre o domínio laboral não é precluída, pelo menos por via de princípio. Isto porque os Estados “continuam a poder intervir normativamente em termos complementares à União, pese embora as instituições e o Tribunal de Justiça se tenham revelado pouco circunscritos no respeito pelo espaço de liberdade dos Estados-membros”¹⁰⁶.

O fenómeno da harmonização normativa no campo laboral, desvalorizado, como vimos, na génese comunitária, passou a assumir um papel preponderante nesse domínio durante a década de 1970, procurando mitigar as assimetrias legislativas entre ordenamentos nacionais e comunitário, por um lado, e entre as decisões dos tribunais nacionais e as do Tribunal de Justiça¹⁰⁷, por outro, além de servir como mecanismo de suporte ao bom funcionamento do mercado e, ao mesmo tempo, de protecção de outros interesses, como os dos trabalhadores europeus.

Na verdade, as dificuldades na consecução do mercado comum¹⁰⁸, somadas à admissibilidade pelos Tratados de derrogações às regras europeias

¹⁰³ Como observa António Goucha Soares, “As competências da União”, p. 215, “a partilha de competências entre a União e os Estados-membros em determinado domínio, significa que ambas as entidades têm o poder de legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos nessa matéria”.

¹⁰⁴ Sobre o ponto, v. Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 297.

¹⁰⁵ Nos dizeres de António Goucha Soares, “Repartição de Competências e Preempção”, pp. 234-235, o relevo da técnica regulatória da harmonização em vez da de uniformização “reflete-se na impossibilidade de uma lógica de solução dos conflitos de competências através do recurso à chamada ocupação do terreno normativo e na consequente utilização de uma metodologia respeitadora dessa mesma diversidade, que (...) é representada pela modalidade preemptiva do conflito directo”.

¹⁰⁶ Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 334.

¹⁰⁷ Sobre as relações entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais, v. Takis Tridimas, “The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation, and Instability”, p. 404 e ss.

¹⁰⁸ Embora as quatro liberdades económicas constitutivas da comunidade (livre circulação de mercadorias, capitais, serviços e trabalho) estivessem orientadas para criar um quadro concorrencial robusto entre os Estados-membros, tal objectivo não veio a concretizar-se.

e à possibilidade de manutenção de disposições domésticas de natureza limitativa firmada na jurisprudência do Tribunal de Justiça, reclamaram da Comunidade a emanação de instrumentos de “harmonização” dos diversificados sistemas jurídicos nacionais.

Tal desiderato, isto é, o propósito de uma aproximação normativa suscita, no entanto, múltiplas e complexas questões, seja no plano político, seja ao nível jurídico. Saber como aferir quais os interesses prevalentes (e a medida da respectiva articulação), ou quem deve, em última análise ser “beneficiado” pela harmonização, se a União ou os Estados-membros (pois é desajustado supor que por ser a União uma realidade compósita há identidade de interesses entre o “todo” e os “componentes”), ou, ainda, saber até que ponto é vantajoso para os Estados-membros verem os seus *standards* nacionais serem substituídos por um *standard* de direito da União, e qual deva ser o nível de harmonização que se pretende alcançar (*v. g.*, mínima ou total), constituem alguns dos problemas do horizonte da dissertação.

2. Em busca de uma definição de harmonização

O processo de harmonização normativa conta-se entre os temas mais complexos e multifacetados do direito da União Europeia. Embora não se possa afirmar que o surgimento do fenómeno se confunda com a formação do sistema jurídico comunitário, ou que a ele se circunscreva, o carácter *sui generis* do seu desenvolvimento neste contexto normativo parece inegável.

Dito de outro modo, a harmonização das legislaturas domésticas através de instrumentos regulatórios de direito internacional, assenta numa realidade há muito conhecida¹⁰⁹. Importa, todavia, ter presente que o modelo de harmonização no âmbito do ordenamento jurídico da União se distingue dos demais, desde logo por se desdobrar dentro de um quadro institucional próprio, autónomo, no qual as instituições, legitimadas por meio dos Tratados, adoptam medidas de harmonização cuja validade prescinde da sua ratificação pelos Estados-membros; antes pelo contrário, elas vinculam-nos de forma automática, quer esses se vejam (ou não) nos objetivos nelas

¹⁰⁹ Um dos modelos de harmonização mais reputados é o da Organização Mundial do Comércio. Segundo Marcus Klamert, “What We Talk About When We Talk About Harmonisation”, p. 361, “in the context of the WTO, harmonisation has been defined as the process of making different regulation, principles, domestic laws and government policies substantially or effectively the same or similar”.

inscritos. Portanto, a nível da União, a harmonização possui um significado e características específicas, não equiparáveis a outros arquétipos¹¹⁰.

O primeiro nódulo problemático que se coloca em torno da matéria prende-se com a definição conceptual de “harmonização”. O que significa, afinal, harmonizar? Em termos genéricos, poder-se-ia dizer que se trata de combinar ou adaptar partes ou elementos relacionados, com vista a formar um todo ordenado e coerente, sem deixar de ter em conta a diversidade dos objectos harmonizados¹¹¹. Mas será esta definição transponível para o modelo de harmonização gizado na União Europeia?

Como dissemos, o mecanismo da harmonização está presente na União há mais de 50 anos, manifestando-se nas suas opções políticas e técnicas legislativas. E comprehende-se que assim seja. Na realidade, as Comunidades nunca tencionaram impor a uniformização dos regimes jurídicos nacionais, antes procuravam preservar, até certo ponto, a sua diversidade¹¹².

Apesar disso, não se estabeleceu, ainda, um sentido unívoco para o termo “harmonização”, imprecisão que tem ressonância tanto nos instrumentos normativos, como também na jurisprudência e na doutrina comunitárias¹¹³. A dificuldade definitória aqui identificada parece agudizada pelo uso indistinto de outros vocábulos semelhantes, tais como “aproximação”, “coordenação”, “unificação”, “convergência” e “europeização”¹¹⁴.

Ao olharmos para os instrumentos normativos da União, quer de Direito Primário, quer de Direito Derivado, damos conta dessa variedade de termos, algo que já foi qualificado, aliás, como uma verdadeira “Babel terminológica”¹¹⁵. Exemplos expressivos disto podem ser vistos em algumas das disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), cuja formulação legal faz referência tanto a “aproximação” como a “harmonização”. É o caso do artigo 114º, nº 1 e 5 do TFUE¹¹⁶:

¹¹⁰ Assim, Eva Lohse, “The meaning of harmonisation”, p. 286.

¹¹¹ Martin Boodman, “The Mith of Harmonizations of Laws”, p. 701. No mesmo sentido, v. Eva Lohse, “The meaning of harmonisation”, p. 283; René David, “L’avenir des droits européens: unification ou harmonisation”, pp. 295-298.

¹¹² Neste sentido, cf. Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 296.

¹¹³ Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 336; Stijn Smismans, “From harmonization to coordination?”, p. 521; Sabina Santos, *Direito do Trabalho e Política Social*, p. 99.

¹¹⁴ Segundo Frank Vandenbroucke, “The idea of a European Social Union”, p. 5, “convergence is not the same as harmonisation”.

¹¹⁵ Eva Lohse, “The meaning of harmonisation”, p. 284: “a Babylonian confusion of terms”.

¹¹⁶ Segundo Markus Klamert, “What We Talk About When We Talk About Harmonisation”, p. 362: “the centre for harmonisation in EU Law is Article 114 TFEU”.

1. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta do Comité Económico e Social, adotam as medidas relativas à *aproximação* das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

5. Além disso, sem prejuízo do disposto no nº 4, se, após a adoção de uma medida de harmonização pelo Parlamento Europeu e o Conselho, pelo Conselho ou pela Comissão, um Estado-membro considerar necessário adotar disposições nacionais baseadas em novas provas científicas relacionadas com a proteção do meio de trabalho ou do ambiente, motivadas por qualquer problema específico desse Estado-membro, que tenha surgido após a adoção da referida medida de *harmonização*, notificará a Comissão das disposições previstas, bem como dos motivos da sua adoção.

Por sua vez, os artigos 113º e 115º, do mesmo diploma, fazem menção somente de “harmonização” ou de “aproximação”, respectivamente:

Artigo 113º

O Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, adopta as disposições relacionadas com a *harmonização* das legislações relativas aos impostos sobre o volume de negócios, aos impostos especiais de consumo e a outros impostos indirectos, na medida em que essa *harmonização* seja necessária para assegurar o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno e para evitar as distorções de concorrência”.

Artigo 115º

Sem prejuízo do disposto no artigo 114º, o Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, adopta diretivas para a *aproximação* das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros que tenham incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado interno”.

Mas encontramos ainda prescrições legais que não se reportam à “aproximação” ou à “harmonização” dos sistemas domésticos, mas antes à “coordenação” dos mesmos, como acontece, designadamente, nos artigos 50º e 53º do TFUE:

Artigo 50º, nº 2, alínea g)

O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotarão diretivas para a *coordenação* das citadas disposições.

Artigo 53º, nº 1

A fim de facilitar o acesso às atividades não assalariadas e ao seu exercício, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotarão diretivas que visem o reconhecimento mútuo de diplomas, certificados e outros títulos, bem como a *coordenação* das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros respeitantes ao acesso às atividades não assalariadas e ao seu exercício.

Tendo em linha de conta que os vocábulos acima referenciados não são empregues de forma consistente, nem pelos normativos legais, nem pelas instituições da União, uma interpretação puramente literal de “harmonização” deve ser sumariamente descartada. Na verdade, há um entendimento comum sufragado na doutrina quanto ao facto de as expressões “harmonização”, “aproximação” e “coordenação” pressuporem conceitos intermutáveis¹¹⁷.

Além disso, e ponto não despiciendo, o critério definitório de harmonização não deve ter por base uma única língua oficial da União, na medida em que essas expressões podem assumir diferentes matizes consoante a língua para a qual esteja a ser traduzida¹¹⁸. Por conseguinte, a definição de

¹¹⁷ Neste sentido, Eva Lohse, “The meaning of harmonisation”, p. 285; Markus Klamert, “What We Talk About When We Talk About Harmonisation”, p. 361; Marie-Bénédicte Dembour, “Harmonization and the Construction of Europe”, p. 5. Para Sabina Santos, a referência a esses termos “pode não ser inocente e demonstra diferentes posturas ou entendimentos da adequada actuação dos dois actores, quer o nacional, quer o comunitário, no domínio social. “Se a aproximação pode constituir o termo aglutinador de uma multiplicidade de variantes onde as outras expressões podem caber, é indiscutível que do rigor de unificação (identidade de normas) à suavidade da simples coordenação (equilíbrio de relações estabelecidas entre sistemas que se mantêm inalteráveis) o espaço reservado da política social é o da harmonização (modificações necessárias à obtenção dos resultados pretendidos). A Autora reconhece, de todo o modo, que “nem por isso as dúvidas ficam esclarecidas” (*Direito do Trabalho e Política Social*, p. 99).

¹¹⁸ Sobre as diferentes traduções de “harmonização” para o francês e o alemão, v. Marie-Bénédicte Dembour, “Harmonization and the Construction of Europe”, p. 5 e ss.

harmonização deve ser norteada por outros parâmetros, tais como o seu procedimento, função e resultado.

Efectivamente, a harmonização pode ser concebida como um processo que tem como ponto de partida a criação de um *standard* a nível europeu, por diferentes actores e através de instrumentos e métodos variados, com a intenção de potenciar o desenvolvimento de um direito europeu comum. Esse *standard* traduz o quadro em torno do qual as legislaturas nacionais se deverão movimentar, isto é, uma vez adoptada a medida de harmonização, os Estados-membros deixam de poder justificar a sua modificação *in pejus* ou mesmo *in melius*¹¹⁹, *consoante a técnica adoptada*.

O processo de harmonização materializa-se tanto por meio de instrumentos de Direito Primário e Derivado, como ainda pelos princípios gerais de Direito da União, e pela interpretação (conformadora) que deles faz o Tribunal de Justiça.

A harmonização convoca ainda a incorporação do *standard* nas ordens legais domésticas através de diferentes expedientes, bem como a sua mediação, que pode ou não assemelhar-se ao enquadramento original, mas que é comumente aplicável em todos os países da União. Esta tarefa é realizada, principalmente, pela cooperação entre as judicaturas nacionais e comunitária, por via de mecanismos específicos do ordenamento comunitário, designadamente o reenvio prejudicial, a interpretação conforme, e os procedimentos sancionatórios e de responsabilização estatal.

A harmonização pretende atingir um determinado resultado, *verbi gratia*, a criação de um direito da União tão uniforme quanto necessário. Mais importante do que a similitude textual das normas transpostas para os ordenamentos nacionais, é a aplicação harmonizada do *standard* em toda a União.

Por fim, a harmonização serve uma função (económica) específica, designadamente a de concretizar a missão da União Europeia, como o estabelecimento e funcionamento do mercado interno¹²⁰.

Nas palavras de Graça Enes, “em sede de harmonização legislativa, mantém-se a competência estadual, embora haja uma predominância

¹¹⁹ Assim, Marcus Klamert, “What We Talk About When We Talk About Harmonisation”, p. 365.

¹²⁰ Escreve Marie-Bénédicte Dembour, “Harmonization and the Construction of Europe”, p. 4: “the introduction of the word ‘harmonization’ in European legal jargon is to be understood by reference to the aim which presided at the creation of the European Economic Community”.

comunitária”. A Autora sustenta que há um objetivo comunitário que é prosseguido directa e imediatamente pela União – o mercado interno – e que implica a aproximação das legislações dos Estados-membros. É a verificação desta condição, de acordo com Graça Enes, que autoriza a intervenção da União. Esta não visa uniformizar, mas tão só harmonizar esses domínios na medida estritamente necessária ao funcionamento do mercado, e neutralizar os objetivos próprios dos Estados-membros aos interesses e objetivos da União. Graça Enes enfatiza ainda que compete ao legislador comunitário definir o conteúdo e alcance da harmonização a impor aos Estados-membros, tendo como critério determinante do alcance da regulação comunitária o funcionamento do mercado interno¹²¹.

O carácter sensível da harmonização no domínio laboral da União reside na circunstância de os regimes visarem salvaguardar, em primeira linha, os interesses do mercado interno, reconduzindo a um plano subordinado os dos trabalhadores europeus. Nesta linha de tensão, a função protectora ou garantista do direito do trabalho é posta em causa, dando certa prevalência à da regulação do mercado, conforme já tivemos ocasião de enunciar.

O problema é de complexa resolução. A harmonização, assente numa lógica instrumental, busca sobretudo assegurar condições de igualdade entre os operadores económicos, e não os já referidos fins clássicos de protecção do direito do trabalho. Todavia, a sua ausência coloca sob enorme pressão o progresso social e a manutenção das garantias laborais dos Estados-membros economicamente mais desenvolvidos, por força das assimetrias entre eles no que diz respeito, designadamente, à remuneração, condições de trabalho e níveis de desemprego. Essa pressão pode redundar na retracção das garantias laborais desses países, com vista a torná-los mais competitivos no mercado. Daí se poder afirmar que “o estabelecimento de um mercado único implica necessariamente um mínimo de harmonização social”¹²².

3. Métodos de harmonização

Vimos que a harmonização normativa consiste no processo de substituição, pela União Europeia, de disposições jurídicas domésticas, normalmente assimétricas, por uma única regra de direito da União, máxime, um

¹²¹ Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, pp. 334-335.

¹²² José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, p. 162.

standard europeu aplicável a todos os Estados-membros. Este *standard* visa regular, por um lado, certos interesses num determinado domínio legal, que de outro modo seria orientado apenas pelas ordens jurídicas internas, e, por outro, impulsionar o avanço do livre comércio e da integração do mercado interno.

Embora essa tarefa possa parecer simples, a verdade é que ela coloca múltiplos e delicados problemas à União, que desde há muito procura criar *standards* harmonizados, uniformemente aplicáveis, que permitam nivelar a concorrência empresarial, respeitando (e fomentando) ao mesmo tempo a diversidade dos sistemas jurídicos nacionais.

Ao longo de décadas, foram sendo criados (e afinados) diferentes métodos de harmonização normativa, de acordo com o grau de flexibilidade e de discricionariedade pretendidos pela União. Eles podem ser classificados como exaustivo, opcional, mínimo e reflexivo¹²³. Vejamos, de forma breve e sincopada, em que consiste cada um desses modelos.

3.1. Harmonização exaustiva ou total

A harmonização exaustiva, também conhecida por harmonização total, assenta na substituição de soluções jurídicas internas por uma única regra europeia, que não pode ser estritamente modificada pelos Estados-membros. Trata-se de uma modalidade de harmonização que teve maior incidência no conspecto da livre circulação de mercadorias, e que reflectia a lógica comunitária institucional primeva, no sentido de se criar uma legislação europeia uniformemente aplicável que facilitasse as trocas comerciais no espaço da Comunidade¹²⁴.

Por força dos Tratados, o uso deste modelo de harmonização está constitucionalmente vedado em alguns domínios jurídicos, como é o caso do âmbito laboral. Com efeito, o artigo 153º, nº 4, do TFUE, dispõe que as

¹²³ Assim, Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, p. 581; Marcus Klamert, “What We Talk About When We Talk About Harmonisation”, p. 362; Michelle Egan, “Harmonization: The Slow Strategy Forward”, p. 68; Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 298 e ss.

¹²⁴ A este propósito, Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 298, sustenta que “as instituições desde cedo revelaram uma visão essencialmente formal e muito restritiva da liberdade de meios dos Estados-membros, adotando diretrizes com uma regulação exaustiva que não deixavam mais do que uma liberdade de forma’ de transcrição”. Na expressão de Marie-Bénédicte Dembour, “the Treaty therefore put into place mechanisms enabling the European institutions to remedy the inconvenience resulting from disparity between national legislations” (“Harmonisation and the Construction of Europe”, p. 5).

regras de harmonização “não obstam a que os Estados-membros mantenham ou introduzam medidas de protecção mais estritas compatíveis com os Tratados”.

O arquétipo da harmonização exaustiva encontra-se materializado em um leque de Directivas, todas elas contendo um objectivo duplo, a saber: autorizar a livre circulação de mercadorias que respeitem os requisitos exigidos nesses normativos (cláusula da livre circulação); proibir a comercialização de mercadorias que não observem essas exigências, ainda que a sua comercialização ocorra somente no âmbito doméstico (cláusula de exclusividade).

A Directiva 76/768/CE, respeitante aos produtos cosméticos, constitui um exemplo elucidativo do modelo de harmonização exaustiva. O seu artigo 7º, nº 1, concretizador da “cláusula de livre circulação”, enuncia que os Estados-membros não podem “recusar, proibir ou restringir a colocação no mercado dos produtos domésticos que obedecam às prescrições da presente Directiva e seus anexos”. Já o artigo 3º do mesmo desiderato consigna a “cláusula de exclusividade”: “os Estados-membros tomarão todas as medidas necessárias para que os produtos cosméticos só possam ser colocados no mercado se obedecerem as prescrições da presente Directiva e seus anexos”. E o seu artigo 6º, nº 1, prevê uma lista de informações que devem constar das embalagens desses produtos. Note-se que uma vez que se confere normativamente carácter exaustivo a essa listagem, os Estados-membros não podem requerer outras informações para além das que estão aí estabelecidas.

O predomínio do modelo da harmonização exaustiva estendeu-se até meados da década de 1970, compreendendo uma vertente negativa e outra positiva¹²⁵. A primeira, assente na eliminação das barreiras nacionais e na desregulação, revelava-se mais simples. Por seu turno, a vertente da integração positiva, foi marcada por várias tensões relacionadas com a salvaguarda de valores, interesses e preferências distintas dos Estados-membros¹²⁶.

Note-se, porém, que a harmonização exaustiva possui uma efectividade mais limitada comparativamente a outras técnicas normativas. Como se comprehende, a fase de preparação (propostas, discussão) focada nos (even-

¹²⁵ Catherine Barnard / Simon Deakin, “Negative and Positive Harmonization of Labor Law in the European Union”, p. 389 e ss.

¹²⁶ Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 302. Para mais desenvolvimentos, v. Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 238; Catherine Barnard / Simon Deakin, “Positive and Negative Harmonisation of Labour Law in the European Union”, p. 389 e ss.

tuais) conteúdos prescritivos tende a dilatar-se no tempo, já que os Estados-membros pretendem ver salvaguardados todos os seus interesses antes da adopção de um *standard* que não poderão vir a modificar. Por outro lado, exige-se unanimidade deliberativa para efeitos de aprovação do *standard* exaustivo¹²⁷. Como ensina Graça Enes, a harmonização com um âmbito total comporta “custos demasiado elevados com um processo, em geral, oneroso e demorado, verdadeiramente hercúleo”¹²⁸.

A este propósito, Catherine Barnard sustenta:

once adopted, the same obstacles make such legislation difficult to amend to take account of innovation or other unforeseen circumstances, making harmonization conservative and inflexible¹²⁹.

Aliás, a excessiva interferência comunitária nas legislaturas internas¹³⁰ e o sentimento de hostilidade de alguns países para com o modelo de harmonização exaustiva¹³¹ levaram mesmo a União a elaborar modelos de harmonização alternativos com maior elasticidade. Nesta linha, e como bem sintetiza Graça Enes,

De uma tutela da diversidade marginal, precária e provisória, passa-se a reconhecer que o mercado interno é compatível com a diversidade da regulamentação nacional e que esta constitui a regra em matéria de competências partilhadas (como é o mercado interno)¹³².

3.2. Harmonização opcional ou alternativa

O modelo da harmonização opcional, como a própria nomenclatura indica, consiste no estabelecimento de um *standard* que os Estados-membros

¹²⁷ Todos esses aspectos fazem do modelo de harmonização exaustiva um processo custoso. Neste sentido, v. Marcus Klamert, “What We Talk About When We Talk About Harmonisation”, p. 364.

¹²⁸ Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 301.

¹²⁹ Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, p. 585.

¹³⁰ De acordo com Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, pp. 301-302, verificou-se na comunidade uma “inflação legislativa” e a “multiplicação dos regimes comuns substitutivos dos nacionais”. No mesmo sentido, v. Marie-Bénédicte Dembour, “Harmonization and the Construction of Europe”, p. 9.

¹³¹ Neste sentido, Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, p. 586, e Michelle Egan, “Harmonization: The Slow Strategy Forward”, p. 70.

¹³² Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 307.

podem decidir incorporar ou não nas suas legislaturas internas¹³³. Desta forma, o modelo privilegia a coexistência de dois regimes jurídicos distintos, *rectius*, um europeu e outro doméstico. Por exemplo, uma mercadoria que tenha sido fabricada num determinado país em linha com o *standard* comunitário pode ser livremente comercializada na Comunidade, ao passo que as mercadorias de uma zona em que estejam incorporadas regras mais restritivas só pode circular dentro desse específico âmbito territorial.

Apesar das vantagens subjacentes ao modelo, como seja evitar, à semelhança do sucedido com o arquétipo da harmonização total, perturbações excessivas dos mercados domésticos e do progresso tecnológico dos Estados-membros, o mesmo suscita algumas dificuldades a nível das trocas comerciais, da inconformidade dos produtos e, consequentemente, da sua compatibilidade com os artigos 34º a 36º do TFUE, respeitantes à proibição das restrições à importação e exportação intracomunitária¹³⁴, tendo por isso sido pouco utilizado no conspecto europeu¹³⁵.

Cabe aqui recordar, ainda que de forma sumária, o Acórdão *Cassis de Dijon*, no qual o Tribunal de Justiça forneceu uma solução parcial para o problema do reduzido processo de implementação do programa comunitário de harmonização então em curso. O caso foi colocado perante o areópago do Luxemburgo por uma empresa alemã, na sequência da recusa pelas autoridades germânicas de lhe conceder uma autorização para importar groselha de França, com base no argumento que a lei germânica fixava em 25% o mínimo de conteúdo de álcool dos licores de fruta comercializados; enquanto a groselha de Dijon continha entre 15 a 20% de quantidade de álcool. Por outras palavras, a disparidade entre as legislações nacionais significava que a groselha estava efectivamente impedida de entrar na

¹³³ Sobre o tema, v. Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 302; Marie-Bénédicte Dembour, “Harmonization and the Construction of Europe”, p. 10.

¹³⁴ O artigo 36º do TFUE dispõe que “as disposições dos artigos 34º e 35º são aplicáveis sem prejuízo das proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito justificadas por razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública; de protecção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas; de protecção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico; ou de protecção da propriedade industrial e comercial. Todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-membros”.

¹³⁵ Com mais desenvolvimentos, v. Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, p. 587, e Marcus Klamert, “What We Talk About When We Talk About Harmonisation”, p. 367.

Alemanha. O Tribunal de Justiça, porém, decidiu que a disposição legal alemã constituía uma medida que tinha o efeito equivalente a uma restrição quantitativa nas importações; como tal era contrária ao artigo 30º do Tratado de Roma, e a groselha, por conseguinte, teria de ser permitida no território alemão.

O Tribunal incrementava assim a harmonização das legislaturas internas, na medida em que todos os produtos fabricados dentro do mercado comum passaram a poder ser normalmente comercializáveis em todo o espaço da comunidade. A decisão *Cassis de Dijon* teve, como se sabe, ressonância mais ampla, ao introduzir “a test involving balancing of the general interest pursued by the national rules and the interest in the free movement of goods which would be served by holding those national rules incompatible with EU law¹³⁶.

3.3. Harmonização mínima

O arquétipo de harmonização mais corrente na União é, sem dúvida, o da harmonização mínima, que se traduz na adopção de prescrições mínimas de protecção que autorizam a sua alteração *in melius* pelos Estados-membros¹³⁷. A sua popularidade em Directivas de âmbito social decorre, sobretudo, da circunstância de as mesmas contribuírem para o reequilíbrio da concorrência intracommunitária (por meio de *standards* mínimos de tutela comuns a todos os países) e acomodarem regras domésticas assimétricas (aqueles que porventura estabeleçam patamares protectivos superiores ao mínimo)¹³⁸.

¹³⁶ Stephen Weatherill, “Protecting the Internal Market from the Charter”, p. 215, sublinhados nossos. Isto dito não significa que todas as restrições criadas pelas legislações internas ficassesem de imediato ineficazes. Estados-membros continuavam a poder criar restrições à livre circulação de certas mercadorias. A situação só foi superada, de modo significativo, com o Acto Único Europeu (AUE) de 1987, que veio estabelecer, como se sabe, os fundamentos do mercado interno, livre de fronteiras.

¹³⁷ Com pormenor, v. Marcus Klamert, “What We Talk About When We Talk About Harmonisation”, p. 367 e ss.

¹³⁸ No dizer de Catherine Barnard / Simon Deakin, “Negative and Positive Harmonization of Labour Law”, p. 408, “in one sense, minimum standards Directives could be described as a form of ‘reflexive harmonization’ by analogy to the idea of reflexive law. The essence of reflexive law is the acknowledgement that regulatory interventions are most likely to be successful when they seek to achieve their ends not by direct prescription, but by inducing ‘second-order effects’ on the part of social actors. In other words, this approach aims to ‘couple’ external regulation with self-regulatory processes”.

Conforme se mencionou, as normas nacionais de direito do trabalho não devem (ou não deveriam) estar orientadas primacialmente para atender às necessidades do mercado interno. De todo o modo, o artigo 115º do TFUE, que não está associado aos objectivos inscritos na política social da União, nomeadamente a laboral, constitui precisamente uma das bases normativas das Directivas que visam a harmonização deste ramo¹³⁹. Com efeito, essa norma confere poderes ao Conselho para, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após consulta do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, adoptar Directivas para a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros que tenham incidência directa no estabelecimento ou no funcionamento do mercado interno.

Outro normativo central para a harmonização dos sistemas jurídicos domésticos é o artigo 114º do TFUE. Nos termos do nº 1 do preceito,

O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta do Comité Económico e Social, adotam as medidas, designadamente Directivas, relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros, que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.

Apesar de haver condicionantes à utilização desta norma como base para a criação de Directivas de harmonização, o artigo 114º tem um relevo primacial na matéria da articulação entre sistema jurídico europeu e sistemas nacionais. Desde logo, porque determina que o fundamento deve ser o “estabelecimento e o funcionamento do mercado interno”, isto é, de “um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada”, como se determina no artigo 26º. A construção do mercado interno pode ser limitada pela coexistência de legislações nacionais com soluções distintas. Reduzir essa variabilidade constitui um dos objectivos da harmonização. Daí que, tal como Stephen Weatherill destaca,

Harmonisation therefore has a dual function: it sets common rules for the European market, but, against a background of diverse national sources of

¹³⁹ Como é o caso, aliás, da Directiva dos Direitos Adquiridos, conforme se verá na segunda parte do nosso estudo.

regulatory inspiration, it also involves a choice of the appropriate standard of re-regulatory protection that will apply in common throughout the EU¹⁴⁰.

Como se referiu acima, a aplicação do artigo 114º carece da verificação de dois pressupostos cumulativos. Dada a sua natureza residual, ele só deve servir de base para aprovação de um acto legislativo da União quando esta não dispuser de outro enquadramento para o efeito. Assinale-se, contudo, que em algumas situações essa condição nem sempre parece estar preenchida¹⁴¹.

O Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre esta questão no Acórdão *Comissão contra Conselho*, no qual se estabeleceu que na hipótese de o Tratado consignar uma disposição mais específica que constitua a base jurídica para uma determinada medida, essa medida deve ser adoptada no âmbito dessa regra legal¹⁴².

O segundo requisito impõe que as medidas adoptadas ao abrigo do artigo 114º do TFUE tenham como escopo a harmonização (directa ou indirecta) das legislações domésticas¹⁴³. Deste modo, instrumentos que não visem essa harmonização não devem ser aprovados à luz do artigo 114º do TFUE.

As Directivas de harmonização mínima estatuem o terreno em que as ordens jurídicas domésticas deverão movimentar-se: digamos que este “mínimo” passa a estar *exaustivamente* harmonizado. Não quer isto dizer, contudo, que por serem “mínimas” essas normas devam assumir um carácter “minimalista”, no sentido de que os países não devam ser encorajados a criarem soluções mais favoráveis do que as consagradas nos regimes comunitários (*race to the top*). Como o Tribunal de Justiça determinou a propósito da Directiva dos Direitos Adquiridos (77/187/CE), a mesma visa somente

¹⁴⁰ Stephen Weatherill, “Protecting the Internal Market from the Charter”, p. 228.

¹⁴¹ Neste sentido, Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, p. 560.

¹⁴² Acórdão *Comissão c. Conselho (IVA)*, Processo C-533/03, nº 45: “uma vez que existe, no Tratado, uma disposição mais específica que pode constituir a base jurídica do acto em causa, este deve ser baseado nessa disposição. No caso concreto, o Tribunal entendeu que duas medidas concebidas para consolidar e reforçar a cooperação administrativa no domínio do IVA não deveriam ser aprovadas ao abrigo do artigo 114º, nº 1, do TFUE, mas antes ao abrigo do quadro fiscal (artigo 113º do TFUE)

¹⁴³ A harmonização indirecta decorre da leitura do Tribunal de Justiça. Sobre o ponto, v. Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, p. 569.

harmonizar parcialmente a matéria em causa ao alargar, no essencial, à hipótese de transferência de empresas a protecção garantida aos trabalhadores, de forma autónoma, pelo direito dos diferentes Estados-membros. A Directiva não pretende instaurar um nível de protecção uniforme para o conjunto da Comunidade em função de critérios comuns. O benefício da Directiva apenas pode, pois, ser invocado para garantir que o trabalhador interessado se encontra protegido nas suas relações com o cessionário da mesma forma que o estava nas suas relações com o cedente, nos termos das normas jurídicas do Estado-membro em causa¹⁴⁴.

Por conseguinte, a harmonização mínima traduz uma solução de compromisso entre a integração do mercado interno e a salvaguarda de uma margem de discricionariedade aos Estados-membros na conformação dos sistemas laborais internos¹⁴⁵. Conforme enfatiza Marcus Klaremberg,

it is plain that national preferences and sensitivities are better served by ‘minimum’ harmonisation leaving Member States free to engage in “gold-plating”, in the sense of adding requirements that are not strictly necessary under the European harmonising instrument¹⁴⁶.

No dizer de Graça Enes,

A liberdade deixada pelo legislador comunitário permite a intervenção dos Estados no reforço do objetivo do regime comunitário, pois a intervenção comunitária é potencialmente mínima¹⁴⁷.

No conspecto laboral, porém, o modelo da harmonização mínima vem-se revelando assaz problemático, principalmente em virtude da interpretação (agora sim) “minimalista” do Tribunal de Justiça, de que o caso

¹⁴⁴ Acórdão *Danmols Inventar*, No. 26.

¹⁴⁵ Nesta linha, v. Marcus Klamert, “What We Talk About When We Talk About Harmonisation”, p. 364. Segundo Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, p. 591, “from the perspective of diversity and regulatory autonomy, minimum harmonization also has merits because Member States are free to experiment above the minima, if they so choose. Member States must inform the Commission of the steps they have taken to implement the directive, which gives the Commission a large database of comparative national practice to inform any proposed amendments to the directive”.

¹⁴⁶ Marcus Klamert, “What We Talk About When We Talk About Harmonisation”, p. 364.

¹⁴⁷ Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 303.

Alemo-Herron, respeitante à interpretação da *Directiva* dos Direitos Adquiridos, bem como o caso *AGET Iraklis*, são claros testemunhos.

3.4. Harmonização constitucional mínima (do direito laboral)

Apesar de as Directivas de harmonização social terem sido aprovadas na comunidade desde os seus primórdios – de que é exemplo a Directiva dos Direitos Adquiridos de 1977 –, elas só foram constitucionalmente reguladas com o advento do Acto Único Europeu (AUE) em 1987. Entre outros aspectos¹⁴⁸, o AUE veio prever expressamente no Direito Primário a possibilidade de a Comunidade adoptar aquela modalidade de instrumentos¹⁴⁹.

Essa inovação legislativa emergiu como resposta à necessidade apontada pelo *Livro Branco* da Comissão em 1985 de se criarem medidas com vista à

¹⁴⁸ Embora não tivesse conteúdo directamente relacionado com o domínio laboral, o AUE foi importante por implantar o diálogo social ao nível da União, reconhecendo com isso o papel dos parceiros sociais, e permitiu a celebração de convenções colectivas de âmbito europeu. Ademais, o AUE veio dar mais visibilidade às matérias laborais comunitárias, que mais tarde se traduziram no combate ao desemprego e na Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos trabalhadores (1989). Refira-se, contudo, que este desiderato ilustra a lógica de “aproximação” das legislações laborais internas, o estabelecimento de um standard laboral comunitário mínimo que permitisse evitar o *dumping* social, e o reconhecimento de um conjunto de direitos de índole social. Por causa disso, ele foi contestado por parte de alguns governos e estruturas empresariais, que defendiam que num contexto de diferentes níveis de produtividade e eficiência, uma aproximação abrangente das condições de trabalho poderia ser economicamente contraproducente, mesmo para os países menos avançados. Daí que, com vista à superação dessas objeções, o teor da Carta foi reduzido ao “mínimo denominador comum” de direitos que já haviam sido reconhecidos nas ordens jurídicas nacionais, sem no entanto afectar as garantias legais consignadas na Carta Social do Conselho da Europa e nas convenções da OIT. Sem carácter vinculativo, a Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores apenas enunciava princípios, assumindo o formato de uma declaração de compromissos políticos. O seu conteúdo constitui, no entanto, um importante fator de trabalho para a Comunidade e os Estados e especialmente para o Tribunal de Justiça, que dele infere princípios fundamentais que tem estribado as suas decisões. Ao vislumbrar a Carta como um complexo axiológico de valores, o Tribunal lhe atribui um “efeito jurídico” que não parecia expectável. Como tal, não obstante as suas limitações, a Carta traduz os contornos do modelo social europeu e constitui uma boa plataforma para a assunção de novos compromissos na base dos princípios consagrados. Sobre o ponto, v. M. R. Palma Ramalho, *Direito Social da União Europeia*, pp. 36-39; Sabina Santos, *Direito do Trabalho e Política Social*, p. 95; Ana Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, pp. 98 e ss.; José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, pp. 168-169.

¹⁴⁹ Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 303.

eliminação dos obstáculos ao mercado interno¹⁵⁰. Naquele momento, um dos desafios enfrentados pela comunidade era o de realizar esse objectivo num curto espaço de tempo, já que as bases jurídicas previstas no Tratado de Roma exigiam unanimidade na sua deliberação (artigos 100º – artigo 115º do TFUE) e excluíam do seu âmbito de aplicação disciplinas relativas aos direitos e interesses dos trabalhadores (artigo 100º-A – artigo 114º, nº 2, do TFUE).

A solução encontrada para colmatar essa urgência surgiu então com a incorporação, no referido Acto, do artigo 118º-A, que estabeleceu o regime da harmonização das condições de trabalho, nomeadamente para efeitos de protecção da segurança e da saúde dos trabalhadores europeus, através da aprovação, agora já só por maioria qualificada, de directivas que consignassem “prescrições mínimas progressivamente aplicáveis” que não constituíssem entraves à manutenção e ao estabelecimento de medidas nacionais de protecção reforçadas¹⁵¹.

O âmbito de aplicação dessas directivas parecia circunscrever-se às condições de trabalho respeitantes à segurança e a saúde no trabalho, afastando-se de tudo o que dissesse respeito à posição legal dos trabalhadores em relação ao empregador e às relações colectivas de trabalho. E o sentido da interpretação da regra não era despicienda. Conforme enfatiza Sabina Santos:

Tudo o que a ultrapassasse permitiria uma intervenção comunitária, mas no sentido de harmonizar legislações e mais uma vez através do social pelo económico), isto é, se as questões sociais de que tratamos tivessem incidência directa no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum (art. 100º), mas a exigência de unanimidade inviabilizava qualquer efeito relevante desta disposição¹⁵².

Assim, a garantia de uma intervenção comunitária (mínima) no domínio laboral passaria necessariamente por uma interpretação lata de “condições de trabalho”, de modo a assegurar a mobilização da regra da maioria qualificada prevista no referido artigo 118º-A, o que encontrava graves obstáculos no texto legal do Tratado e, principalmente, nas posições das

¹⁵⁰ Sobre isto, v. Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 237.

¹⁵¹ Sobre isto, v. Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 303.

¹⁵² Sabina Santos, *Direito do Trabalho e Política Social*, pp. 92-93.

instituições comunitárias¹⁵³. Daí se poder afirmar, com José João Abrantes, que o AUE estabeleceu, em matéria social, “se não um real compromisso, ao menos uma cedência verbal à dimensão social do mercado interno”¹⁵⁴.

Nos anos 90, constatava-se um progresso assaz limitado no domínio laboral da União, resultante, por um lado, da inacção dos Estados-membros no sentido de emanarem instrumentos de política social, designadamente laboral, e, por outro, da já referida exigência de unanimidade nas deliberações do Conselho para aprovação de Directivas noutras matérias de direito do trabalho que não da saúde e segurança do trabalhador¹⁵⁵.

Isto levou a que se propusesse, durante os trabalhos preparatórios do Tratado de Maastricht, um alargamento dos poderes da União no âmbito da política social. Não se tendo alcançado o consenso necessário para o efeito, um Acordo-quadro sobre Política Social foi aprovado em protocolo anexo por 11 dos Estados-membros (o Reino Unido não aderiu).

Este Acordo estabelecia a participação dos parceiros sociais no processo legislativo comunitário, a extensão das competências no campo do direito do trabalho e a maioria qualificada no exercício de algumas destas. Quanto a este último aspecto, as áreas de competência já não se cingiam às “condições de trabalho” em sentido estrito: o Conselho podia adoptar Directivas com vista à melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores, como já acontecia no contexto do AUE, mas agora respeitantes também às condições de trabalho em sentido amplo), informação e consulta, inclusão das pessoas excluídas do mercado de trabalho e aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres. O Acordo dispunha ainda que o desenvolvimento da política social não deveria ser perspectivado enquanto parte integrante da política económica comunitária, mas como um fim em si mesmo¹⁵⁶. A este propósito, Monteiro Fernandes sintetiza:

¹⁵³ Sabina Santos, *Direito do Trabalho e Política Social*, p. 93.

¹⁵⁴ José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, p. 168.

¹⁵⁵ Neste sentido, v. Frans Pennings / Saskia Peters, *European Labour Law*, p. 6. Os autores referem (p. 6), aliás, que duas propostas de Directivas de flexibilização do trabalho, que dependiam da unanimidade de votos para a sua aprovação, foram objecto de voto no Conselho. Sobre o ponto, veja-se ainda Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 239.

¹⁵⁶ Quatro Directivas foram aprovadas ao abrigo das novas competências advenientes do Acordo-quadro: Directiva 97/81/CE sobre trabalho parcial; Directiva 96/34/CE sobre licença parental; Directiva 97/80/CE, relativa ao ónus da prova no caso de discriminação baseada no sexo; Directiva 94/45/CE, relativa à instituição de um conselho de empresa europeu ou de um procedimento de informação e consulta dos trabalhadores nas empresas ou em grupos

Embora ressalvando a ‘diversidade das práticas nacionais’ e a ‘competitividade’, o Acordo confere uma acentuação nova – já não directamente instrumental – à acção comunitária no domínio social. Esta primeira constatação é reforçada por duas vias: a) o alargamento das competências comunitárias no mesmo domínio: prevêem-se agora o estabelecimento de prescrições mínimas sobre matérias que englobam, para além do ambiente de trabalho, as condições de trabalho, a informação e a consulta dos trabalhadores, a igualdade entre homens e mulheres e a integração das pessoas excluídas do mercado de trabalho; b) a tendencial generalização do método da maioria qualificada nas decisões a tomar sobre aquelas matérias: só ficam de fora os temas explicitamente reservados à unanimidade. A intervenção normativa comunitária, assente em maioria qualificada, pode ter por objecto as condições de trabalho’ – uma expressão que começou por ser usada num sentido limitado às exigências do ambiente de trabalho, mas que hoje se tem, liquidamente, por comprehensiva do conjunto de regras sobre as relações individuais de trabalho. Este novo espaço de actuação é triplamente limitado: a intervenção comunitária só pode traduzir-se em ‘prescrições mínimas aplicáveis progressivamente’; permanecem dependentes de unanimidade várias matérias importantes e sensíveis; finalmente, são excluídas da competência comunitárias as remunerações. Mas o alcance destas restrições não põe em causa o facto essencial: passou a ser viável a intervenção comunitária, mediante actos normativos (directivas) decididos por maioria qualificada, sobre a generalidade dos temas compreendidos no regime das relações individuais de trabalho. Relativamente à dimensão colectiva das relações de trabalho, o Acordo articula duas perspectivas inteiramente diversas para dois domínios fundamentais: relativamente à negociação colectiva, admite-se regulamentação comunitária, embora assente em unanimidade; quanto aos conflitos colectivos, ou melhor, às formas de luta laboral, exclui-se em absoluto a competência comunitária¹⁵⁷.

Note-se, contudo, que o Acordo não só se limitava a permitir o estabelecimento de prescrições nacionais mínimas, como demonstrava mesmo um certo “minimalismo comunitário”, sistematicamente protegido e “justificado” pelo “manto” da subsidiariedade. Se o *dumping* social redunda em

de empresas de dimensão comunitária. Sobre isto, v. Frans Pennings / Saskia Peters, *European Labour Law*, p. 7.

¹⁵⁷ António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, pp. 85-86. Ver, ainda, José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, p. 169.

riscos inerentes à diversidade de regulamentações, nomeadamente no que respeita aos encargos do factor trabalho (condições de trabalho e encargos sociais), esses riscos não diminuem quando as remunerações (custos salariais directos) e a segurança social (custos salariais indirectos) são claramente subtraídos à competência comunitária (um por absoluta exclusão de competência, outro por aplicação da regra da unanimidade na votação, que na prática se traduz quase no mesmo resultado). Se não se inviabiliza, pelo menos dificulta-se a realização do projecto social e do objectivo da coesão económica e social que lhe serve de suporte¹⁵⁸.

Já em 1997, o Tratado de Amsterdão reconheceu, no seu preâmbulo, a protecção dos direitos fundamentais como um dos pilares essenciais de actuação da União, bem como o relevo dos direitos sociais fundamentais tanto para os ordenamentos nacionais como para o direito europeu primário, deixando passar, no entanto, a oportunidade de consagrar “um catálogo de direitos sociais fundamentais, que, além do mais, teria o significado de um real compromisso dos Estados-membros no sentido da realização da dimensão social do espaço europeu”¹⁵⁹.

Agora já com adesão de todos os Estados-membros, as referidas competências do Acordo Quadro estabelecidas em Maastricht foram incorporadas no Tratado da União, no título dedicado à política social, concretamente no artigo 137º (artigo 153º do TFUE)¹⁶⁰. Embora isso pudesse representar, à época, passos muito positivos “no sentido de a UE vir a ter uma verdadeira política social”¹⁶¹, o Tratado não passou disso mesmo, um passo “positivo, mas insuficiente”¹⁶². Mais: ele conduziu à legitimação de formas de retrocesso social: um caso flagrante resulta de se ter operado uma mudança de função da harmonização em matéria social, que deixou de ser a “igualização no progresso”, referida no Tratado de Roma, para passar a ser, agora, a fixação de “prescrições mínimas progressivamente aplicáveis”¹⁶³.

Desde então, um leque de matérias jurídico-laborais passaram a poder ser reguladas por directivas aprovadas à luz do referido dispositivo, devendo

¹⁵⁸ Sabina Santos, *Direito do Trabalho e Política Social*, p. 97.

¹⁵⁹ José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, p. 173.

¹⁶⁰ Sobre isto, cf. Ana Guerra Martins, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, p. 215.

¹⁶¹ José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, p. 170.

¹⁶² Sabina Santos, *Direito do Trabalho e Política Social*, p. 84.

¹⁶³ José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, p. 173.

neste caso imporem somente prescrições mínimas progressivamente aplicáveis (e não prescrições exaustivas). Dessa forma, essas Directivas determinam os parâmetros a partir dos quais as legislações nacionais poderão actuar, nomeadamente através da previsão de regras mais favoráveis que aquelas consagradas na concreta Directiva em causa. Estas Directivas também não devem incidir em disciplinas administrativas, financeiras e jurídicas contrárias à criação e ao desenvolvimento de pequenas e médias empresas, o que em certas situações implica que só sejam aplicáveis a empresas com um determinado número de trabalhadores. Esta “nova” modalidade de harmonização é designada na doutrina como “harmonização constitucional mínima”.

Importa ter presente que, ao abrigo deste modelo, a emanação de normas domésticas mais favoráveis está sujeita a certos limites; elas devem ser compatíveis com as normas estabelecidas nos Tratados¹⁶⁴. A este propósito, Stefano Giubboni enfatiza:

even though ‘minimal’ harmonization is not necessarily ‘minimalist’, it is nevertheless definitely dissociated from the notion of an attempt to level-up to the protective outcomes of the most advanced social system. Practical experience of its application was to show that an approach centred on the idea of minimum standards to be implemented gradually (while avoiding any threat to the competitiveness of, in particular, small and medium-sized undertakings) entails a tendency towards ‘a reductionist interpretation of social standards rather than upward harmonization’¹⁶⁵.

Do breve excuso acima se pode concluir que as principais competências em matéria laboral se mantêm na esfera de accão das legislaturas domésticas; no que toca àquelas com as quais o direito da União concorre, *máxime*, também pode regular, a sua intervenção deve pautar-se, já o dissemos, pelo princípio da subsidiariedade e, mesmo aqui, deve estar orientada à harmonização, e não à uniformização, das ordens jurídico-laborais nacionais, sendo a directiva o instrumento mais adequado a essa tarefa.

Como se verá adiante com mais pormenor, a Directiva dos Direitos Adquiridos e a Directiva sobre o Destacamento de Trabalhadores consti-

¹⁶⁴ Nos dizeres de Eva Lohse, “Harmonisation”, p. 286, “Community legislation sets a floor, and the Treaty provisions set the ceiling”.

¹⁶⁵ Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 239.

tuem barómetros privilegiados sobre o modo como o Tratado pode constituir um entrave aos Estados-membros. Um ponto que importa desde já salientar, é que não obstante as legislaturas internas terem legitimidade para adoptar normas de protecção mais favoráveis aos trabalhadores, tanto no quadro das disposições específicas do Tratado (harmonização constitucional mínima do direito do trabalho), como também das directivas aprovadas ao abrigo das disposições genéricas de harmonização daquele (harmonização mínima), o juízo de prognose do Tribunal de Justiça a propósito da adequação das alterações *in melius* tende a ser diferente consoante uma situação ou outra. Na verdade, a justificação das derrogações das liberdades económicas e o preenchimento dos critérios do princípio da proporcionalidade não valem para todos os casos. Esta diferenciação jurisprudencial, que implica consequências significativas na realização dos instrumentos harmonizadores, pode ser mais cabalmente perspectivada por apelo, precisamente, a algumas decisões emblemáticas do Tribunal de Justiça.

Caso Borsana

No âmbito do direito do trabalho da União Europeia, o tratamento diferenciado das matérias é bem patente no Acórdão *Borsana*¹⁶⁶, respeitante à aplicação da Directiva 90/394/CE, relativa a proteção dos trabalhadores ao risco de exposição, adoptada à luz do referido artigo 118º do Tratado CE (artigo 153º do TFUE).

Em consonância com o disposto neste desiderato, a Directiva autoriza a adopção de regras *in melius* pelos Estados-membros, com vista à proteção das condições de trabalho.

No caso *sub judice*, o Tribunal de Justiça estabeleceu que a legislação italiana em causa reforçava, nos termos do artigo 5º da Directiva 90/394, a obrigação de a entidade patronal reduzir a exposição dos trabalhadores ao agente cancerígeno, porquanto não perturbava as liberdades fundamentais do Tratado e não se aplicava de forma discriminatória¹⁶⁷. O Tribunal concluiu a sua apreciação nos seguintes moldes:

Uma vez que se trata de uma medida de proteção reforçada das condições de trabalho compatível com o Tratado e, portanto, do exercício de um

¹⁶⁶ Acórdão *Borsana* (processo C-2/97).

¹⁶⁷ Acórdão *Borsana*, nº 38.

Estado-membro de competências que lhe são reconhecidas pelo artigo 118º, nº 3, do Tratado, não compete ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre o respeito, por essa regulamentação bem como pelas sanções nela previstas, do princípio da proporcionalidade¹⁶⁸.

O areópago do Luxemburgo não explicitou, no entanto, o motivo da desnecessidade de trazer à colação o princípio da proporcionalidade para aferir da conformidade de regras domésticas (mais estritas que as do direito da União) aprovadas ao abrigo do paradigma da “harmonização constitucional mínima”. Ora, este silêncio vem a revelar-se assaz problemático, na medida em que normativos internos análogos adoptados no âmago do arquétipo da “harmonização mínima”, como sucedeu, aliás, no contexto do controverso caso *Iraklis* que examinaremos de seguida, estão sujeitos ao crivo do teste da proporcionalidade em consonância com os parâmetros (rígidos) estabelecidos na judicatura comunitária. Recorde-se, a este propósito, a incisiva formulação de Marcus Klamert,

This would suggest that legislative minimum harmonisation and constitutional minimum harmonisation are two different animals, with the former conferring less legitimacy to the national legislator when it passes stricter measures¹⁶⁹.

Caso Iraklis

Outro Acórdão incontornável sobre essas “ondas de choque” reveladoras da crise da harmonização do direito do trabalho da União Europeia por via dos poderes interventivos do Tribunal de Justiça foi exarado no caso *Iraklis*. Nele, o Tribunal seguiu o mesmo modelo tendencial dos casos *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Comissão contra Luxemburgo* e *Alemo-Herron*, que analisaremos nas Partes 2 e 3 do nosso estudo.

O caso *Iraklis* teve na sua origem a interpretação de um dos grandes instrumentos normativos de harmonização do direito laboral comunitário: a já mencionada Directiva 98/59/CE, respeitante aos despedimentos colectivos dos trabalhadores. O conjunto de regras nela estabelecido impõe ao empregador que pretende promover despedimentos colectivos o cumprimento de duas condições: a primeira assenta na consulta dos

¹⁶⁸ Acórdão *Borsana*, nº 40.

¹⁶⁹ Marcus Klamert, “What We Talk About When We Talk About Harmonisation”, p. 375.

representantes dos trabalhadores, com vista a chegar a um acordo (artigo 2º); a segunda prende-se com a devida notificação por escrito da autoridade pública competente, que a partir daquele momento irá monitorizar o procedimento consultivo (artigos 3º e 4º).

A questão suscitada pelo governo grego perante o Tribunal de Justiça era a de saber se a Directiva 98/59, lida em conjugação com os artigos 49º e 63º do TFUE sobre a liberdade de estabelecimento, e o artigo 16º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia sobre a liberdade de empresa, precludiam ou não a legislação grega sobre os despedimentos coletivos.

Importa notar que, ao transpor as disposições europeias sobre o despedimento coletivo, a legislação grega tinha ido para além dos *standards* mínimos previstos na Directiva. Com efeito, o normativo grego era mais protector, na medida em que conferia às autoridades nacionais gregas poderes mais amplos do que a mera monitorização enunciada na Directiva. O ministro do trabalho podia recusar aceitar esses despedimentos com base em três fundamentos: as condições do mercado de trabalho, a situação da empresa e o interesse da economia nacional.

Na sua análise, o Tribunal de Justiça começou por enfatizar que tanto a versão originária como a versão em vigor da Directiva procediam somente a uma *harmonização parcial* das regras de proteção dos trabalhadores em caso de despedimento colectivo, e que elas não só não precisavam as circunstâncias em que tais despedimentos deveriam ser promovidos pela entidade patronal, como não tinham qualquer influência sobre a liberdade de decisão desta¹⁷⁰.

O Tribunal observou que, embora ao harmonizar as normas aplicáveis aos despedimentos colectivos, o legislador da União tivesse pretendido, simultaneamente, assegurar uma proteção comparável dos direitos dos trabalhadores dos diferentes Estados-membros e aproximar os encargos que essas regras de proteção geram para as empresas da União Europeia, também era verdade que resultava dos artigos 1º, nº 1, e 5º da Directiva 98/59 que esta tinha por objecto, a este respeito, instituir uma *proteção mínima* em matéria de informação e consulta em caso de despedimento colectivo, continuando os Estados-membros a ter a *liberdade de adoptar medidas nacionais mais favoráveis para os trabalhadores*¹⁷¹.

¹⁷⁰ Acórdão *Iraklis*, nº 29 e 31.

¹⁷¹ Acórdão *Iraklis*, nº 32.

Ao aferir da sua compatibilidade com o desiderato comunitário, o Tribunal determinou que o direito grego tinha ido longe demais. A decisão fundou-se no teste da proporcionalidade, do qual resultou que a legislação nacional em causa foi para além daquilo que era necessário para obter ou dirigir o objetivo legítimo de proteger os trabalhadores.

Inicialmente, porém, o Tribunal considerou que os critérios pelos quais o Ministério do Trabalho grego realizava o seu controlo reflectiam um interesse público objetivo, designadamente a salvaguarda dos trabalhadores e do emprego. Por conseguinte, esses critérios podiam constituir uma limitação válida à liberdade de estabelecimento.

No entanto, o Tribunal também determinou que, uma vez que os critérios referenciados implicavam limitações a uma das liberdades económicas inscritas nos Tratados da União, eles tinham que ser compatíveis com a Carta dos Direitos Fundamentais. Esta conclusão decorria do defendido no acórdão *ERT*, no qual o Tribunal havia estabelecido que tinha competência para aferir se uma legislação nacional que se afastasse das liberdades económicas fundamentais respeitaria os direitos fundamentais protegidos pelo direito da União. Tudo para concluir que o veto do Ministério do Trabalho grego colidia com a liberdade de empresa consignada no artigo 16º da Carta.

O Tribunal sustentou que os direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais só podem ser limitados por lei, desde que respeitem o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e, na observância do princípio da proporcionalidade, sejam necessárias e correspondam efectivamente a objetivos de interesses geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros¹⁷².

O teste da proporcionalidade conduziria então a um resultado negativo, e o Tribunal decidiu que a legislação grega impunha uma limitação excessiva à liberdade de empresa da entidade patronal. Os critérios usados pelo ministro do trabalho para autorizar ou não os despedimentos foram considerados genéricos e imprecisos, pelo que ultrapassavam o necessário para atingir os objetivos indicados e, portanto, não podiam cumprir os requisitos do princípio da proporcionalidade¹⁷³.

Na sequência da decisão do Tribunal, a legislação grega foi alterada e o poder de veto do ministro foi suprimido. Assim, o Acórdão *Iraklis* teve

¹⁷² Acórdão *Iraklis*, nº 70.

¹⁷³ Acórdão *Iraklis*, nº 99 e 100.

como consequência a limitação do modelo da *harmonização mínima*, impedindo a transposição da Directiva 98/59 para o direito grego numa forma que iria reforçar a sua função protectora.

A fundamentação do Tribunal expressa uma atitude em relação ao direito do trabalho similar à do caso *Alemo-Herron*. Em ambos os casos, as normas laborais nacionais foram aferidas em face da liberdade de empresa do empregador e foram desprovidas da sua função protectora. Além disso, a decisão revela uma opção ideológica do Tribunal, que foi visto novamente como um “actor político”¹⁷⁴, ao usar a sua autoridade interpretativa e judicial para prosseguir um modelo socioeconómico.

Autores como Ratti enfatizaram que os casos *Alemo* e *Iraklis* devem ser perspectivados como os pilares da posição de equilíbrio entre as liberdades económicas e os direitos dos trabalhadores¹⁷⁵. Em contrapartida, alguma doutrina considera o caso *Iraklis* menos grave que o caso *Alemo*, na medida em que a argumentação expendida pelo Tribunal no primeiro foi menos “descarada” do que no segundo em relação à prevalência das liberdades económicas sobre o trabalho.

Nas suas *Conclusões*, o Advogado-Geral Wahl começou por sublinhar que “a União Europeia assenta numa economia de mercado livre, o que significa que deve ser concedida às empresas a liberdade de conduzirem os seus negócios da forma que considerarem conveniente”.

O Tribunal de Justiça enriqueceu esta argumentação com uma digressão sobre a economia do mercado social, que parece ser um dos objetivos da União (artigo 2º do Tratado sobre a União Europeia), e em como esta exige que se tenham preocupações sociais e com o direito do trabalho em maior relevo. Isto levou autores como Polomarkakis a enfatizar que se a Europa Social deve emergir de forma mais substancial, o Tribunal deve contribuir para o desenvolvimento desta missão e, até que tais ambições se materializem completamente, só podemos esperar que o tribunal não se afaste deste objetivo¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Neste sentido, Dagmar Schieck, “Constitutional Principles and Horizontal Effect: Küçükdeveci Revisited”.

¹⁷⁵ Luca Ratti, The European Economic Constitution and the Constitution of Social Europe: Gleanings from the CJEU’s Collective Redundancies Cases”, p. 154 e ss.

¹⁷⁶ Konstantinos Polomarkakis, “A tale of two approaches to Social Europe: The CJEU and the Advocate General drifting apart in Case C-201/15 AGT Iraklis”.

3.5. Harmonização reflexiva

Nos anos 90, verificou-se um interesse crescente no incremento de um modelo regulatório onde a lei não procura atingir os seus objetivos através de prescrições directas, designadamente por meio de Directivas de harmonização, mas antes por via da criação de poderes dirigidos aos atores nacionais e europeus, com vista à promoção de métodos regulatórios dinâmicos que permitam a adaptação periódica dos objectivos e das orientações económicas e sociais. Este modelo é designado na doutrina por “harmonização reflexiva” (*reflexive harmonisation*), em analogia com a teoria do “direito reflexivo” (*reflexive law*)¹⁷⁷.

O novo paradigma regulatório caracteriza-se pelo afastamento das tentativas anteriores de harmonização vertical (*upward harmonisation*) do direito laboral¹⁷⁸, no sentido da criação de um núcleo duro de direitos neste domínio. Este desenvolvimento foi complementado por uma tendência para reconhecer um conjunto de princípios, direitos e valores fundamentais associados a noções de cidadania europeia e de uma sociedade inclusiva¹⁷⁹. A par destas políticas, existe uma política de coordenação das políticas económicas, de protecção social e de emprego dos Estados-membros, enfatizando a necessidade de modernizar, criar flexibilidade e reduzir a despesa pública, especialmente em políticas do mercado de trabalho¹⁸⁰.

Vários factores contribuíram para o surgimento do novo modelo: o aumento exponencial das taxas de desemprego verificadas na União desde a década de 70; a redução da margem de actuação dos Estados-membros

¹⁷⁷ Assim, Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 242; Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, p. 596. Ainda segundo esta Autora, a natureza reflexiva encontra expressão nas Directivas de harmonização mínima, que permitem aos Estados-membros, como se viu, irem para além do mínimo estabelecido, tendo em conta os interesses nacionais. Sobre o modelo de “Direito do trabalho reflexivo”, com ampla fundamentação dogmática e axiológica, ver a monografia de Ralf Rogowski, *Reflexive Labour Law*.

¹⁷⁸ No dizer de Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 241: “abandonment of the model (or perhaps merely ‘mith’) of upward harmonisation goes hand in hand first and foremost with a profound change in the basic objectives of community action in the social field”.

¹⁷⁹ Sobre a cidadania da União, veja-se, entre outros, Alessandra Silveira, “Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais”, p. 13 e ss.; Ana Guerra Martins, “A cidadania na União Europeia: definição, conteúdo e contributo para a constitucionalização da União Europeia”, p. 9 ss.; idem, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, pp. 136 e ss.; Maria Luísa Duarte, *A cidadania da União e a responsabilidade dos estados por violação do direito comunitário*.

¹⁸⁰ Erika Szyszczak, “The New Paradigm for European Social Policy”, p. 1129.

decorrente da integração monetária (que espelhava somente variáveis financeiras, e não as relacionadas com desemprego ou com outras políticas sociais), a globalização, bem como as preocupações com a integração europeia e com a criação de direitos sociais. Como enfatizam David Trubek e Louise Trubek,

Social policy can have an important effect on budgets and competitiveness. As long as national markets are relatively closed and national budgets relatively independent, social policy is basically a domestic concern. But once nations create a common currency and join in a single market, then social policy in one country becomes relevant to other nations, because it may affect both the common currency and the competitiveness of the single market¹⁸¹.

Embora a preocupação com as políticas de emprego tivesse emergido, a União não dispunha de instrumentos legais e nem de um consenso político neste domínio, observando-se um défice na sua actividade normativa. O método comunitário clássico – Directivas de harmonização – perdera força normativa. A harmonização vertical dava agora lugar à convergência por baixo, através da negociação colectiva incentivada pela competitividade entre sistemas internos. Neste cenário emerge um novo modelo de articulação, o chamado método aberto de coordenação (MAC), que se revela como

reacção aos desenvolvimentos constitucionais ocorridos no direito comunitário, em benefício de mecanismos que consintam aos Estados-membros colaborar na esfera da União, mas ficando livres dos constrangimentos decorrentes dos mecanismos de implementação das normas comunitárias¹⁸².

Com esta nova *governance approach*, escorada na partilha das melhores práticas e um continuado processo de revisão por pares, esperava-se que cada Estado-membro adquirisse referências de aferição o seu próprio desempenho¹⁸³. Vejamos um pouco mais demoradamente os traços essenciais deste modelo.

¹⁸¹ David Trubek / Louise Trubek, “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination”, p. 345.

¹⁸² António Goucha Soares, “As competências da União”, p. 223. Ralf Rogowski, *Reflexive Labour Law*, p. 191: “In it a new style of regulation was promoted that favours soft measures of coordination over hard regulation.

¹⁸³ Assim, Ralf Rogowski, *Reflexive Labour Law*, p. 191.

3.5.1. O Método Aberto de Coordenação

O Método Aberto de Coordenação (MAC) esteve no horizonte da cimeira de Lisboa de 2000, cuja ambiciosa missão era a de tornar a economia europeia a mais competitiva do mundo em 2010, modernizando o modelo social europeu e o aumento das taxas de empregabilidade.

O modelo foi inicialmente usado no contexto da Estratégia Europeia para o Emprego¹⁸⁴, sendo posteriormente aplicado a outras áreas em que a competência da União era inexistente ou limitada (educação, inclusão social, pensões, etc.). Segundo Frans Pennings e Saskia Peters, “the European employment strategy did not aim at partially harmonising parts of national labour law through directives, but more broadly at improving the functioning of the labour markets of the Member States”¹⁸⁵.

Como se referiu, esperava-se que pela comparação das melhores práticas internas os Estados-membros pudessem partilharem entre si experiências de incremento social de alcance mais amplo¹⁸⁶.

O MAC constitui um exemplo do modelo de “harmonização reflexiva”, porém com carácter não vinculativo (*soft law*). Trata-se de um mecanismo assente na fixação de diretrizes, baseadas em indicadores quantitativos e qualitativos e em *benchmarks* que permitem à União identificar as melhores práticas domésticas realizadas no âmbito da política social, nomeadamente laboral¹⁸⁷. Uma vez estabelecidas essas linhas de orientação europeias, as mesmas são convertidas em políticas nacionais, e são objecto de monito-

¹⁸⁴ Esta estratégia visava criar mais e melhores empregos, aumentar a participação no emprego por parte de pessoas com idade mais avançada, mulheres, pessoas com deficiência, promover flexibilidade sem comprometer a segurança no emprego, flexisegurança e encorajar a aprendizagem ao longo da vida.

¹⁸⁵ Frans Pennings / Saskia Peters, *European Labour Law*, p. 8.

¹⁸⁶ Sobre o MAC, v. Frans Pennings / Saskia Peters, *European Labour Law*, p. 7 e ss.; Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 118 e ss.; Erika Szyszczak, “The New Paradigm for European Social Policy”, p. 1129 e ss.; *International and European Labour Law*, p. 16 e ss.; Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 342 e ss.; David Trubek / Louise Trubek, “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination”, p. 344 e ss.; Vassilis Hatzopoulos, “Why the Open Method of Coordination is Bad for you: A Letter to the EU”, p. 309 e ss.; Stijn Smismans, “From harmonization to co-ordination?”, p. 506 e ss.; Nick Bernard, “Between a Rock and a Soft Place”, p. 281 e ss.; Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 135 e ss.; António Goucha Soares, “As competências da União”, pp. 222-223.

¹⁸⁷ Sobre o ponto, v. Erika Szyszczak, “The New Paradigm for European Social Policy”, p. 1145; e Ralf Rogowski, *Reflexive Labour Law*, p. 191 e ss.

rização periódica, avaliação e revisão por pares¹⁸⁸. Assim, o MAC traduz-se numa técnica de experimentação e aprendizagem mútuas. No dizer de Frank Vandenbroucke:

OMC means that social policy objectives, including objectives with regard to minimum income protection, are formulated at the EU level, thus instantiating a European conception of justice; national diversity is accepted, both in terms of policy inputs and policy outcomes, but Member States are asked to justify their performance with regard to those principles. Thus, the OMC presupposes a commonality in objectives with regard to national distributive policies, which constitutes a conception of European justice, but *without rigidly imposing these objectives*.¹⁸⁹

Como decorre do exposto, o MAC é um instrumento não-vinculativo, ou dito pela positiva, assenta numa adesão voluntária. Isto não só fomenta uma participação ampla dos diversos actores sociais, como favorece e simplifica processos de ajustamento em função do circunstancialismo específico a que se aplique.

O enquadramento do MAC vem presentemente enunciado no artigo 146º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nos termos

¹⁸⁸ Ralf Rogowski, *Reflexive Labour Law*, p. 191, enuncia quatro “passos” do MAC: “1. setting up of guidelines supplemented by timetables for achieving the goals in the short, medium and long term (the Commission makes proposals on the guidelines); 2. introduction of quantitative and qualitative indicators and benchmarks as a means of comparing best practices (the Commission organises the exchange of best practices and makes proposals on indicators); 3. translation of the European guidelines into national action plans by setting specific targets and adopting measures, thereby taking into account national and regional characteristics; 4. follow-up system: monitoring and evaluating combined with peer review (this provides support to the processes of implementation and peer review). In their review of the national action plans the Commission and the Council regularly provide comments and recommendations that are often based on comparisons with the best performers and create additional benchmarks for each member state”. Similarmente, e no âmbito da Estratégia Europeia para o Emprego, o MAC é subdividido por Catherine Barnard da seguinte forma: (1) agreeing common objectives for the Union; (2) establishing common indicators as a means of comparing best practice and measuring progress; (3) translating the EU objectives into national/regional policies through the development of National Action Plans/National Reform Programmes; (4) publishing reports analysing and assessing the National Action Plans; and (5) establishing an EU Action Programme to promote policy co-operation and transactional exchange of learning and good practice”. Catherine Barnard, *EU Employment Law*, pp. 119-120. Sobre o tema, veja-se ainda Erika Szyszczak, “The New Paradigm for Social Policy”, p. 1125.

¹⁸⁹ Frank Vandenbroucke, “The Idea of a European Social Union”, p. 35, sublinhados nossos.

do qual os Estados-membros devem, através das suas políticas de emprego, contribuir para a realização dos objectivos previstos no artigo 145º, de forma coerente com as orientações das políticas económicas nacionais e da União adoptadas em aplicação do artigo 121º, nº 2. Estas disposições, juntamente com o artigo 147º, constituem a base jurídica do método aberto de coordenação no contexto da política de emprego. Note-se, no entanto, que o Tratado não emprega o termo método aberto de coordenação.

O procedimento subjacente a este método está regulado no artigo 148º do TFUE. Em primeiro lugar, o Conselho Europeu deve proceder anualmente a avaliação da situação do emprego na União e adoptar as conclusões nessa matéria, com base num relatório anual conjunto do Conselho e da Comissão.

Com base nessas conclusões, o Conselho, actuando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, deve definir, anualmente, as orientações que os Estados-membros terão de considerar nas respectivas políticas de emprego.

Nessa sequência, cada Estado-membro deve transmitir ao Conselho e à Comissão um relatório anual sobre as principais medidas tomadas para executar a sua política de emprego, à luz das linhas de orientação em matéria de emprego.

Posteriormente, o Conselho deve analisar esses relatórios, em confronto com as políticas de emprego dos Estados-membros. O Conselho poderá, se o considerar necessário no seguimento dessa análise, e sob recomendação da Comissão, dirigir recomendações aos Estados-membros. Finalmente, com base nos resultados daquela análise, o Conselho e a Comissão devem apresentar ao Conselho Europeu um relatório conjunto sobre a situação do emprego na União e a aplicação das linhas de orientação.

3.5.2. O Método Aberto de Coordenação: apreciação

Considerava-se que o MAC acentuaria a democratização na União Europeia, na medida em que fortalecia o papel dos reguladores nos procedimentos deliberativos e a participação dos diferentes agentes a nível europeu e nacional¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Para além do Conselho, do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social, foram convidados a dar parecer o Comité do Mercado de Trabalho e Emprego, o Comité de Política Económica e os parceiros sociais.

Os defensores do MAC sustentaram ainda que o mesmo oferece uma terceira via para a política europeia, entre a regulação estrita (com o risco de uma “corrida para o fundo”) e a da harmonização (com o risco de uma desajustada uniformização)¹⁹¹. O facto de ser um instrumento de *soft law* constituiria uma vantagem em áreas em que os Estados-membros não estão dispostos a transferir a sua soberania para além do patamar da mera *cooperação*, como são as matérias relativas ao emprego e as políticas sociais em geral¹⁹².

Defende-se ainda que apesar da sua natureza não-vinculativa, o MAC é dotado de efetividade, uma vez que os Estados-membros têm de reportar o modo como deram seguimento às medidas estabelecidas pelo Conselho¹⁹³.

Já os seus detractores consideram que o MAC permite à União extravasar as suas competências para áreas reservadas aos Estados-membros; sendo mais *opaco* que o método comunitário clássico, o seu êxito dependeria, de forma relevante, do comprometimento dos Estados-membros, que não estariam sujeitos a sanções coercitivamente aplicáveis caso não acolhessem as linhas de orientação¹⁹⁴. O modelo também foi criticado por conduzir à proliferação de obrigações de reporte nacionais que podem não vir a ser concretizadas. Tendo em vista essa fragilidade coercitiva, o MAC pode servir para escamotear a renúncia à formação de uma verdadeira política social da União, favorecendo a desregulação e competitividade entre Estados-membros¹⁹⁵.

Outro nódulo problemático em torno do MAC tem que ver com o papel desempenhado pelos diferentes actores sociais. Em primeiro lugar, o diá-

¹⁹¹ David Trubek / Louise Trubek, “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination”, p. 346.

¹⁹² Nestes precisos termos, Ralf Rogowski, *Ireflexive Labour Law*, p. 192.

¹⁹³ Neste sentido, Frans Pennings / Saskia Peters, *European Labour Law*, p. 30; David Trubek, “Hard law and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination”, p. 343 e ss.; Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 343.

¹⁹⁴ Nesta linha, Vassilis Hatzopoulos, “Why the Open Method of Coordination is Bad for you”, p. 313; Stefano Giubboni, *Social Rights and Market Freedom*, p. 250. Com mais desenvolvimentos, Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, pp. 597-598. Isto não significa que as “soft sanctions” sejam inteiramente desprovidas de relevo. O mero “naming and Shaming” pode implicar danos reputacionais aos Estados-membros que fiquem aquém das metas acordadas no MAC, impelindo a formas de *compliance* que contrariam a própria natureza flexível do modelo. Veja-se, de novo, Ralf Rogowski, *Reflexive Labour Law*, p. 192.

¹⁹⁵ Cf. Salvador Laurino, *O Modelo Social Europeu e a legitimação da União Europeia*, p. 663.

logo social foi prejudicado pelo variado grau de envolvimento dos parceiros sociais, que em alguns Estados-membros foi nulo. Mais, o escrutínio judiciário do MAC feito pelo Tribunal de Justiça é praticamente inexistente, dado o seu forte carácter político¹⁹⁶. Por fim, a atuação dos parlamentos nacionais e europeu também se revela limitada¹⁹⁷. Como já foi apontado na doutrina,

the absence of effective involvement by the social partners, the lack of involvement by the European Parliament, and the absence of judicial review, has meant that the EES and Lisbon strategies far from being open, heterarchical, and deliberative, are more closed, elitist, and less democratic than the classic ‘Community’ methods¹⁹⁸.

Na síntese de Salvador Laurino:

A fragilidade da textura do método de coordenação não está aberta ao escrutínio democrático e ao confronto entre os parceiros sociais, nem tampouco é sustentada por orientações partilhadas sobre seus objetivos básicos, sobre as prioridades da política económica europeia, bem como sobre suas relações com o modelo social europeu¹⁹⁹.

Todos esses aspectos parecem ter contribuído para os resultados decepcionantes do MAC no contexto da Estratégia Europeia para o Emprego²⁰⁰. Segundo Catherine Barnard,

The failure of the Lisbon strategy and the spectacular failure of the OMC mechanisms, used in EMU to predict and then deal with the economic crisis, has brought OMC somewhat into disrepute²⁰¹.

Parece-nos, todavia, que mesmo pressupondo um funcionamento perfeito do modelo, a harmonização por meio de mecanismos de *hard law*

¹⁹⁶ Stijn Smismans, “From harmonization to coordination?”, p. 517 ss.

¹⁹⁷ Neste sentido, v. Vassilis Hatzopoulos, “Why the Open Method of Coordination is Bad for you?”, pp. 325-326; Catherine Barnard, *European Labour Law*, pp. 125-126.

¹⁹⁸ Catherine Barnard, *European Labour Law*, p. 127.

¹⁹⁹ Salvador Laurino, *O Modelo Social Europeu e a legitimação da União Europeia*, p. 664.

²⁰⁰ Silvana Sciarra, “Global or Re-nationalised?”, p. 269; Graça Enes, *Unidade e Diferenciação*, p. 344.

²⁰¹ Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, p. 597. Na mesma linha, v. Frank Vandenbroucke, “The Idea of a European Social Union”, p. 36.

continuaria a mostrar-se necessária²⁰². Na realidade, em certos domínios jurídicos, como o laboral, os instrumentos vinculativos revelam-se fulcrais para o desenvolvimento de uma agenda política mais expressiva. A título exemplificativo, uma Directiva que proíbe a discriminação em razão da deficiência²⁰³, não só confere um vector de defesa em favor dos trabalhadores que se sintam discriminados com base na sua deficiência, mas também oferece um importante indício de que a política de inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho constitui um compromisso sério da União. Dessa forma, a legislação estabelece os pilares para o alargamento das iniciativas programáticas nesta matéria (v. g. programas, estratégias, medidas de *soft law, etc*).

Em suma, consideramos que a legislação, o diálogo social e o método aberto de coordenação, mais do que mecanismos compartimentados, podem (e devem) ser incrementados conjuntamente no contexto laboral da União, ainda que, como se irá explicitando no decurso da exposição, o paradigma comunitário se encontra numa situação de crise.

Não obstante a clara evolução da União em termos constitucionais: de um código genético meramente económico avançou no sentido político e social, ainda persiste o desequilíbrio entre os valores e fins proclamados nos tratados e o conjunto das políticas europeias. A divergência entre o direito proclamado e o direito praticado não decorre apenas da complexidade dos objetivos a atingir, das limitações dos modelos normativos ou da fragilidade dos mecanismos de controlo das concretas soluções implementadas. Ela decorre ou melhor, entronca, na falta de empenho político em encontrar um consenso não apenas gérico ou de princípio sobre o Modelo Social Europeu.

No fundo, a aparente aporia dos meios de actuação do direito social europeu é consequente à ausência de decisões dos actores políticos euro-

²⁰² Fritz Scharpf, “The European Social Model: Coping with the Challenges of Legitimate Diversity”, p. 64; David Trubek / Louise Trubek, “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination”, p. 364; Claire Kilpatrick, “Hard and Soft Law in EU Employment Regulation”; Gráinne De Burca, “The Constitutional Challenge of New Governance”.

²⁰³ Cf. a Directiva 2000/78/CE do Conselho de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. Sobre a Directiva veja-se, com outras referências, Pedro Oliveira, “Discrimination within a group of Workers with disabilities”.

peus relativas a iniciativas estruturais no plano social, alimentando-se as assimetrias tão presentes na dimensão social europeia, em que a expansão no campo dos valores e objectivos sociais não encontra correspondente adequação de instrumentos para concretizá-los com eficácia.

O alargamento da dimensão social consagrado no Tratado de Lisboa evidencia, afinal, um escasso nível de intensidade no plano dos factos, na medida em que já estava indirectamente controlada pela fragilização dos mecanismos de realização dos direitos decorrente de Amesterdão. Daí que, apesar do estatuto constitucional adquirido pelas matérias de índole social ao longo do tempo, as políticas sociais permanecem com um papel meramente complementar em relação às políticas económicas: a dimensão social continua a ser o *weakest link* do projeto de integração.

PARTE II

TRANSMISSÃO DE EMPRESA NO DIREITO

DA UNIÃO EUROPEIA: HARMONIZAÇÃO

Capítulo 1

A transmissão de empresa: aproximação ao Problema

Tal como se deixou enunciado na introdução, a segunda parte do nosso estudo procura considerar alguns dos problemas que a transmissão de uma empresa ou estabelecimento implica no ramo juslaboral e que mais de perto se imbricam com o tema da harmonização (mínima) do direito do trabalho na União Europeia.

É sabido que qualquer estrutura empresarial pode estar integrada por elementos muito diversos, sejam bens materiais, como computadores, secretárias, máquinas e veículos, sejam bens incorpóreos, como as marcas, logótipos, patentes, o *know-how*, o aviamento, os fornecedores, etc. Todavia, para lá destes componentes, faz parte ainda da empresa e, consequentemente do volume dos seus custos económicos, de forma crucial em muitas situações incontáveis casos, um elemento humano particular: os trabalhadores. Isto coloca de imediato uma questão: deve este específico elemento produtivo estar sujeito às mesmas regras? Dito de outro modo, pergunta-se: num processo de transferência da titularidade da empresa, os trabalhadores, afinal, não passam de simples destinatários das decisões tomadas entre o transmitente e transmissário?

Não é preciso sublinhar o relevo do problema em causa. De todo o modo, importa ter presente que a circunstância de estarmos inseridos num Estado-de-Direito, assente na dignidade da pessoa humana (cf. artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos), e em que todos têm direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, devendo ser garantida aos trabalhadores a protecção contra o desemprego (cf. artigo 23º, nº 1, da Decla-

ração Universal dos Direitos Humanos), não significa *ipso facto* a efectiva tradução prática daqueles direitos.

Na verdade, este denso horizonte axiológico e ideológico não é imune à erosão decorrente de um ambiente económico-social instável, oscilante, numa sociedade global complexa em crescimento. As intenções programáticas do direito e os valores que as sustentam podem soçobrar ou perder alcance com os embates de uma crise económica e financeira que surge a milhares de quilómetros, mas se repercute nas unidades empresariais de todo o mundo. O direito laboral assume-se, deste modo, como um barômetro privilegiado para aferir das linhas de rumo da economia e da realidade social comunitária. Em sintonia, as estratégias políticas perfilhadas e as soluções normativas que se desenhem para os problemas laborais inerentes ou decorrentes de uma transmissão de empresa mostram-se bem mais complexas do que poderia ser indiciado numa leitura mais superficial.

Tal como tantas outras dimensões do nosso quotidiano, dominadas pela mutabilidade, também no mundo laboral reinam o instantâneo, o fugaz, o precário, condenando muitas vezes o trabalhador a ser pouco mais do que um elemento fungível, descartável na engrenagem económica.

Ainda que estejamos num contexto diverso daquele que determinou, em 1944, a *Declaração de Filadélfia* (e, antes e depois dela, outras “vozes” alertando para os perigos da desvalorização ou comoditização da pessoa do trabalhador no contexto produtivo), não se tornou menos necessário (pelo contrário) enfatizar que o “trabalho não é uma mercadoria”, e que importa retirar todas as consequências densificadas nesse princípio axiológico. Isto significa, entre outros corolários, que o trabalhador não pode ser equiparado a um qualquer outro factor produtivo, que ele é mais, muito mais do que mera força-de-trabalho.

Ora, no contexto económico europeu a partir de 1970, subitamente marcado por factores de instabilidade e acelerada mutação dos seus fundamentos – consequências do choque petrolífero, com o aumento dos níveis de desemprego e a acentuação das assimetrias das condições de vida e de trabalho na comunidade²⁰⁴, a transferência total ou parcial, de forma defi-

²⁰⁴ Conforme sustenta Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 11: “because the objective was not enforced by any instrument, integration of the market did not nurture harmonisation, but rather disparities just seemed to increase (...) as a consequence, the initial plan lost all credibility”. Para mais desenvolvimentos, v. Francisco Liberal Fernandes, “Harmonização social no direito comunitário: a directiva 77/187/CEE,

nitiva ou transitória, da titularidade das empresas ou estabelecimentos²⁰⁵, tornou-se um fenómeno *banal*. A transferência assumia-se como a resposta adequada às flutuantes exigências do mercado comum, buscando, por meio da restruturação, uma significativa redução de custos, que, complementada com estratégias concorrenenciais mais agressivas, permitiam enfrentar as dificuldades de um mercado menos favorável.

E é precisamente como mecanismo de enquadramento desta realidade que a 14 de Fevereiro de 1977 tomava forma a Directiva 77/187/CEE do Conselho, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de estabelecimentos²⁰⁶.

O Tratado de Roma, tal como se mencionou na parte introdutória da dissertação, não conferia à Comunidade poderes específicos para legislar em matéria laboral – a concretização desta disciplina ficava confinada ao plano nacional, pois acreditava-se que a harmonização dos diversos sistemas jurídico-laborais domésticos decorreria dos avanços do mercado comum. Isso, porém, não se verificou, obrigando o legislador comunitário a encontrar vias de resposta normativa. Uma vez que as disposições relativas à dimensão laboral da transmissão das empresas poderiam incidir directamente no estabelecimento ou no funcionamento do mercado, a versão originária da Directiva teve como base normativa o artigo 100º do Tratado CEE (actual artigo 115º do TFUE), que permitia ao Conselho adoptar Directivas com vista à aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais²⁰⁷.

O diploma originário conheceu alterações em 29 de Junho de 1998 com a Directiva 98/50/CE do Conselho²⁰⁸, tendo ambas sido ulteriormente

relativa à transferência dos trabalhadores de empresa. Suas implicações no direito português”, p. 1324.

²⁰⁵ Neste sentido, Jo Hunt, “The Court of Justice”, p. 336.

²⁰⁶ JO L-61, de 5/3/1977, p. 26. Nas palavras de Silvia Rainone, *The role of the Court of Justice*, p. 62, esta Directiva representa um dos instrumentos aprovados no contexto da era dourada (*golden period*) do direito do trabalho da União Europeia, e continua, ainda nos dias que correm, a ocupar uma posição preponderante entre normativos de carácter progressivo adoptados pela União nesta disciplina.

²⁰⁷ A Directiva oferece, nesta medida, mais um exemplo do modo como as competências da comunidade foram sendo alargadas com o passar dos anos e da sua erosão nas soberanias nacionais. A propósito da base jurídica da Directiva, v. Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 11; Jo Hunt, “The Court of Justice”, p. 353.

²⁰⁸ JO L 201 de, 17/7/1998.

codificadas, por “razões de clareza e transparência”, pela Directiva 2001/23/CE, de 12 de Março de 2001²⁰⁹, regime jurídico ainda vigente. Embora em 1998, aquando da emenda, o legislador comunitário já tivesse legitimidade normativa para estabelecer Directivas com incidência sobre a dimensão laboral, optou pela manutenção do enquadramento inicial da Directiva assente no direito do mercado interno²¹⁰.

Em sintonia com o procedimento típico previsto para esta espécie de instrumentos normativos comunitários, que assumem, conforme vimos, particular importância no domínio laboral da União, as Directivas foram sendo transpostas pelos diversos Estados-membros para as respectivas ordens jurídicas internas. Note-se, de todo o modo, que o seu influxo no âmbito doméstico não é uniforme. Por um lado, deve ter-se em conta que apesar de as normas transpor disporem de cunho imperativo, elas não se oferecem como uma grelha rígida, antes permitem (ou potenciam) em certa medida uma “elasticidade” conformadora pelo legislador nacional, em sintonia com o modelo de harmonização mínima. Por outro lado, deve sublinhar-se que as soluções fixadas nestes instrumentos normativos da Comunidade relativos à transmissão da empresa embora apresentassem alguma correspondência nos ordenamentos internos de vários Estados-membros²¹¹, implicavam noutros casos uma mudança profunda de enquadramento – o Reino Unido é um exemplo expressivo²¹².

²⁰⁹ JO L 82, de 22/3/2001, p. 16.

²¹⁰ A Directiva, nesta medida, “is a *suigeneris* product of the Common Market thinking of the 1970’s, having kept this strong tie to the market where employees are *de facto* commodities to be bought and sold. Remarkable is also that the Council kept the legal basis of Article 94 (ex 100) EC, without any objection by the Parliament” (Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 22).

²¹¹ À semelhança de outros países europeus, como a França e a Itália, a legislação portuguesa dispunha desde longa data de previsão normativa específica sobre o regime dos contratos de trabalho em caso de transmissão de estabelecimentos. Com efeito, o Decreto-Lei nº 494/08, de 24 de Novembro de 1969, no seu artigo 37º, previa: “a posição que dos contratos de trabalho decorre para a entidade patronal transmite-se ao adquirente, por qualquer título, do estabelecimento onde os trabalhadores exerçam a sua actividade”. O direito português optava, assim, pela transmissão *ope legis* dos contratos para o adquirente do estabelecimento. Não se pretende significar que estas diversas legislações resultem do mesmo horizonte axiológico, tal como não se deve inferir que a solução do direito comunitário que se expõe de seguida no texto, embora similar na formulação legal à já existente no direito português, partilhe as mesmas razões. O problema é mais complexo, como se sabe, e encontra-se vinculado não somente a uma conceção do que seja “empresa” (e do sentido de “trabalho” dentro dessa

Não deixa de se revelar sintomático o facto de uma Directiva pensada para o que parecia ser uma *simples* harmonização *parcial* de normas internas acabar por se revelar como “um dos domínios em que o impacto do direito comunitário mais se fez sentir no direito do trabalho dos Estados-membros da União Europeia”²¹³. Acresce a importante circunstância de em toda a matéria da transmissão se haver mostrado particularmente decisiva e constitutiva a intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia, chamado numerosas vezes a decidir sobre o alcance e limites das soluções legisladas.

Tudo isto indica já como a “tradução” normativa da Directiva (e a sua realização no direito aplicado) nos diferentes Estados-membros se vem revelando ao longo dos anos como uma fonte de contínua reflexão, reclamando um olhar mais circunstanciado sobre o contexto legal e jurisprudencial e, por meio dessa leitura, uma aferição do modelo da harmonização mínima em articulação com as funções a atribuir ao direito laboral da União Europeia.

concepção), mas ainda (e em conexão) a um entendimento da própria estrutura política, a que o modelo corporativista então vigente não foi naturalmente alheio. Sobre este último ponto, v. Júlio Gomes, “Conflito entre a jurisprudência nacional”, p. 168. A propósito das mudanças impostas na legislação francesa por força da Directiva, v. Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 18.

²¹² Cf. Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões”, pp. 90-92. Em relação ao direito inglês, a aplicação da Directiva teve, na incisiva formulação de Fernando Valdés Dal-Ré, “Transfers of Undertakings”, p. 196: “the effect of a bomb” that wiped out one of the most ingrained principles of its legal culture”. Como sublinha J. McMullen, “The right to object”, p. 169: “At common law, such notion of automatic transfer of employment would interfere with the fundamental rule that an employment contract is not alienable”. O autor faz referência ainda a opinião de um magistrado num caso julgado na House of Lords em que se colocava o problema: “My Lords, I confess it appears to me astonishing that apart from overriding questions of public welfare, power should be given to a court or to anyone else to transfer a man without his knowledge and possibly against his will from the service of one person to the service of another”. Para mais desenvolvimentos sobre o impacto da Directiva no Reino Unido, cf. Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 18.

²¹³ Assim, expressamente, Milena Rouxinol, “Transmissão da unidade económica”, p. 849.

Capítulo 2

A Directiva dos Direitos Adquiridos

No quadro da Directiva 77/187, por vezes designada na literatura por *Directiva dos Direitos Adquiridos (Acquired Rights Directive)*²¹⁴, releva pela sua nuclear importância o artigo 3º, nº 1, regulador dos efeitos da transmissão de empresa nas relações individuais de trabalho: “os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por esse facto, transferidos para o cessionário”. Nestes termos, havendo lugar à transmissão, o transmissário sub-roga-se de forma automática nos vínculos laborais previamente pactuados pelo transmitente, salvaguardando-se assim a posição jurídica dos trabalhadores transferidos.

Desta forma, o âmbito de aplicação do regime transmissivo deverá atender, simultaneamente, a dois critérios: a natureza do negócio transmissivo e o seu objecto específico.

No tocante à primeira dimensão, o da natureza negocial, abrange-se uma pluralidade de figuras, desde a transmissão definitiva ou temporária, a fusão, a cisão, a reversão, a privatização, a venda judicial, etc. Decisivo é que tal negócio incida, e eis o segundo critério, sobre uma *unidade económica*, um conjunto de meios organizados com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória, mas que mantenha a sua identidade (v. g., parte das instalações, recheio, pessoal,

²¹⁴ Veja-se, por exemplo, Amandine Garde, “Partial Harmonisation”, pp. 173-93; Sylvaine Laulom, “The European Court of Justice”, pp. 145-78; John McMullen, “Leaving a Legacy: Recent Jurisprudence”, pp. 130-57; Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 8.

marcas, licenças, fornecedores, clientela, o *know-how*) e similitude entre actividades desenvolvidas, etc.

Verificado o negócio transmissivo sobre aquele objecto, dá-se igualmente, de forma automática ou *ope legis*, a transferência da posição contratual para o adquirente dos respectivos contratos de trabalho.

A Directiva dos Direitos Adquiridos surgiu como mecanismo propulsor das transições empresariais transfronteiriças, as quais se revelavam fulcrais para o desenvolvimento do mercado interno. Todavia, à Comunidade não foi alheia a circunstância de as empresas serem constituídas não apenas por bens corpóreos ou incorpóreos, mas também, e principalmente, por pessoas, por trabalhadores.

Ora, e como justamente tem sido realçado na doutrina, a solução normativa consagrada na Directiva teve uma dupla *ratio*: de uma parte, buscava salvaguardar a posição dos trabalhadores quanto à estabilidade e segurança no emprego; de outra, pretendia tutelar o transmissário quanto ao pleno funcionamento da unidade económica adquirida²¹⁵.

Nesta dupla intencionalidade se manifesta de modo expressivo a relação de tensão, que pode ser de antagonismo, entre os interesses em jogo: a sua ponderação (e consequente solução normativa) é informada, como não poderia deixar de ser, por uma opção política em matéria de regulação económica e de tutela social dos trabalhadores²¹⁶.

²¹⁵ Cf. o interessante estudo de Júlio Gomes, “O conflito entre a jurisprudência nacional”, pp. 77 ss. Defendendo também a dupla *ratio* do regime transmissivo, v. Francisco Liberal Fernandes, “Transmissão do estabelecimento”, p. 218, embora sustente que o escopo da Directiva reside na proteção social dos trabalhadores (p. 226). Por outro lado, M. R. Palma Ramalho, *Tratado*, II, p. 674, inverte esta lógica da dupla *ratio* ao afirmar que em função do princípio da livre iniciativa económica e do exercício do poder de organização empresarial, o normativo visa, em primeira instância, satisfazer os interesses das empresas, e só em segunda linha, a proteção dos trabalhadores na sua posição contratual. Também é possível a prossecução de uma terceira leitura ainda sobre os telos da Directiva, como a sustentada por Jeremias Prassl, “Freedom of Contract as a Principle”, p. 441: “the Directive was never designed internally to balance employers and employees interests, but in favour of workers protection”. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, v. Julie Nazareli / Karen Plumley-Jones, “New Draft Acquired Rights Directive”, p. 31; Elizabeth Brameshuber, “Balancing vs Preservation”, p.; Rebecca Zahn, “The Court of Justice”, p.; Marija Bartl / Candida Leone, “Minimum Harmonisation”; Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 17; Francisco Liberal Fernandes, “Harmonização social no direito comunitário”, p. 1326.

²¹⁶ Vejam-se as relevantes considerações de João Reis, “O regime da transmissão da empresa”, p. 207 ss. Sobre o ponto, cf., ainda, Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 7.

A aparente singeleza do diploma, com a sua escassa dezena de artigos, esconde, com efeito, múltiplos e delicados problemas sociais e jurídicos. Não surpreende, pois, como realça Fernando Valdés Dal-Ré, que de entre Directivas resultantes do Programa de Acção Social de 1974, haja sido esta a ter a “maior influência em matéria laboral nos sistemas nacionais dos diversos Estados-membros”²¹⁷. A sua importância, contudo, ultrapassa em muito esta dimensão – ainda nas palavras de Valdés Dal-Ré, a Directiva oferece um “excelente observatório que permite aferir, em toda a sua complexidade, a estrutura e funcionamento da própria ordem normativa comunitária, as suas relações com as ordens domésticas e as relações recíprocas entre as duas”, mostrando que uma desejada “relação simbiótica” (*symbiotic relationship*) neste quadro não é tarefa simples²¹⁸.

Como se comprehende, a mera enfatização da inteira liberdade negocial sobre as empresas, a que algumas teorias jurídicas da empresa não deixam de dar sustentação²¹⁹, possibilitaria que, tal como sucede com os

²¹⁷ Fernando Valdés Dal-Ré, “Transfers of Undertakings, p. 179.

²¹⁸ Fernando Valdés Dal-Ré, “Transfers of Undertakings”, p.180: “Community law on transfers of undertakings offers an excellent observatory from which to appraise, in all their complexity, the structure and functioning of the Community legal order itself, its relations with national legal orders and the reciprocal influences between the two. The chequered history of the Directive’s reception into domestic legal systems illustrates the strength and the limits both of the principles of legal ranking of the Community system of sources (supremacy and direct effect) and of Commission monitoring of the fulfilment by Member States of their Community obligations. The equally chequered experience of the ECJ, for its part, in the interpretation of the Directive likewise demonstrates the difficulties to be surmounted in the real and effective construction of what has been called the ‘symbiotic relationship’”.

²¹⁹ Tenha-se em vista, entre outras, posições perfilhadas pelas teorias patrimonial e contratual, que, como sublinha Coutinho de Abreu, *Empresa e Empregador*, p. 51, se ligam “com os institutos da propriedade e do contrato de trabalho, permitindo aquele o domínio sobre os bens componentes da empresa e este a autoridade da entidade patronal sobre os trabalhadores – sem significativa atenção pela colectividade humana da empresa, portanto”. Entre nós, este tema tem suscitado grande controvérsia. Com efeito, na esteira da teoria da empresa, a doutrina tradicional sustenta que esta transmissão, por analogia ao que sucede na hipótese da cessão de exploração do estabelecimento comercial onde o consentimento do senhorio é prescindível em benefício do arrendatário, traduz uma vicissitude no âmago da relação juslaboral que se verifica por força da sua dimensão organizacional, a qual implica a inseparabilidade entre o contrato de trabalho e a unidade económica a ele conexo. Neste sentido, cf. M. R. Palma Ramalho, *Tratado*, II, p. 674; A. Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, p. 364. Não acompanhamos esta significativa linha interpretativa. Parece-nos que adoptar um termo de comparação puramente civilista para a compreensão de um instituto dirigido à salvaguarda da posição jurídica do trabalhador não corresponde aos interesses em jogo, pois aquele não

elementos materiais e imateriais da organização produtiva, transmitente e transmissário pudessesem livremente afastar os contratos de trabalho do negócio transmissivo, isto é, excluí-los do objecto negocial – implicando, no fundo, a promoção de despedimentos, sob pretexto da “flexibilização”, com elevados danos para a protecção social dos trabalhadores. Por outro lado, de um ponto de vista puramente económico, a existência em alguns Estados-membros de regimes de tutela contra despedimentos em caso de transmissão (como acontecia em Portugal) poderia torná-los menos atrativos aos sujeitos do negócio transmissivo que não pretendessem abranger no âmbito do objecto negocial os contratos de trabalho, o que teria impactos negativos no plano concorrencial comunitário.

Para limitar esse risco, a Directiva dos Direitos Adquiridos não só estabeleceu no já referido artigo 3º, nº 1, a transferência automática dos contratos de trabalho ou das relações de trabalho para o transmissário, com a restrição da doutrina do *employment at will*, mas flanqueou aquela garantia com outros preceitos tutelares. Desde logo, consignou no artigo 4º a proibição dos despedimentos fundados, apenas, na transmissão da empresa²²⁰,

se reduz a um mero objecto na organização produtiva. Entendemos, também, não serem despicados os diferentes contornos da relação jurídica entre locador/locatário, de uma parte, e entre empregador/trabalhador, de outra. Com efeito, no primeiro tipo relacional, a identidade do locador não tem o relevo que assume no segundo, pois a identidade do empregador pode ser essencial para o trabalhador ao longo da relação laboral, na medida em que estará sujeito aos seus poderes de autoridade, direção e fiscalização. Dito de outro modo, porventura mais simples, o locatário não está juridicamente subordinado ao locador, nem dele depende economicamente. Para além disso, subjacente à teoria da empresa parece estar a convicção de que o instituto serve acima de tudo os interesses de gestão das empresas, as quais, como se sabe, na ausência de mão-de-obra, dificilmente poderão ser exploradas de forma eficaz, por banda do adquirente, deixando, pois, na sombra o valor da autonomia da vontade do trabalhador. Não se pode negar, todavia, que nos fundamentos da solução consagrada no nº 1 do artigo 3º da Directiva dos Direitos Adquiridos, em respeito à liberdade de empresa que tem abrigo na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 16º), se encontre o objectivo da viabilização da actividade económica, impondo, pois, a transmissão dos contratos sem se exigir o consentimento do trabalhador para a eficácia da transmissão. Deste modo, o adquirente de uma empresa sabe que poderá continuar a exploração nos termos em que ela ocorria, pois no objecto negocial vêm inclusos os contratos de trabalho.

²²⁰ Nos termos do artigo 4º, nº 1, “a transferência de uma empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento não constitui em si mesmo fundamento de despedimento por parte do cedente ou do cessionário”. Note-se, porém, que a lei ressalva: “Esta disposição não constitui obstáculo aos despedimentos efectuados por razões económicas, técnicas ou de organização que impliquem mudanças no plano do emprego”. Proíbe-se, deste modo, que os sujeitos do

e impôs, por força do artigo 6º, ao transmitente e ao adquirente o dever de informar, em tempo útil, os representantes dos trabalhadores quanto aos motivos da transferência, as consequências jurídicas, económicas e sociais que dela resultem para os trabalhadores, bem como das medidas para eles projectadas. Para dar efectividade a estes meios de tutela, a Directiva determina que tais medidas estão sujeitas a uma fase de consulta cuja finalidade é a obtenção de um acordo a celebrar-se com aquela mesma estrutura²²¹. Aquela primeira norma, enfatiza Francisco Liberal Fernandes,

introduz em relação a este aspecto uma harmonização social, porquanto proíbe que os legisladores nacionais dos Estados membros as entidades patro-

negócio transmissivo promovam contra eles despedimentos que sejam motivados apenas na transmissão. Como realça Siófra O’Leary, *Employment Law*, p. 244, trata-se de uma “provision which underlined the compromise inherent in the Directive between the need to protect employees and the need to recognise the hard realities of business life”. Porém, a realidade empresarial vai evidenciando outro tipo de situações, em que a regra da transmissão da empresa é abusivamente utilizada para promover despedimentos: um perigo para o qual a doutrina tem chamado a atenção. Sobre o ponto, entre nós, v. Cláudia Sousa, “A fraude à lei”, pp. 80 e ss.; João Reis, “O regime da transmissão da empresa”, p. 193; Milena Rouxinol, “Transmissão da unidade económica”, pp. 875-876; David Carvalho Martins, “Transfer of an economic unit”, p. 34. De acordo com este último autor, “os contratos de trabalho cujos efeitos cessaram em momento anterior à transmissão, em violação da regra de proteção contra o despedimento imputável ao empregador, devem ser considerados abrangidos pela transmissão da unidade económica e, por conseguinte, são também transmitidos para o cessionário” (*Da transmissão da unidade económica*, p. 215).

²²¹ O mecanismo da transmissão da unidade económica faz nascer este importante procedimento, que deve anteceder o negócio transmissivo, vinculando as partes, *rectius*, o transmitente e o transmissário. Diante disso, importa apurar qual será o polo passivo deste procedimento, ou seja, saber quem poderá figurar enquanto destinatário para fins da informação. O preceito comunitário originário sofreu modificações de regime por força da revisão da Directiva dos Direitos Adquiridos. Com efeito, a Directiva 77/187 permitia apenas (mas não impunha) aos Estados consagrarem no âmbito doméstico que, na ausência da estrutura de representação, a informação fosse prestada diretamente aos trabalhadores afetados pela transmissão – regime que a Directiva 98/50 alterou no sentido da obrigatoriedade (artigo 6º) e que a Directiva 2001/23 manteve no artigo 7º. Note-se, contudo, que o normativo comunitário se reporta somente ao dever de informação, mas já não abrange a fase de consulta direta dos trabalhadores, parecendo que este direito, não obstante a relevância do seu escopo, e “ao arrepio” do inscrito no artigo 18º, III da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (evocada, aliás, pela segunda Directiva), e pela jurisprudência da União sobre esta matéria), pode ser postergado nas empresas onde aquelas estruturas não existam. Seja como for, é interessante o facto de a partir da segunda Directiva se contemplar que tais obrigações “são aplicáveis independentemente de a decisão de transferência ser tomada pela entidade patronal ou por uma empresa de controlo”.

nais admitam o despedimento por causas objectivas relacionadas com a reorganização das respectivas empresas motivadas pela transferência de empresas ou de estabelecimentos.²²²

É, pois, nesta linha tensional (e de compromisso) entre *employment protection* e *employment flexibility* que se deve perspectivar não apenas o texto originário da Directiva dos Direitos Adquiridos e as suas sucessivas emendas, mas ainda a abundante jurisprudência do areópago do Luxemburgo em torno da sua aplicação nos contextos domésticos²²³. Esquecer este horizonte conformador é errar o rumo interpretativo das formulações legais pensadas para este tabuleiro tão sensível e instável das relações económicas e laborais da União Europeia.

Na realidade, e como já foi devidamente frisado, subjacente à intenção do legislador comunitário quando, nos inícios dos anos 70, promoveu o conjunto de medidas de que viria a resultar a Directiva 77/187, estava, em primeira instância, a construção do mercado comum europeu.

Este objectivo constituía, com efeito, a primacial finalidade inscrita no quotidiano da Comunidade: a dimensão social permanecia num patamar mais distante e difuso. Os Estados-membros reconheciam, é certo, a necessidade de promover a melhoria das condições de vida e de trabalho (artigo 117º TCEE); mas consideravam à época que tal objectivo resultaria do próprio funcionamento do mercado comum e da aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, dispensando quaisquer medidas comunitárias específicas. Aliás, e nisso converge a maioria dos comentadores, o Tratado que instituiu a Comunidade é um monumento à fé liberal, à crença nos automatismos do mercado de cujo funcionamento resultaria o bem-estar de todos, porque cada um, mesmo sem o saber e até sem que o querer, seria guiado por uma mão invisível, mas sábia. Tudo nele parecia, na verdade, preordenado à cons-

²²² Francisco Liberal Fernandes, “Harmonização Social do Direito Comunitário”, pp. 1340-1341.

²²³ Nas palavras de Siófra O’Leary, *Employment Law*, p. 243: “traces of the tension between the Directive’s social and economic facets can be found throughout the case-law of the Court of Justice which has been called upon, essentially, to balance the employment protection objectives of the Directive with the need to ensure that there are no untoward disincentives to transferring business in an increasingly integrated and globalised European market”. Sobre o tema v., ainda, Antonio Lo Faro, “Judicial Developments of EC Social Policy”, p. 215.

trução de um mercado comum, nome pelo qual era, aliás, conhecida a Comunidade”²²⁴.

Esse caminho reclamava, entre muitos outros factores de “agilização” económica, ferramentas legais que facilitassem as restruturações das empresas, um tema ao qual a internacionalização crescente da economia e, sobretudo, a progressiva eliminação das barreiras alfandegárias no quadro das Comunidades conferiam força exponencial. Como justamente destacou Paul Davies, ao considerar os fundamentos do programa normativo comunitário do qual a Directiva dos Direitos Adquiridos viria a nascer:

that programme was grounded in the initial Community project, the creation of a single market. [...] The objective of the programme [...] was to secure worker consent to, or at least acquiescence in, the programme of re-structuring of enterprises which the dismantling of national barriers to trade was thought likely to engender. Workers were not to be given a veto over this process²²⁵.

Aliás, embora de forma “discreta”, o próprio Preâmbulo da Directiva não omitia essa específica motivação, ao considerar que as diferenças existentes sobre a matéria da transferência entre os vários Estados-membros poderiam “ter uma incidência directa no funcionamento do mercado comum”²²⁶.

²²⁴ Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, vol. I, pp. 104-5. Segundo Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 10, “in the context of what was both desirable and possible’, it is clear that resorting to the enactment of secondary EC law in the field of labour law in a way meant a recognition that the Common Market, contrary to what is implied in the Treaty (Article 117 EEC), did not bring about any quasi-automatic approximation, let alone harmonisation, of national social systems”.

²²⁵ Paul Davies, “Transfer of Undertakings”, p. 134. Na mesma linha, cf. Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 8. apesar do avanço que o programa representou em termos normativos, os resultados foram decepcionantes: o desemprego disparou com a crise de 1970 e não se atingiram os demais objetivos associados ao reforço das relações colectivas e ao compartilhamento do poder nas empresas. Sobre este aspecto, v. Salvador Arlino, *O Modelo Social Europeu e a legitimação da União Europeia*, p. 655.

²²⁶ Neste sentido, cf. Siófra O’Leary, *Employment Law*, p. 242: “The Preamble also made clear that one of the principal reasons for the introduction of a minimum level of employment protection at EC level was the fear that disparities in employment protection legislation between Member States might have a deleterious effect on the transfers and mergers which it was the common market’s aim to bring about as a result of greater economic integration”.

Na verdade, a regulamentação comunitária embora fosse dirigida à “manutenção dos direitos dos trabalhadores”²²⁷ afectados pela transmissão da empresa, surgia ancorada ao propósito de construção do mercado europeu, que importava “harmonizar”, eliminando as assintonias nascidas das diversidades normativas entre os Estados-membros. O emergente cenário macroeconómico dos anos 70 reclamava das instâncias europeias uma eficaz intervenção normativa, que reduzisse (ou contivesse) o “ruido sistémico” gerado pelas vozes díspares das legislações domésticas em matéria laboral, que assim se viam sujeitas, como justamente se pôs já em destaque, à *erosão* provocada pelas exigências de um contexto político, social e económico que transcendia as clássicas barreiras do Estado-Nação²²⁸.

Apesar disso (ou talvez melhor: por causa disso), a Directiva não procurou uma total uniformização de regimes jurídicos com critérios comuns aos vários Estados-membros, mas somente uma *harmonização parcial*, com a fixação de *standards* mínimos operatórios no espaço da União²²⁹, que, como se viu, aceitam variações *in melius* por parte das legislações nacionais. Como assinala, justamente, Amandine Garde:

o propósito da Directiva não é definir o conteúdo desses direitos adquiridos ou prescrever um específico nível de protecção. A Directiva tem somente o objectivo de assegurar que o nível de protecção de que o trabalhador beneficiava na relação com o transmitente continua na relação com o transmissário²³⁰.

Sobre este ponto das “intenções” da legislação comunitária, com desenvolvimento, v., ainda, Fernando Valdés Dal-Ré, “Transfers of Undertakings”, p. 182 e ss.

²²⁷ A expressão lê-se no título da Directiva 77/187.

²²⁸ Sobre este ponto, v. R. M. Moura Ramos, “A erosão do poder normativo”, pp. 143-163.

²²⁹ No dizer de Catherine Barnard / Simon Deakin, “Negative and Positive Harmonization of Labour Law”, p. 408: “In one sense, minimum standards Directives could be described as a form of “reflexive harmonization” by analogy to the idea of reflexive law.” The essence of reflexive law is the acknowledgement that regulatory interventions are most likely to be successful when they seek to achieve their ends not by direct prescription, but by inducing “second-order effects” on the part of social actors. In other words, this approach aims to “couple” external regulation with self-regulatory processes”.

²³⁰ Cf. Amandine Garde, “Partial Harmonisation”, p. 174. No mesmo sentido, v. Siófra O’leary, *Employment Law*, p. 244: “when adopting the 1977 Directive, the Member States opted for a “narrow” form of acquired rights: transferred employees were entitled to the same level of employment protection *vis-à-vis* the transferee as they had been *vis-à-vis* the transferor. The purpose of the Directive was not to demand any particular substantive level of employment

Neste cenário, não falta razão às vozes que acusam a Directiva de ter acolhido uma “visão estreita” dos direitos adquiridos²³¹.

Conforme se referiu, este expediente da harmonização coaduna-se com um modelo de “competência partilhada”, facilitando a coexistência entre o direito comunitário e as legislações nacionais, e foi reiteradamente invocado (e “teorizado”) na casuística do Tribunal de Justiça em torno da Directiva dos Direitos Adquiridos²³². Seguindo esta linha, ou seja, remetendo muitos pontos de delimitação conceptual e de concretização do âmbito ou conteúdo dos direitos para as diversas ordens internas e para as judicaturas nacionais, o Tribunal “estendeu a competência dos Estados-membros para além do que poderia ter sido antecipado com base no texto da Directiva tal como originalmente desenhado pela legislatura comunitária”²³³.

Neste horizonte específico, recordem-se, entre outros nódulos problemáticos, a própria noção de “trabalhador”, omitida na Directiva 77/187, e que a Directiva 98/50 manda preencher por apelo às definições aplicáveis em cada legislação interna renunciando, pois, a uma delimitação que valesse para toda a ordem comunitária²³⁴, ao arrepio, aliás, do defendido pelo Tribunal de Justiça noutros domínios²³⁵. Refira-se, ainda,

protection but simply to ensure that the level of protection that pertained prior to the transfer continued to be guaranteed”.

²³¹ V. a referência em Siófra O’Leary na nota anterior.

²³² Cf. Fernando Valdés Dal-Ré, “Transfers of Undertakings”, p. 182.

²³³ Assim, de novo, Amandine Garde, “Partial Harmonisation”, p. 175.

²³⁴ Artigo 1º, nº 1, al. d): ““Trabalhador”: qualquer pessoa que, no Estado-membro respectivo, esteja protegida como trabalhador pela legislação laboral nacional”. Esta opção torna-se mais visível, p ex., quando confrontamos a versão inglesa da Directiva, que não usa o mais comunitário conceito de “worker”, mas sim “employee”. Sobre o problema, extensivamente, v. Francisco Liberal Fernandes, *O conceito de trabalhador no direito social comunitário*.

²³⁵ Como sublinha Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União*, pp. 552-554, importa “descobrir o conceito relevante de trabalhador, já que a possibilidade de um tal conceito ser fixado nacionalmente facilmente poderia pôr em causa a efectividade do direito da União Europeia e a realização do princípio da não discriminação ou do tratamento nacional (artigo 18º TFUE)”. E explicita: “trabalhador é, em primeiro lugar, um sujeito humano que exerceu, exerce ou pretende exercer uma actividade económica (*Walrave*), visto que as normas, construídas a partir da situação de quem exerce uma actividade assalariada actual, abrangem igualmente quem está em condições de exercer uma tal actividade, tendo-a já exercido ou não” E recorda que a jurisprudência comunitária elucida (caso *Unger*): “o conceito de “trabalhador” contido nos referidos artigos releva não do direito interno, mas do direito comunitário”. Além do caso *Unger*, pode ver-se, ainda, o caso *Foreningen* (Processo C-105/84, de 11 de julho de 1985). Neste último, o Tribunal de Justiça, socorrendo-se do mecanismo da harmonização

a complexa matéria da tutela dos créditos laborais que, apesar de ser terreno assaz movediço, tem permanecido, desde a primeira Directiva, igualmente à mercê das opções do legislador interno sobre estabelecer (ou não), e em que termos concretos²³⁶, a responsabilidade solidária do transmitente e do transmissário pelos direitos e obrigações resultantes de um contrato ou de uma relação de trabalho existentes antes da data da transmissão²³⁷.

parcial, estabeleceu as bases de orientação que mais tarde levariam o legislador comunitário a adoptar àquela norma. Com efeito, o Tribunal sustenta que a Directiva 77/187 “is intended to achieve only partial harmonisation essentially by extending the protection guaranteed to workers independently by the laws of the individuals Member States to cover the case where an undertaking is transferred” (n. 26). “It follows that Directive no 77/187 may be relied upon only by persons who are in one way or another protected as employees under the law of the Member State concerned” (n. 27). Não deixa de ser interessante que, no caso *Foreningen*, quer a Comissão (n. 22 do Acórdão), quer o Advogado-Geral nas suas *Conclusões*, tenham defendido a necessidade de se definir um conceito de “trabalhador” no contexto da versão originária da Directiva dos Direitos Adquiridos. Sobre o ponto, v. Francisco Liberal Fernandes, “Harmonização social no direito comunitário”, p. 1328.

²³⁶ É o que dispõe o artigo 3º, nº 1, segundo parágrafo, da Directiva 2001/23: “Os Estados-membros podem prever que, após a data da transferência, o cedente e o cessionário sejam solidariamente responsáveis pelas obrigações resultantes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes antes da data da transferência”. Assim, a transmissão da empresa não traz implicações apenas ao nível da relação estritamente laboral, mas também no tocante à tutela dos créditos dos trabalhadores. Trata-se de um domínio particularmente relevante no plano social, carecendo, pois, de um regime jurídico eficaz e adequado. Note-se, contudo, que o diploma final não acolheu a proposta legislativa da Comissão apresentada para a Directiva 98/50, que, neste ponto concreto, previa a obrigatoriedade da responsabilidade solidária do transmissário. Com esta medida, que Stephen Hardy / Richard Painter, “Revising the Acquired Rights Directive”, p. 163, descreviam como vantajosa, “the transferor would be liable only to the extent corresponding to the portion of the relevant period, which expired on the date of the transfer. Member States could however limit the transferor-s joint liability to those obligations which arose before the date of the transfer, and which fall due within the first year following that date”. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, cf., entre nós, David Carvalho Martins, *Da transmissão da unidade económica*, p. 53 e ss.; Pedro Oliveira, “A tutela dos créditos laborais no caso de transmissão de unidade económica”, pp. 173-189, com outras indicações bibliográficas.

²³⁷ Eis aqui um terreno fértil para contornar obrigações. Com efeito, num regime nacional em que não se consagre o instituto da responsabilidade solidária, os trabalhadores encontram-se numa posição mais vulnerável, podendo, mesmo, serem vítimas de fraudes operadas por parte do transmitente, o qual, numa fase economicamente débil e tencionando libertar-se dos seus débitos sem a promoção dos despedimentos colectivos, poderia alienar o estabelecimento a um adquirente que porventura estivesse na mesma situação.

Particularmente impressivo mostra-se, ainda, o tratamento dado pelo legislador comunitário ao conceito axial de “transferência de empresa ou estabelecimento”. Silenciada a questão por inteiro na Directiva inicial, que mais uma vez confiava o enquadramento normativo daquele problema às leis domésticas²³⁸, a situação foi corrigida com a segunda Directiva (98/50)²³⁹, que na esteira de relevante jurisprudência do Tribunal de Justiça, desde o Acórdão de 1986 sobre o caso *Spijkers*²⁴⁰, e após ter sido duramente criticado pelos governos locais²⁴¹, dispôs no artigo 1º, nº 1, al. b): “é considerada transferência, na acepção da presente Directiva, a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória”.

A formulação normativa, como se comprehende, não pode por si só dirimir a multiforme surpresa que diariamente os problemas da vida prática colocam. E nesta matéria têm sido muitos os litígios suscitados nos âmbitos domésticos e, por força do reenvio, trazidos à decisão do pretor europeu. Aliás, e como se sabe, o activismo judiciário do Tribunal de Justiça

²³⁸ Vejam-se as observações críticas de Paul Davies, “Transfer of Undertakings”, p. 136, e de Stephen Hardy / Richard Painter, “Revising the Acquired Rights Directive”, p. 161, a esta omissão conceptual no texto da Directiva, com tanto relevo em matéria de subcontratação (*contracting out*). Não se estranham, pois, as múltiplas tomadas de posição do Tribunal de Justiça sobre este nódulo problemático.

²³⁹ O que não eliminou, porém, as dúvidas em matéria da subcontratação, como sublinha António Lo Faro, “Judicial Developments of EC Social Policy”, p. 222 e ss. Para mais desenvolvimentos, cf. Julie Nazerali / Karen Plumbley-Jones, New Acquired Rights Directive – A Step in the Dark?, p. 31 e ss.

²⁴⁰ Na decisão do Processo 24/85 (caso *Spijkers*), o Tribunal frisava que “para determinar se estas condições estão reunidas, convirá tomar em consideração o conjunto de circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa, entre as quais figuram, designadamente, o tipo de empresa ou de estabelecimento de que se trata, a transferência ou não dos elementos corpóreos, tais como os edifícios e os bens móveis, o valor dos elementos incorpóreos no momento da transferência, o emprego ou não por parte do novo empresário do essencial dos efectivos, a transferência ou não da clientela, bem como o grau de similitude das actividades exercidas antes e depois da transferência e da duração de uma eventual suspensão destas actividades. Convirá, todavia, precisar que todos estes elementos não passam de aspectos parciais da avaliação de conjunto que se impõe e não poderão, por isso, ser apreciados isoladamente” (nº 13 do Acórdão). Esta jurisprudência seria reiterada pelo Tribunal nos casos *Redmond Stichting* (nº 24) e *Süzen* (nº 14).

²⁴¹ Stephen Hardy / Richard Painter, “Revising the Acquired Rights Directive”, p. 160; Jo Hunt, “The Court of Justice”, p. 355.

neste nódulo problemático tem continuado a assumir um papel ímpar na *realização do direito da União Europeia*, entendido não somente por referência ao texto da norma, mas estendendo-se às *leituras* que sobre ele o Tribunal estabelece²⁴², muitas das quais contribuíram significativamente para o alargamento do âmbito de aplicação da Directiva dos Direitos Adquiridos. Saliente-se, no entanto, que algumas dessas decisões conduziram a resultados inesperados, que puseram em causa a função protectiva do direito do trabalho e o modelo da harmonização, levando a que muitos especialistas qualificassem o Tribunal como “actor político”²⁴³.

1. Âmbito de aplicação

Conforme se referiu, o âmbito de aplicação do regime da transmissão de empresa deverá atender, simultaneamente, a dois critérios, a saber: o da natureza do negócio transmissivo e do seu objecto. Contrariamente ao que possa parecer num primeiro olhar, é tudo menos simples determinar em que casos a Directiva é aplicável, compreendendo-se, nesta medida, a qualificação da mesma como “caixa de Pandora”²⁴⁴.

Com efeito, a delimitação de um conceito operatório capaz de atender os interesses em jogo (ligados ao binómio empregador e trabalhador) conta-se entre os temas mais complexos em torno da figura transmissiva, não surpreendendo, por isso, que o problema já tenha sido alvo da apreciação do Tribunal de Justiça em mais de 36 arrestos.

Este aspecto pode perspectivar-se sob duas ópticas, as quais, embora analiticamente autonomizáveis, fundem-se uma na outra. Por um lado e

²⁴² Como sustenta M. R. Palma Ramalho, *Direito Social da União Europeia*, p. 56, “na maioria das matérias sociais a actuação do Tribunal de Justiça, na interpretação e aplicação do Direito Comunitário, tem contribuído largamente para a concretização de conceitos indeterminados nestas matérias, para preencher lacunas regulativas e inspirar novas directivas ou a modificação das existentes, e até para inspirar a alteração de normas primárias em sede de revisão dos Tratados”. Note-se, de todo o modo, que o ativismo do Tribunal de Justiça tem constituído, conforme mencionado na primeira parte do nosso estudo, um ponto controvertido na doutrina. Sobre isto, v. Michal Bobek, “The Court of Justice of the European Union”, p. 152 e ss.; Jo Hunt, “The Court of Justice”, p. 337 e ss.; Sofia Pais, *Estudos de Direito da União Europeia*, pp. 75 ss.

²⁴³ Como observam Julie Nazareli / Karen Plumbley-Jones, “New Draft Acquired Rights Directive”, p. 31, a interpretação teleológica do Tribunal de Justiça tem “in many cases extended the scope of the Directive, with sometimes surprising and controversial results”. No mesmo sentido, Jo Hunt, “The Court of Justice”, p. 338.

²⁴⁴ Neste sentido, v. Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 17.

num plano geral, esteve em causa a árdua tarefa de encontrar resposta para a magna questão do critério e estrutura do estabelecimento. Para a resolução do problema não bastava um juízo meramente intuitivo ou mesmo uma formulação legislativa, podendo esta, quando muito, oferecer-nos índices sintomáticos de tal recorte ou definição²⁴⁵.

Pois bem: tal como a representação do substrato que compõe o estabelecimento como um todo (o uno) implica complexos problemas definitórios, também o seu desmembramento em subunidades (partes do estabelecimento) que mantenham, porém, uma qualquer estrutura identitária, parece multiplicar de forma irreprimível aquelas dificuldades.

Em segundo lugar, agora num plano estritamente laboral, empresa e estabelecimento, ao contrário do que sustenta a comercialística²⁴⁶, não são perspectivadas pela doutrina de forma homogénea²⁴⁷. O facto é que ela, a empresa, dado o seu cariz abrangente, envolve uma panóplia de círculos problemáticos que inevitavelmente se repercutem sob o ramo juslaboral²⁴⁸. A despeito do relevo irreversível do enquadramento do trabalho no contexto empresarial, uma noção de empresa laboral ainda não foi firmada pela doutrina, dada a natureza intrinsecamente ideológica deste ramo. Recorde-se, aliás, que as diferentes configurações de empresa consoante o ramo jurídico que estiver em causa, foi a razão pela qual a segunda versão da Directiva dos Direitos Adquiridos suprimiu o vocábulo “empresa”, alterando-o, como se sabe, para “entidade económica”.

Contudo, é patente a ideia de que uma noção de empresa exclusivamente económica enquanto organização produtiva de bens e serviços que visa pura e simplesmente a obtenção do lucro, não se coaduna com a disciplina do direito do trabalho. Já em 1996, Júlio Gomes defendia:

²⁴⁵ Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura*, p. 606.

²⁴⁶ Sobre a questão, J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, I, p. 210.

²⁴⁷ Chamando a atenção para a opção entre a “*entreprise-activité*” (a abordagem do direito laboral) e a “*entreprise-organisation*” (a abordagem do direito comercial), v. Paul Davies, “Transfer of Undertakings”, p. 136 ss.

²⁴⁸ Como bem escreveu Orlando de Carvalho, “é com a conflitualidade intrínseca à empresa capitalista – e com o carácter patente e agudo (antagónico e agónico) que a conflitualidade aí exibe – que o direito do trabalho se afirma” (“A empresa em direito do trabalho”, p. 184). Seguindo esta linha de raciocínio, v. João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, p. 208; A. Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, p. 379. Para mais desenvolvimentos, cf. Menezes Cordeiro, *Manual*, p. 485; Bernardo Xavier, *Manual*, p. 81;

o conceito de estabelecimento relevante para o Direito do Trabalho, em matéria de transmissão de estabelecimento, não tem, necessariamente, que coincidir com o conceito de estabelecimento adoptado pela doutrina comercialística²⁴⁹.

Neste relevante estudo, o Autor dava nota pormenorizada da jurisprudência comunitária, a qual desenvolveu uma noção lata deste conceito no contexto da Directiva 77/187/CEE e diplomas sucessivos. Ainda nas palavras deste Autor, desenvolveu-se uma tendência “para uma certa desmaterialização do conceito de unidade económica ou, pelo menos, para uma compreensão mais flexível desse conceito²⁵⁰.

Da análise da judicatura comunitária acerca da noção de transferência, ressalta o entendimento amplo e flexível do Tribunal de Justiça sobre as operações comerciais em que podem assentar o negócio transmissivo para efeitos da aplicação da Directiva, que vão desde transações em que inexiste um vínculo de natureza contratual entre transmitente e transmissário ou entre transmitente e trabalhadores, até transações entre grupos empresariais²⁵¹, as quais se podem reger tanto por regras de direito privado, como por regras de direito público.

Pelo seu relevo intrínseco, importa convocar, ainda que de forma breve, o enquadramento que o Tribunal de Justiça deu a estes diversos feixes problemáticos, procurando aferir o modo de abordagem do direito laboral que aí se manifesta.

Desde o emblemático Acórdão *Daddy's Dance Hall*, o Tribunal de Justiça tem sustentado serem subsumíveis ao âmbito da Directiva dos Direitos Adquiridos operações negociais não expressamente previstas na mesma, designadamente operações triangulares, que se processam em dois ou mais estádios.

Em causa na origem do caso controvertido estava a promoção de despedimentos dos trabalhadores de um restaurante por iniciativa do empre-

²⁴⁹ Júlio Gomes, “O conflito”, p. 162. Veja-se ainda Fabrícia Almeida Henriques, “A transmissão do estabelecimento”, pp. 975-976; Francisco Liberal Fernandes, “Harmonização social no direito comunitário”, p. 1333.

²⁵⁰ Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas questões”, p. 92.

²⁵¹ A este propósito, veja-se, entre outros, Antonio Lo Faro, “Judicial Developments of EC Social Policy”, pp. 210 ss e G. Santoro-Passarelli, “The Transfer of Undertakings: Striking a Balance Between Individual Workers' Rights”, pp. 311 ss.

gador, na sequência da rescisão do contrato de locação comercial (*leasing*), no qual esse figurava como locatário. Seguidamente, o estabelecimento passou a ser explorado por um novo locatário, que reintegrou na empresa os referidos trabalhadores.

Importava, por conseguinte, determinar se a Directiva 77/187, pensada, ao que parecia, para negócios transmissivos típicos, aqueles que resultavam de *uma cessão convencional ou de uma fusão*²⁵², seria aplicável na hipótese em que, finda a locação da exploração do estabelecimento, sem haver interrupção da actividade deste, o seu proprietário cede a exploração a um novo locatário, que readmite o pessoal despedido, mas que ainda não abandonara as funções.

Na fundamentação, o Tribunal de Justiça respondeu afirmativamente à questão, justificando, para o efeito, o facto de “a transferência se efectuar em duas fases distintas, ou seja, de a empresa ser, num primeiro momento, transferida do locatário inicial para o proprietário, que a transfere de seguida para o novo locatário, desde que a sua identidade seja mantida”²⁵³.

O Tribunal colocava assim a tónica na manutenção identitária da unidade económica, que se verificava, em seu entender, num caso como o *sub judice*, em que “a exploração da empresa é mantida sem interrupção pelo novo locatário com o mesmo pessoal que trabalhava na empresa antes da transferência”.

Por seu turno, o Advogado-Geral Marco Darmon, embora tendo defendido nas suas Conclusões solução idêntica à que viria a ser adoptada pelo Tribunal, reconheceu que a mesma se tratava de uma ficção jurídica, “ditada pela economia e pelo espírito da Directiva”, que visava, segundo ele, “garantir a continuidade das relações de trabalho no Âmbito de uma entidade económica, independentemente da mudança de proprietário”²⁵⁴.

Na sua decisão, o Tribunal estabeleceu que a Directiva é aplicável no caso em que o negócio se realiza em duas etapas, onde o estabelecimento é primeiramente transferido do locatário original ao proprietário, que depois o transfere ao novo locatário; e conclui que aí “os trabalhadores estão na mesma situação como a que decorre de uma transferência directa, e portanto têm direito a protecção equivalente”²⁵⁵. Como fica evidenciado, o

²⁵² Artigo 1º, nº 1.

²⁵³ Acórdão *Daddy's Dance Hall*, nº 10.

²⁵⁴ *Conclusões*, nº 5.

²⁵⁵ Caso *Daddy's Dance Hall*, nº 8. *Conclusões* do Advogado-Geral Darmon, nº 5.

Tribunal seguia uma abordagem de proteção dos trabalhadores, que viam assim os seus vínculos mantidos com o segundo locatário do estabelecimento, diversamente do que pareceria indicar a redação legal.

O areópago do Luxemburgo voltaria a debruçar-se sobre o ponto, anos mais tarde, no Acórdão *Sophie Redmond Stichting*, onde reafirmou a sua posição no sentido de que uma transação, na qual não se verifique um vínculo de natureza contratual entre transmitente e transmissário, é susceptível de consubstanciar *transferência* à luz do normativo comunitário²⁵⁶. Segundo o Tribunal, isto sucede quando “uma autoridade pública decide deixar de conceder subsídios a uma pessoa colectiva, provocando assim a cessação completa e definitiva das suas actividades, para os transferir para outra pessoa colectiva que prossegue um fim análogo”²⁵⁷.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, no Acórdão *Jouini*, o Tribunal estipulou a desnecessidade de existir um acordo escrito entre transmitente e transmissário para que a aplicação da Directiva pudesse ter lugar²⁵⁸. Nestes moldes, o Tribunal dava novamente um indício da função protectiva do trabalhador no contexto da Directiva dos Direitos Adquiridos.

Outro elemento considerado, no Acórdão *Albron Catering*, foi o da ligação entre o trabalhador e a unidade económica, visto que no plano dos grupos empresariais, é comum que um trabalhador de uma delas seja destacado para outro estabelecimento, e embora neste caso concreto tal trabalhador não tenha como seu verdadeiro empregador a entidade onde presta a sua actividade, tem com ela uma relação de trabalho não contratual²⁵⁹, hipótese que, como se viu, é expressamente consagrada no artigo 3º, nº 1, da Directiva (contrato de trabalho ou relação de trabalho). A Directiva abrange assim, uma situação em que se verifica:

a mudança de pessoa colectiva ou singular que é responsável pela actividade económica do ente transferido e que nesta qualidade estabelece, enquanto entidade patronal dos trabalhadores deste ente, relações de trabalho com estes, apesar de eventualmente não existir vínculos contratuais com os referidos trabalhadores²⁶⁰.

²⁵⁶ Caso *Redmond*, nº 8.

²⁵⁷ Caso *Redmond*, nº 1 decisão.

²⁵⁸ Caso *Jouini*, nº 25.

²⁵⁹ Sobre este aspecto, veja-se Sarah De Groot, “The Scope of The Transfer of Undertaking Directive”, p. 508 e ss.; Júlio Gomes, “Albron Catering”, p. 127 e ss.

²⁶⁰ Caso *Albron Catering*, nº 28.

Uma vez mais, o Tribunal seguiu uma posição garantista do direito do trabalho.

Além disso, nos Acórdãos *Allen* e *Amatori*, o Tribunal definiu que a Directiva abarcava tanto a hipótese em que as operações comerciais se realizam entre empresas pertencentes a um mesmo grupo²⁶¹, como ainda aquela em que o transmissário sucede nas relações laborais do transmitente quando, posteriormente à transferência de parte da empresa em causa, esse transmitente tenha um poder importante de controlo sobre o transmissário²⁶². Por fim, estabeleceu-se que não caem no âmbito da Directiva, casos em que haja mera sucessão na actividade do transmitente para o transmissário²⁶³.

Para além de tudo, há que frisar a inaplicabilidade do diploma comunitário aos casos em que o escopo da transmissão seja unicamente o de contornar o regime de protecção dos trabalhadores nela consagrado. A questão foi aflorada pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Ellinika*²⁶⁴. Precisa o tribunal:

o princípio geral de direito da União segundo o qual a aplicação da regulamentação da União não pode ser alargada ao ponto de cobrir operações realizadas com o objetivo de beneficiar fraudulenta ou abusivamente das vantagens previstas no direito da União. Daqui decorre que o benefício das disposições do direito da União deve ser recusado quando estas são invocadas, não para realizar os objetivos dessas disposições, mas com o objetivo de beneficiar de uma vantagem do direito da União, quando as condições para beneficiar dessa vantagem apenas estão formalmente preenchidas²⁶⁵.

²⁶¹ Caso *Allen*, n^{os} 17-20; caso *Amatore*, nº 49.

²⁶² Caso *Amatori*, nº 52.

²⁶³ Para uma reflexão problematizante deste aspecto, Cf. Júlio Gomes, “Comentário de urgência”, p. 213 e ss.

²⁶⁴ Acórdão de 13 de Junho de 2019, Processo C-664/17, *Ellinika Nafpligeia AE contra Panagiotis Anagnostopoulos e o*. Sobre este Acórdão, v. John McMullen, “Leaving a Legacy”, pp. 144-150.

²⁶⁵ N^{os} 50 e 51. No mesmo sentido foram as *Conclusões* do Advogado-Geral Maciej Szpunar que, além de sublinhar a singularidade do caso em virtude de ter sido o empregador e não os trabalhadores a invocar a Directiva, defendeu que esta “não deve ser aplicada caso se apure que o objetivo prosseguido com a transferência da entidade económica não era manter a atividade económica em causa, mas contornar os deveres de protecção dos trabalhadores consagrados no ordenamento jurídico nacional”. A este propósito, John McMullen, “Leaving a Legacy”, p. 150, enfatiza que “the EU abuse of law principle is a good tool to prevent manipulation of the ARD and, in astrea, by employees”.

No que diz respeito à natureza jurídica dos entes envolvidos na operação transmissiva, muitas têm sido as questões reenviadas à apreciação do Tribunal de Justiça, particularmente quando esteja num dos pólos da negociação um sujeito colectivo de direito público.

A este propósito, o Tribunal teve ocasião de declarar que a circunstância de o transmissário ser uma pessoa colectiva de direito público não permite excluir a existência de uma transferência abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva, quer essa pessoa colectiva seja uma empresa pública que tem a seu cargo um serviço público, ou um município²⁶⁶.

De maneira semelhante, no Acórdão *Collino e Chiappero*, o Tribunal afirmou que o facto de o estabelecimento transmitido ter sido objecto de adjudicação por um organismo de direito público, designadamente um município, não o exclui do âmbito de aplicação da Directiva²⁶⁷.

Por fim, nos Acórdãos *Comissão contra Reino Unido* e *Piscarreta Ricardo*, o Tribunal sublinhou que mesmo entidades sem fins lucrativos não estão imunes ao âmbito de aplicação da Directiva²⁶⁸.

Vimos ainda que por força do mecanismo da harmonização que a subjaz, a Directiva dos Direitos Adquiridos não consagrou uma noção comunitária de “trabalhador”, remetendo este ponto para as legislaturas domésticas. De toda a forma, cabe frisar que o Tribunal de Justiça tem vindo a aflorar esse nódulo problemático, com ressonância, aliás, nas instâncias judiciais internas, designadamente na portuguesa²⁶⁹.

Com efeito, no Acórdão *Piscarreta Ricardo*, o Tribunal de Justiça estabeleceu que uma pessoa cujo contrato de trabalho se encontre em regime de suspensão, não estando ela, portanto, em efectividade de funções, integra o conceito de “trabalhador, nos termos do artigo 2º, nº 1º, alínea d) da Directiva, Na medida em que esse trabalhador está protegido, enquanto tal, pelo Código do Trabalho português. Logo, sustenta o Tribunal, os seus

²⁶⁶ Caso *Piscarreta Ricardo*, processo C-416/16, n.º 32. Na mesma linha, cf. caso *Annette Henke*, processo C-298/94, nº 14; caso *Didier Mayeur*, processo C-175/99, nºs 28 e 35; Caso *Collimo*, nº 33; caso *Johanna Maria*, processo C-425/02, nºs 30 e 32; caso *UGT*, processo C-151/09, nºs 23-24; caso *Clece*, processo C-463/09, nº 26; caso *Scattolon*, processo C-108/10, nº 44; caso *ADIF*, processo C-509/14, nº 24; caso *Correia Moreira*, processo C-317/18, nºs 54-55.

²⁶⁷ Caso *Collino*, processo C-343/98, nº 32. Vejam-se ainda os casos *Hidalgo*, processo C-173/96, nº. 24, e *Likenne*, processo C-172/99, nº 19.

²⁶⁸ Caso *Comissão contra Reino Unido*, C-382/92, nº 46; caso *Piscarreta*, nº 34.

²⁶⁹ Sobre o ponto, v. John McMullen, “Leaving a Legacy”, pp. 132-135.

direitos e obrigações são automaticamente transmitidos para o adquirente da unidade económica²⁷⁰.

No Acórdão *Correia Moreira*, que teve igualmente origem nos tribunais portugueses, o Tribunal de Justiça sublinhou, com base na matéria reenviada, o facto de o contrato de comissão de serviço, celebrado com quem já é trabalhador da empresa ou com quem não tem qualquer outra relação laboral prévia, ter sido qualificado como contrato de trabalho no território luso.

Após reconhecer que a proteção conferida a esta tipologia de trabalhador não correspondia a que beneficia trabalhadores de outras categorias, desde logo por a legislação portuguesa permitir pôr termo a um contrato de comissão de serviço mediante simples aviso prévio escrito, num prazo relativamente curto, e sem que seja exigida justa causa, O Tribunal entendeu que o artigo 2º, nº 1, d), da Diretiva 2001/23 “limita-se a exigir que uma pessoa esteja protegida como trabalhador pela legislação nacional em causa, sem, no entanto, insistir num determinado conteúdo ou numa determinada qualidade de proteção”.

Ainda segundo o Tribunal, “tornar pertinentes as diferenças entre os trabalhadores, consoante o conteúdo ou a qualidade da sua proteção nos termos da legislação nacional, privaria a Diretiva 2001/23 de uma parte do seu efeito útil”²⁷¹. Daqui resulta que um trabalhador português em comissão de serviço é considerado “trabalhador” para efeitos do normativo legal. Mas poder-se-á inferir deste ponto que, caso esse mesmo trabalhador estivesse em outro Estado-membro, cuja legislação porventura não o tutelasse enquanto trabalhador, ficaria excluído do âmbito de protecção da Directiva, privando esta, afinal, de parte do seu efeito útil? O modelo de harmonização pelo qual se rege o normativo parece apontar nesse sentido, tornando o alcance da Directiva bastante variável. Uma das consequências disto é a variabilidade do grau de protecção do regime transmissivo em situações transfronteiriças.

A leitura extensiva que o Tribunal de Justiça tem feito sobre a noção de transferência, permite-nos aferir a panóplia de operações negociais contempladas pela Directiva dos Direitos Adquiridos, evitando, nesta medida, a sua mitigação pelas legislaturas domésticas, que de outro modo pode-

²⁷⁰ Caso *Piscarreta Ricardo*, nº 54.

²⁷¹ Caso *Correia Moreira*, nºs 46-51.

riam afastar do seu âmbito de aplicação certas estruturas empresariais²⁷². Neste cenário, a jurisprudência comunitária tem desempenhado um papel propulsor no sentido de gizar o modelo articulatório da harmonização inscrito na Directiva. Não se quer com isto significar, porém, que o modelo tenha agradado a todos os Estados-membros. Bem pelo contrário: muitos deles não contavam com o profundo impacto das soluções legisladas; não contavam, por um lado, com a intervenção da ordem jurídica comunitária nas ordens juslaborais internas, desde logo por a competência para legislar nessa disciplina ter estado inicialmente adstrita ao legislador nacional; mas não contavam, sobretudo, com o modo com que a matéria da transmissão da empresa seria conformada pelo areópago europeu, que não raras vezes foi acusado de se assumir como mais um “actor político”.

Para além das operações comerciais, que acima sintetizamos, a efectivação da Directiva depende do preenchimento de um segundo requisito, a saber, o da delimitação do seu objecto, a unidade económica. Saliente-se, antes de mais, que o conceito não é equiparável ao que possa decorrer usando os critérios operatórios específicos do direito comercial: sem que se defenda uma compartimentação estanque entre os vários domínios do jurídico e seus conceitos integrantes, não se pode esquecer a teleologia própria do direito laboral²⁷³.

De toda a forma, não será audacioso afirmarmos que este desiderato, mormente quando esteja em causa o segmento de uma empresa ou estabelecimento, constitui um dos pontos que mais tem conduzido a um tortuoso debate doutrinário e jurisprudencial por conta do seu carácter vago e dos problemas prático-jurídicos que dele resultam²⁷⁴.

Para Maria do Rosário Palma Ramalho, o critério a ter em conta não deve ser o da organização formal da empresa (em secções ou serviços), mas antes o critério económico da possibilidade de individualização de uma

²⁷² O caso português constituía, aliás, um exemplo bem conhecido disto. Com efeito, à luz da LCT, era entendimento que o regime da transmissão aí previsto só se aplicava nos casos em que a empresa era globalmente transferida. Sobre este aspecto, v. Francisco Liberal Fernandes, “Harmonização Social do Direito Comunitário”, p. 1347.

²⁷³ Neste sentido, Júlio Gomes, “A jurisprudência recente”, p. 485, Catarina Carvalho, “Algumas questões”, p. 461, que avançam conceito laboral de unidade económica assente na autonomia organizativa da unidade em apreço.

²⁷⁴ A propósito do carácter vago desta noção, cf. Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 20.

parte da sua actividade numa unidade negocial autónoma. Por outras palavras, o que parece decisivo para a equiparação da transmissão de “parte” da empresa ou do estabelecimento à transmissão da própria empresa ou do próprio estabelecimento é o *conceito de unidade de negócio*²⁷⁵.

Mas será suficiente, para estabelecer o que seja uma parte com autonomia (uma unidade dentro de uma outra unidade maior, mas não só distinguível dela mas também das outras possíveis unidades que formariam o todo), será bastante, dizíamos, apelar para a *unidade do negócio* (transmissivo)?

Para Monteiro Fernandes, deve recorrer-se a uma noção parcialmente desmaterializada de unidade económica, em que assume relevo central, para além de um certo conjunto de recursos (humanos e materiais), uma posição de vantagem económica a que esses recursos se acham instavelmente afetos enquanto ela subsista²⁷⁶.

Aqui, como em tantos outros lugares, a realidade foge ao espartilho da definição e é tudo menos simples discernir entre o que é *substancial* e *accidental*, ainda que se combine uma tipologia exemplificativa com cláusulas abertas, ou se faça apelo a uma teoria de elementos “essenciais” ou de *conditio sine qua non*²⁷⁷.

²⁷⁵ M. R. Palma Ramalho, *Tratado*, II, (2006) p. 676 [= p. 646 da edição de 2016]. A Autora complementa o seu raciocínio por meio do seguinte exemplo (nota 14): “se numa fábrica de automóveis se produzem, de um modo diferenciado mas não correspondente formalmente a dois estabelecimentos, duas marcas de automóveis, cada uma das linhas de produção pode corresponder a uma unidade de negócio, para efeitos desta norma”. Sobre o ponto v., ainda, Joana Simão, “Algumas questões”, pp. 204-207; Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, p. 786.

²⁷⁶ A. Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, p. 386. No mesmo sentido, v. Catarina Carvalho, “Algumas questões”, p. 461. Ainda sobre o ponto cf. David Carvalho Martins, “Transfer of an economic”, pp. 27-28.

²⁷⁷ Em linha com a jurisprudência nacional e comunitária, David Carvalho Martins, *Da transmissão da unidade económica*, p. 207, escreve: “a unidade económica consiste num conjunto de meios – saber-fazer, contratos, clientela, direitos de propriedade industrial, licenças ou autorizações de direito público – e de pessoas organizado – métodos de trabalho, estrutura, hierarquia – que desenvolve uma atividade económica, principal ou acessória, com ou sem escopo lucrativo; deve ter caráter duradouro, ser suficientemente estruturada e autónoma, ser uma unidade organizada destacável que, no âmbito de um objetivo global, cumpre uma parte desse objetivo, mesmo que se trate apenas de função auxiliar subordinada. Para que seja aplicável o instituto não é necessário a passagem de todos os meios e pessoas que faziam parte da unidade económica sob a gestão do cedente, mas somente aqueles sem os quais a unidade económica não pode física ou legalmente funcionar”.

Como ensina João Reis, “é manifesto que a noção de unidade económica não é simples nem segura. Estamos perante uma noção fluida, de “geometria variável”. Por vezes, continua o Autor, faz apelo a critérios que parecem confundir requisitos e consequências da transferência: estamos a pensar nos casos em que um conjunto de trabalhadores coligados a um determinado fim produtivo é considerado uma unidade económica. Para que haja transferência de empresa exige-se uma passagem significativa dos efectivos da empresa, quando o que se discute é saber se houve transmissão de empresa para efeitos de transferência de contratos de trabalho. Na medida em que estes transitam porque e só porque se verifica uma transmissão de empresa, a mudança de empregador deveria ser considerada um efeito jurídico e não, como parece suceder nalguns casos, ser vista como um pressuposto da transmissão de empresa”²⁷⁸.

No tema que nos ocupa, pode dizer-se que foi sendo desenvolvido um conceito mais flexível de unidade económica, diferente daquele que rege o direito comercial – com a consequência directa de se impor às judicaturas nacionais o recurso a métodos indiciários, mensurando casuisticamente os elementos de que dispõem para este efeito, e valorando a sua suficiência para afirmar, *in casu*, a manutenção da identidade da unidade económica²⁷⁹.

Refira-se que poderá haver situações em que mesmo sem se verificar a transferência de ativos e bens corpóreos como por exemplo os prédios ou edifícios, a Directiva seja aplicável²⁸⁰. Neste sentido se pronunciou o Tribunal de Justiça no Acórdão *Schmidt*²⁸¹, ao considerar que a transferência de uma atividade assente meramente em mão-de-obra, como ocorria na situação *sub judice* (actividade de limpeza, executada por uma única funcionária), pode ser suficiente para caracterizar uma “parte de estabelecimento”, subsumindo-se assim ao normativo legal. Na fundamentação, o Tribunal socorreu-se do “método indiciário” do caso *Spijkers*:

o argumento [...] da não transferência de elementos activos também não pode ser acolhido. A circunstância de a jurisprudência do Tribunal de Justiça citar a transferência desses elementos entre os diferentes critérios a tomar

²⁷⁸ João Reis, “O regime da transmissão da empresa”, p. 194.

²⁷⁹ Após a transmissão, a identidade da unidade económica poderá verificar-se com a manutenção de parte das instalações, recheio, pessoal, marcas, licenças, fornecedores, o know how), e similitude entre actividades desenvolvidas, etc.

²⁸⁰ V. caso *Sophie Redmond Richting*, nº 29, e o caso *Kirsten*.

²⁸¹ Processo C-392/92.

em conta pelo juiz nacional para, no âmbito da avaliação global de uma operação complexa, apreciar a realidade de uma transferência de empresa não permite concluir que a sua falta exclui a existência de uma transferência. Com efeito, a manutenção dos direitos dos trabalhadores que, segundo o seu próprio título, é o objecto da directiva, não pode depender apenas da tomada em consideração de um factor que o Tribunal, aliás, já referiu não ser, só por si, determinante²⁸².

O Acórdão *Schmidt* marcaria, assim, uma primeira fase em que a jurisprudência comunitária prosseguia uma abordagem claramente garantista do direito do trabalho. Seguindo essa mesma linha, o Tribunal considerou, no Acórdão *Mercks*, que a unidade económica transmitida mantém a sua identidade, “ainda que seja exercida sob um outro nome, em locais diferentes e com outro equipamento”²⁸³.

Num segundo momento, designado na doutrina por *post-Schmidt era*²⁸⁴, foram sendo estabelecidos critérios adicionais, de maior rigidez, que impuseram a apreciação pelo intérprete antes e depois da transferência da unidade económica. Vejamos.

No Acórdão *Stro Molle Akustik*, o Tribunal enfatizou que só existe *transferência* quando o transmissário retome um conjunto organizado de elementos do transmitente que permita a prossecução da actividade deste²⁸⁵; E desde que a transferência tenha por objecto uma unidade económica organizada de modo estável, cuja actividade se não limite à execução de uma obra determinada²⁸⁶.

Já na decisão do controverso caso *Süzen*²⁸⁷, que constituiu um ponto de viragem nessa matéria, o Tribunal salientou que O conceito de entidade remete para um conjunto organizado de pessoas e de elementos que permitam o exercício de uma actividade económica que prossegue um objectivo próprio. Deste modo, precisa o Tribunal:

²⁸² V. caso *Schmidt*, nº 16.

²⁸³ Caso *Mercks*, nº 21.

²⁸⁴ Jo Hunt, “The Court of Justice”, p. 356.

²⁸⁵ Cf. caso *Stro Molle Akustik*, nº 21.

²⁸⁶ Cf. caso *Stro Molle Akustik*, nº 20.

²⁸⁷ Sobre o impacto do caso *Süzen*, cf. John McMullen, “An Analysis of the Transfer of Undertakings”, p. 113 e ss.; Sylvaine Laulom, “The European Court of Justice”, p. 145 e ss.; Jo Hunt, “The Court of Justice”, p. 358.

em certos sectores nos quais a actividade assenta essencialmente na mão-de-obra, um conjunto de trabalhadores que executa de forma durável uma actividade comum pode corresponder a uma entidade económica. Tal entidade é, por conseguinte, susceptível de manter a sua identidade para além da sua transferência, quando o novo empresário não se limita a prosseguir a actividade em causa, mas também retoma uma parte essencial, em termos de número e de competências, dos efectivos que o seu predecessor afectava especialmente a essa missão²⁸⁸.

Enquanto no Acórdão *Schmidt* se considerou que uma actividade de limpeza, ainda que desempenhada por uma única funcionária e praticamente sem equipamentos, poderia corresponder a uma unidade económica à luz da Directiva, no Acórdão *Süzen*, o Tribunal sufragou um entendimento mais exigente, nos termos do qual nas actividades que repousam essencialmente em mão-de-obra, deve verificar-se a passagem da maioria dos trabalhadores para que essa unidade mantenha a sua identidade²⁸⁹.

Priorizava-se, desta forma, um dos elementos contidos no “método indicário” do caso *Spijkers*, nomeadamente o da tipologia do objecto negocial. Neste contexto, o Tribunal procedeu a um distinguo entre actividades assentes em mão-de-obra ou em equipamentos²⁹⁰: enquanto nas primeiras a manutenção do pessoal se mostrava especialmente importante, as últimas careciam de um conjunto de meios corpóreos sem o qual podiam ser descharacterizadas. A sua abrangência pelo âmbito da Directiva dependia, portanto, da verificação em concreto da transferência não somente dos membros efectivos ou de outros géneros de elementos, mas também daqueles bens²⁹¹.

²⁸⁸ Caso *Süzen*, nºs 13, 15 e 22. A partir do estabelecido no nº 18 deste Acórdão, o Tribunal de Justiça passou, também, a valorar os métodos de produção e de exploração utilizados na actividade económica transmitida.

²⁸⁹ Segundo Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 598, “this test enables transferees to avoid their obligations under the Directive: if few assets are transferred the transferee can avoid the Directive by refusing to employ the ‘major part’ of the workforce. This test renders the Directive in many cases a ‘voluntary obligation’, contrary to the spirit of a Directive designed to give employment protection”.

²⁹⁰ Escreve John McMullen, “Leaving a Legacy”, p. 139, “the Spijkers test was reduced to consideration of these two main factors, assets and labour”.

²⁹¹ Cf. Caso *Süzen*, nº 14.

A retórica argumentativa do Tribunal de Justiça receberia, sem surpresa, reparos críticos por parte da doutrina especializada, sobretudo pelos efeitos nefastos que dela decorrem para a protecção das prescrições mínimas consignadas na Directiva. Escreve Catherine Barnard:

the classification of whether a transfer is assets or non-assets based is crucial. If it is non-assets based the transferee can circumvent the provisions of the Directive by refusing to take on the majority of the staff; if it is assets-based the transferee can circumvent the provisions of the Directive by refusing to take on the majority of the assets²⁹².

Assinale-se, ainda, que essa dicotomia não só se revelava mais facilmente descortinável em alguns casos do que em outros, como por vezes conduzia a soluções desajustadas. É o que sucede, por exemplo, na situação das carreiras de autocarro, sem os quais a manutenção identitária da unidade económica pode ser posta em causa. Neste sentido se pronunciou o Tribunal de Justiça no controverso Acórdão *Liikenne*, relativo à adjudicação de serviços de autocarros via concurso público. Na operação transmissiva, a maioria dos condutores foi recrutada pela entidade adjudicatária, não tendo sido, contudo, acompanhada por qualquer transferência de veículos nem de outros activos relacionados com a exploração da actividade em causa. Aqui, o Tribunal concluiu pela não aplicação da Directiva, sustentando para o efeito que:

num sector como o do transporte público regular em autocarro, em que os elementos corpóreos contribuem de maneira importante para o exercício da actividade, a ausência da transferência a um nível significativo do antigo para o novo titular do contrato de tais elementos, indispensáveis para o bom funcionamento da entidade, deve levar a que se considere que esta última não conserva a sua identidade²⁹³.

²⁹² Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 598. Na mesma linha, John McMullen, “Leaving a Legacy”, p. 139, sublinha que “the putative new employer can thus avoid a transfer to it by declining to take assets in the case of an asset reliant enterprise, or employees in a labour intensive function”. Para mais desenvolvimentos, v. Silvana Sciarra, *Labour Law in the Court*, p. 159; Silvia Rainone, “The Role of The Court”, p. 325.

²⁹³ V. Caso *Liikenne*, nº 42.

Como acertadamente sublinham Simon Deakin e Gillian Morri:

By dividing human and non-human assets of the entity in this way, the OY Liikenne judgement opened the way to employers framing commercial transactions so as to avoid the protective purpose of the Directive, either by declining to purchase physical plant or equipment, in a tangible assets case, or by refusing to re-employ the work force in a labour intensive case²⁹⁴.

Mas são igualmente identificáveis arrestos nos quais a aferição das actividades com fundamento na referida dicotomia também não se mostra inequívoca. Com efeito, o Tribunal defendeu, no Acórdão *Ferreira*, que numa empresa pertencente ao sector dos transportes aéreos, como era o caso da TAP, “a transferência de equipamento deve ser considerada um elemento essencial para apreciar a existência de uma transferência de estabelecimento”²⁹⁵.

A dúvida que se pode aqui colocar prende-se precisamente com o relevo dado pelo Tribunal ao equipamento. Ora, se é certo que as aeronaves representam um papel inegável no transporte aéreo de passageiros, o mesmo parece poder-se dizer quanto ao seu pessoal, nomeadamente os pilotos, na medida em que estes possuem conhecimentos e competências específicas indispensáveis à prossecução da atividade económica em apreço. A mesma questão se pode levantar, ainda, relativamente ao Acórdão *Abler*, onde se entendeu que uma actividade de *catering* se enquadrava na tipologia de actividades assentes em equipamentos²⁹⁶, muito embora seja sabido que nela o preparo e distribuição de alimentos e bebidas, *rectius*, a mão-de-obra, constituam características muito marcantes.

Um outro exemplo expressivo em que se vislumbram algumas dessas dificuldades classificatórias é o caso *Securitas*, proferido a 19 de outubro de 2017, no qual foi apreciada a conformidade de uma disposição constante da Convenção Colectiva de Trabalho portuguesa aplicável ao sector que dispunha: “não se enquadrava no conceito de transmissão de empresa ou estabelecimento a perda de cliente por parte de um operador com a adjudicação de serviço a outro operador”.

²⁹⁴ Simon Deakin / Gillian Morris, *Labour Law*, p. 239. Veja-se, também, John McMullen, “Leaving a Legacy”, p. 140, que caracteriza a decisão do Tribunal de Justiça proferida no caso *Liikenee* como injusta.

²⁹⁵ Caso *Ferreira*, nº 29.

²⁹⁶ Cf. Caso *Abler*, nº 36.

Para o Tribunal de Justiça, o artigo 1º, nº 1, da Directiva 2001/23 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional, como a que está em causa no processo principal”, considerando abrangido portanto no conceito de transferência:

uma situação em que um contratante resolveu o contrato de prestação de serviços de vigilância e de segurança das suas instalações celebrado com uma empresa e, em seguida, para a execução dessa prestação, celebrou um novo contrato com outra empresa, que recusa integrar os trabalhadores da primeira, quando os *equipamentos* indispensáveis ao exercício da referida prestação foram retomados pela segunda empresa²⁹⁷.

Note-se, de todo o modo, que no caso *sub judice*, os trabalhadores transferidos continuaram a utilizar apenas o equipamento de rádio que haviam recebido do transmitente antes da transmissão, e que o transmissário só lhes havia fornecido os uniformes²⁹⁸. Importava então determinar, à luz da jurisprudência anterior, se uma actividade de segurança assentaria em equipamento. No entanto, o Tribunal não se pronunciou sobre o ponto, optando antes por remetê-lo à consideração da judicatura portuguesa²⁹⁹.

A interpretação conformadora do Tribunal de Justiça sobre esta temática demonstra que quanto maior forem os critérios de aferição da existência e de manutenção identitária da unidade económica, menor tende a ser o universo de situações abrangido pelo âmbito de aplicação daquele desiderato, e consequentemente a função tutelar do direito do trabalho éposta em causa.

Toda a complexidade em torno dessa matéria parece ainda potenciada pela utilização de conceitos indeterminados, cuja concretização nem sempre se revela viável. Nesta senda merece destaque o Acórdão *Jouini*, no qual o Tribunal de Justiça afirmou que, para efeitos de aplicação da Directiva dos Direitos Adquiridos, a transferência deve incidir sobre um conjunto *organizado* de pessoas e bens, estabelecendo contudo de seguida que esse conjunto não tem necessariamente de assentar numa *organização* própria, uma vez que aquilo que se impõe na aferição de transferência é a existência

²⁹⁷ Caso *Securitas*, nº 39.

²⁹⁸ Cf. caso *Securitas*, nºs 13 e 14.

²⁹⁹ V. caso *Securitas*, nº 33.

de um conjunto *operacional* de pessoas e bens³⁰⁰. No caso *Scattolon*, o Tribunal Enfatizou, também, que a unidade económica transferida deve não apenas ser autónoma, como também independente, sem no entanto realizar a distinção entre autonomia e independência³⁰¹.

Estas formulações, desenhadas a partir de (e tendo em vista casos concretos, com contornos muito precisos, não 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 interessantes³⁰². Mas nesta sede específica do que seja ou não transferência, recordamos, ainda, o recente Acórdão *OSL Bus*³⁰³, cujo circunstancialismo fáctico em muito se assemelha ao do referido caso *Liikenne* – exploração de uma carreira de autocarros sem a retoma destes pela entidade adjudicatária.

À imagem do defendido no contexto do Acórdão *Liikenne*, tanto a entidade patronal como a Comissão sustentavam que o caso que agora nos ocupa não seria subsumível ao âmbito de aplicação da Directiva, na medida em que não se verificara a transferência dos autocarros para o adquirente.

Esse argumento não seria acolhido, no entanto, pela Advogada-Geral Eleanor Sharpston. Ao invés, ela começou as suas *Conclusões* por explicitar o nódulo problemático verdadeiramente em causa no litígio:

a dificuldade, aqui, consiste em estabelecer de que forma deve ser aplicado o referido critério, em particular, na determinação da importância que deve ser atribuída aos vários fatores que fazem parte dessa avaliação. Parece-me que não se trata simplesmente de uma questão de saber se os trabalhadores ou os elementos corpóreos (os autocarros) foram transferidos para a nova

³⁰⁰ Caso *Jouini*, nºs 31-33.

³⁰¹ Cf. Caso *Scattolon*, nº 51.

³⁰² Sobre a evolução jurisprudencial nesta matéria, e além dos já citados casos *Spijkers*, *Daddy's Dance Hall*, *Sophie Richting Redmond*, *Schmidt*, *Tenco*, *Collimo*, *Piscarreta*, *Allen*, *Liikenne* e *Securitas*, referidos em texto, vejam-se os casos *Ny Molle Kro* (processo C-287/86); *Bork* (processo C-101/87); *Rask* (processo C-209/91); *Stro Molle* (processo C-48); *Merckx* (processo C-172/94); *Süzen* (processo C-13/95); *Hernandez Vidal* e outros (processos apenas C-127/96, C-229/96 e C-74/97); *Hidalgo* (processo C-173/96); *Didier*; *Abler* e outro; *Celtic* (processo C-478/03); *Securico* (processo C-232/04); *Jouini*; *Klarenberg*; *UGT*; *Albron*; *Clece*; *Scattolon*; *Amatori*; *Ferreira*; *ADIF*; *Somosa* (processo C-60/17); *Dodic* (processo C-194/18); *Ellenik* (processo C-644/17); *OSL Bus* (processo C-298/18). Um panorama atento sobre a jurisprudência comunitária pode ver-se no importante estudo de Silvia Rainone, *The Role of the Court of Justice*.

³⁰³ Sobre o caso *OSL*, cf. John McMullen, “Leaving a Legacy”, pp. 141-4.

operadora. Pelo contrário, o ponto de partida de qualquer avaliação deve ser o objetivo da Directiva 2001/23, que é proteger os trabalhadores em caso de mudança de entidade patronal, especialmente para assegurar os seus direitos (...). Assim, a determinação da questão de saber se a identidade da entidade em causa é mantida e a avaliação dos factos e circunstâncias envolventes devem ser efetuadas em conformidade com esse objetivo central.

O mero facto de a transferência de elementos corpóreos ser um dos factores referidos não permitia concluir que, caso esta não tivesse ocorrido, não existia uma transferência de empresa. O Tribunal de Justiça recordou que já tinha declarado, no Acórdão Spijkers, que este fator não era, por si só, determinante. Como tal, concluiu que o objetivo da Directiva, nomeadamente a proteção dos trabalhadores, não pode depender apenas da tomada em consideração deste fator³⁰⁴.

Em sintonia com a Advogada-Geral, o Tribunal de Justiça, além de estabelecer que a retoma dos autocarros não deve ser perspectivada como único factor determinante da transferência de uma empresa”, afirmou que a inexistência dos meios de exploração Não obsta necessariamente a qualificação da retoma da actividade³⁰⁵. Em contraste com o seu entendimento anterior, o Tribunal precisou que a retoma do essencial dos motoristas:

deve ser considerada uma circunstância de facto a ter em consideração para qualificar a operação em causa de transferência de empresa. A este respeito, resulta dos factos em causa no processo principal que o pessoal retomado pela nova operadora está adstrito às mesmas tarefas ou a tarefas semelhantes e dispõe de qualificações e competências específicas indispensáveis à prossecução, sem interrupção, da atividade económica em causa³⁰⁶.

Esta decisão revela-se, pois, particularmente importante na problemática sobre a delimitação de transferência, desde logo por ter “mitigado” a doutrina inicialmente firmada no caso *Süzen*, concretamente quanto à ênfase dada pelo Tribunal em somente dois elementos de apreciação, como seja a retoma pelo transmissário de equipamentos ou de mão-de-obra. Pode com isto dizer-se que o peso dos demais elementos do método indi-

³⁰⁴ Caso OSL, nº 31, 33 e 37.

³⁰⁵ Caso OSL Bus, nºs 30 e 35.

³⁰⁶ Caso OSL Bus, nº 40.

ciário do caso Spijkers também poderão vir a ser valorados pelo Tribunal no futuro, reconhecendo este último a complexidade e especificidade inerentes a certas actividades³⁰⁷.

Recorde-se, por último, o Acórdão Strong Charon, prolatado pelo Tribunal de Justiça a 16 de Fevereiro de 2023³⁰⁸. Trata-se de mais um caso de adjudicação de serviços de segurança em Portugal. De modo impressivo, o Tribunal de Justiça sublinhou que tal actividade:

pode ser considerada uma actividade que assenta essencialmente na mão de obra e, por consequência, um conjunto de trabalhadores que executa de forma duradoura uma actividade comum de vigilância pode, na falta de outros fatores de produção, corresponder a uma entidade económica”. Para tal, revela-se necessário que “a identidade desta última seja mantida além da operação em causa, o que pode ser o caso quando a entidade económica em questão pertence a um setor que assenta essencialmente na mão de obra e o essencial dos efectivos dessa entidade, em termos de número e de competência, for integrado pelo alegado cessionário³⁰⁹.

Se no caso *Securitas* o Tribunal de Justiça pôs a tónica na retoma, pela entidade transmissária, do equipamento necessário à prossecução da actividade de vigilância, desvalorizando, parece, a manutenção do pessoal, no arresto em apreço, o Tribunal acabaria por retomar o seu entendimento jurisprudencial anterior, ao considerar a reintegração dos efectivos como determinante na aferição da manutenção da identidade desse gênero de actividades.

Interessa igualmente notar que o Tribunal, apesar de frisar que só um dos trabalhadores da Strong Charon havia sido reintegrado pelo cliente desta para assegurar a prossecução dos serviços de vigilância, sem que se pudesse daí deduzir que “o vigilante em questão tinha competências e conhecimentos específicos necessários para assegurar a prestação desse serviço”, enfatizou que caso a judicatura portuguesa verificasse que “o referido vigilante não tinha essas competências ou conhecimentos específicos, há que concluir que não se pode considerar que a (entidade cliente)

³⁰⁷ Neste sentido, v. John McMullen, “Leaving a Legacy”, p. 144.

³⁰⁸ Processo nº C-675/21, Strong Charon – Soluções de Segurança SA contra 2045 – Empresa de Segurança, SA

³⁰⁹ Cf. caso *Strong Charon*, nº 53.

tenha reintegrado o essencial dos efectivos, em termos de número ou de competências”³¹⁰.

Daqui parece poder inferir-se que a reintegração pelo transmissário de um único trabalhador constitua uma circunstância susceptível de ser abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva, com tanto que se confirme, em concreto, que esse trabalhador possui conhecimentos e competências específicas para assegurar a prestação da actividade económica. Se assim for, o Tribunal estará a adoptar uma abordagem emancipatória do direito do trabalho.

Estas diversificadas opções tomadas em torno da *Directiva dos Direitos Adquiridos* são um bom “barómetro” das tensões que tocam na complexa interação entre o direito do trabalho da União Europeia e o direito do trabalho nacional, a qual, sublinhe-se, apesar de não estar confinada a este domínio jurídico específico, nele revela uma ambiguidade genética e cristalina, uma vez que o legislador europeu assume a promoção de uma tutela efectiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores neste espaço assimétrico que se assume como (ou pretende ser também) um “espaço de liberdade, justiça e segurança”, mas que é constitutivamente um espaço de mercado único, assente nos mecanismos concorrenciais e insitamente competitivo.

Na verdade, o direito do trabalho da União Europeia esteve desde o início condicionado pelo imperativo premente de *harmonizar* e, por isso, “continua a retirar o seu fundamento da necessidade de regular dentro de determinados parâmetros o funcionamento do mercado único, por forma a evitar que as diferenças de regulamentação entre os Estados-membros possam provocar fortes distorções em termos de concorrência económica” e, também em função disto, “continua em parte refém da construção do mercado comum”³¹¹.

De facto, as tensões que se constatam na interacção entre as ordens jurídicas comunitária e nacional no domínio laboral decorrem, em certa medida, do próprio horizonte de fundo pretendido, ou seja, o de promover uma estratégia de *harmonização mínima*³¹², como aliás tem sido reiterada-

³¹⁰ Acórdão *Strong Charon*, nº 58.

³¹¹ Francisco Liberal Fernandes, “Aspectos da interferência”, p. 456.

³¹² Sobre o ponto, v. Amandine Garde, “Partial Harmonisation”, p. 173 e ss.; Catherine Barnard/Simon Deakin, “Negative and Positive Harmonization”, p. 389 e ss. As tensões entre a ordem comunitária e as ordens domésticas alargam-se, aliás, a outros pontos, como o da

mente invocado e teorizado na casuística do Tribunal de Justiça no panorama da transmissão de unidade económica. Dele resulta, aliás, um cenário heterogéneo no que diz respeito à mediação da Directiva pelas legislações domésticas. Um estudo comparatístico aturado traria, por certo, um horizonte mais aprofundado sobre o conceito de unidade económica; não sendo possível fazê-lo nesta sede³¹³, vale a pena, de todo o modo, recordar algumas soluções que se perfilam no panorama europeu.

2. Algumas notas de direito comparado

a) Alemanha

No contexto germânico, à imagem da Directiva 2001/23/CE, um negócio transmissivo para fins de aplicação do §613a do BGB poderá incidir quer sobre a totalidade da unidade funcional (*Funktionseinheit*), quer ainda sobre parte desta. Para tal, o intérprete-julgador deverá aferir casuisticamente a preservação identitária da unidade no transmissário com base nos sete elementos indiciários supramencionados, emergentes do caso *Spijkers*.

Saliente-se, no entanto, que a jurisprudência do *Bundesarbeitsgericht* considera não haver transmissão da unidade funcional nas hipóteses de *outsourcing* quando não se der a transferência dos efectivos da empresa beneficiária, nem dos seus instrumentos de trabalho, afastando-se nesta medida da jurisprudência do Tribunal de Justiça³¹⁴.

b) Áustria

De modo semelhante, o regime transmissivo austríaco, regulado pela sec. 3 do *Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz*, é aplicável na hipótese de trans-

articulação entre os distintos regimes nacionais, designadamente em matéria de lei aplicável no caso de transmissão transfronteiriça de empresas. Sobre o ponto, v. Diana Niksova, “Cross-Border Transfers of Undertakings”, p. 201 e ss.; Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, pp. 25 e ss.; Júlio Gomes / António Carneiro da Frada, “Algumas questões – e poucas respostas – sobre a transmissão transfronteiriça de unidade económica”, pp. 131 e ss. Para mais desenvolvimentos, v. o relatório da Comissão Europeia intitulado “Study on the application of Directive 2001/23/EC to Cross Border Transfers of Undertakings”, disponível em linha (http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/documentation_en.htm).

³¹³ Para uma visão alargada da situação internacional, v. Jens Kirchner / Sascha Morgenroth / Tim Marshall (eds). *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, 2016.

³¹⁴ Sobre este ponto, cf. Jens Kirchner / Sascha Morgenroth, “Germany”, p. 208 ss.

ferência global ou de apenas parte da unidade funcional, a qual deverá consistir num conjunto organizado de bens tangíveis e intangíveis com vista à execução de tarefas e operações económicas. Também aqui, a judicatura austriaca socorre-se do método indiciário do caso *Spijkers* para determinar, caso a caso, se ocorreu ou não uma transmissão da unidade funcional³¹⁵.

c) Bélgica

A transmissão de empresa ou estabelecimento nos termos da legislação belga (CBA, nº 32) deve envolver uma unidade técnica (*unité technique d'entreprise, technische bedrijfseenheid*) que mantenha a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela principal ou acessória. A definição de unidade técnica assenta num critério económico e outro social, os quais permitem avaliar, respectivamente, se as funções desta têm autonomia económica – independente de outra parte da empresa – e/ou constitui uma unidade com autonomia social – que congrega trabalhadores de outras partes da empresa. Quando o intérprete-julgador é confrontado com dúvidas acerca da subsunção de tais critérios definitórios no caso *sub judice*, o critério social sempre prevalece³¹⁶.

d) Itália

No direito italiano, os elementos essenciais da transmissão de empresa referem-se à “pré-existência de uma entidade organizada capaz de produzir bens ou fornecer serviços, bem como à manutenção da identidade desta na esfera jurídica do transmissário” (artigo 2112º do Código Civil). Após a transmissão, o adquirente é “livre para modificar a organização produtiva” e, eventualmente, “integrá-la naquela que já detinha”. Estas condições são exigidas para evitar casos de fraude, designadamente aqueles nos quais o transmitente cria uma filial com a pretensão específica de que ela seja transferida, ou altera a organização e funcionamento de uma filial pré-existente para depois a transmitir, em detrimento dos trabalhadores por ela afectados. Além disso, actividades acessórias sem autonomia organizativa não se enquadram na tipologia de parte de empresa para efeitos do preceito italiano³¹⁷.

³¹⁵ Com mais desenvolvimentos, cf. Stephan Nitzl / Christian Stuppnig, “Austria”, pp. 41 ss.

³¹⁶ Para mais desenvolvimentos, v. Eddy Lievens, “Belgium”, p. 68 ss.

³¹⁷ Nestes termos, Fabrizio Morelli, “Italy”, p. 264.

e) Polónia

Na Polónia, o regime da transmissão resultante da transposição da Directiva 2001/23 vem enunciado no artigo 23º do Código do Trabalho, que difere significativamente do normativo comunitário. Com efeito, a solução polaca aplica-se a todos os “empregadores”, incluindo empresas públicas, ao passo que a Directiva se refere a empresas ou estabelecimentos que prossigam uma actividade económica. Por outro lado, e diversamente do direito comunitário, a lei e a jurisprudência polacas não exigem a manutenção identitária da unidade económica após a transmissão, sendo portanto mais abrangente que a Directiva³¹⁸.

O direito português

No panorama português, o quadro normativo conheceu profundas alterações, com a Lei nº 14/2018, de 19 de Março, a qual parece ter acolhido uma definição que vai ao encontro de parte da doutrina aludida, bem como da jurisprudência³¹⁹. Nos novos termos do artigo 285º, nº 5 do Código do Trabalho:

³¹⁸ Agnieszka Lichman-Filipiak / Katarzyna Magnuska, “Poland”, p. 335.

³¹⁹ No sumário do Acórdão do STJ de 25 de Fevereiro de 2009 (processo nº 08S2309) lê-se o seguinte: “O conceito de “estabelecimento” (ou empresa) para efeitos do artigo 37º da LCT abrange, quer a organização afecta ao exercício de um comércio ou indústria, quer os conjuntos subalternos que correspondem a uma unidade técnica de venda, de produção de bens, ou de fornecimento de serviços, desde que a unidade destacada do estabelecimento global constitua uma entidade produtiva autónoma, com organização específica: uma unidade económica. Da aplicação do critério material de unidade económica resulta a irrelevância quer da transmissão de elementos patrimoniais isolados, não agregados entre si, quer da transmissão de bens, interligados ou não, mas não essenciais ou não destinados à prossecução de uma determinada actividade económica. Para determinar se a entidade económica subsiste na esfera do transmissário como um conjunto de meios organizados com suficiente autonomia para poder funcionar de forma independente no mercado (uma unidade económica), há que ponderar a globalidade das circunstâncias em que se processaram os factos susceptíveis de indicar a transferência do estabelecimento”. Ainda na parte decisória do aresto, alinhavou-se o seguinte: “O conceito de unidade económica, para este efeito, é definido no direito comunitário (em termos que ficaram no essencial a constar do artigo 318º nº 4, do Código do Trabalho de 2003 e do artigo 285º, nº 5, do Código do Trabalho de 2009) como um conjunto de meios materiais e humanos organizados para o exercício de uma actividade económica, principal ou acessória, que mantém a sua identidade [artigo 1º, nº 1, al. b), da Dir. 2001/23]. Adoptou-se com esta definição um critério material em que avultam dois elementos (31): um organizatório – a entidade económica apresenta-se como um complexo organizado de bens e/ou de pessoas; um funcional – esse complexo organizado de meios visa prosseguir uma

considera-se unidade económica o conjunto de meios organizados que constitua uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa e que mantenha identidade própria, com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória.

Da comparação entre a anterior e a actual formulação normativa, verifica-se a inclusão dos seguintes elementos: I) unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa; II) identidade própria³²⁰. Parece aqui ressaltar o escopo de evitar situações fraudulentas conforme se aludiu acima, isto é, que um grupo de trabalhadores possa por si só, desacompanhado de mais elementos produtivos ou organizatórios, constituir uma unidade económica.

Razão de ordem

Tendo analisado o âmbito de aplicação pessoal e material do regime da transmissão da unidade económica previsto na Directiva dos Direitos Adquiridos, apontando oportunamente algumas pistas que permitam imergir na panóplia de problemas que ele envolve não só em função do arquétipo da harmonização, mas também da interpretação (conformadora) do Tribunal de Justiça, bem como os reflexos disto na sua (diversificada) mediação por alguns Estados-membros, passamos agora a debruçar-nos sobre os seus efeitos nas relações de trabalho. Fazemo-lo em três momen-

actividade económica”. V. também o acórdão do STJ de 24 de Fevereiro de 2010 (processo nº 78/1998.S1).

³²⁰ De acordo com Júlio Gomes, “Algumas reflexões críticas sobre a Lei nº 14/2018 de 19 de Março”, pp. 89-90, “a unidade económica tem, agora, que estar dotada de autonomia técnico-organizativa e de manter a sua identidade durante a transmissão. Uma vez que a unidade económica não se reduz à mera atividade, a exigência de que o conjunto de meios organizados tenha uma certa autonomia corresponde ao direito europeu e ao entendimento do TJ, desde que se tenha presente que a unidade económica tem que manter a sua identidade, mas não necessariamente a sua autonomia técnico-organizativa para que se possa falar em transmissão. Em suma, autonomia e identidade da unidade económica não se confundem e o que se exige para que se possa falar em transmissão é que a unidade económica mantenha a sua identidade, podendo conservar, ou não, a sua autonomia”. Ainda sobre este ponto, A. Meneses Cordeiro, *Direito do Trabalho – II – Direito individual*, 2019, p. 780, ancorado na jurisprudência nacional, escreve: “a transmissão, para ter eficácia laboral, deve reportar-se a algo que reúna um mínimo de elementos humanos e materiais funcionalmente organizados (...). Tais meios devem estar ordenados de modo estável, que mantenha a sua identidade e seja dotado de autonomia, com vista à prossecução de uma atividade económica que perdure, na entidade transmissária”.

tos: no primeiro, considerando os contributos da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o direito de oposição do trabalhador à transmissão automática do seu contrato de trabalho para o adquirente, que constitui, tal como dissemos, mais um ponto de “fractura” no processo de harmonização normativa do ramo juslaboral; num segundo, convocando novamente algumas das soluções de outros ordenamentos jurídicos europeus, numas brevíssimas notas de direito comparado; por fim, apoiados na e em diálogo com a literatura jurídica portuguesa (doutrina e judicaturas), considerando ainda o tema do direito de oposição no quadro português, a partir da sua consagração legal em 2018.

3. Manutenção das condições de trabalho

A *Directiva dos Direitos Adquiridos* integrou alguns elementos da dimensão social que a Comunidade, entretanto, encetara por meio dos seus diversos instrumentos de direito derivado. Cite-se, por exemplo, o estabelecimento da manutenção das estruturas de representação colectiva dos trabalhadores, e a imposição de informação e consulta pelo empregador daquelas estruturas ou, subsidiariamente, dos próprios trabalhadores afetados pelo negócio transmissivo³²¹ – soluções que encontrariam reduzida ressonância jurisprudencial ao nível comunitário³²². De forma assaz contrastante, as disciplinas concernentes à manutenção das condições de trabalho emergentes de um contrato ou de uma relação de trabalho, bem como de convenções colectivas de trabalho; à protecção contra despedimentos fundados apenas na transmissão da unidade económica; e ainda a permissão da adopção de prescrições nacionais mais favoráveis aos trabalhadores, além de terem sido amplamente debatidas na doutrina e na jurisprudência, constituem observatórios privilegiados sobre o modelo articulatório da harmonização, pelo que analisaremos cada uma delas. para mais fácil visualização, transcrevemos aqui as disposições da Directiva relevantes para a nossa reflexão.

³²¹ Na jurisprudência da União Europeia, identificamos somente dois Acórdãos relacionados com a informação e a consulta das estruturas de representação dos trabalhadores, nomeadamente os proferidos no caso *Comissão contra Reino Unido e Irlanda do Norte* (processo C-382/92) e no caso *UGT*.2

³²² Na jurisprudência da União Europeia, identificamos somente dois Acórdãos relacionados com a informação e a consulta das estruturas de representação dos trabalhadores, nomeadamente os proferidos no caso *Comissão contra Reino Unido e Irlanda do Norte* (processo C-382/92) e no caso *UGT*.2

Artigo 3º

1. Os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência são, por esse facto, transferidos para o cessionário.

Artigo 4º

1. A transferência de uma empresa ou estabelecimento ou de uma parte de empresa ou de estabelecimento não constitui em si mesma fundamento de despedimento por parte do cedente ou do cessionário. Esta disposição não constitui obstáculo aos despedimentos efectuados por razões económicas, técnicas ou de organização que impliquem mudanças da força de trabalho.

Artigo 8º

A presente directiva não afecta a faculdade de os Estados-membros aplicarem ou introduzirem disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores ou de favorecerem ou permitirem a celebração de convenções colectivas ou acordos entre parceiros sociais que sejam mais favoráveis aos trabalhadores.

3.1. Direito de oposição do trabalhador

Conforme se recordou acima, os contratos de trabalho e as relações de trabalho incluem-se no conteúdo da disposição transmissiva. Uma vez preenchidos os requisitos da “transferência”, o transmissário passa a ocupar a posição de empregador nas relações laborais da unidade económica adquirida. Mas significa isto dizer que os trabalhadores afectados pelo negócio são, à imagem dos bens do estabelecimento, meros destinatários das decisões das entidades intervenientes nessa operação, ou, ao invés, poderão eles recusarem-se ou oporem-se à transmissão automática ou *ope legis* do seu vínculo empregatício, e podendo, em que termos esse direito deverá ser exercido e quais as consequências jurídicas daí advinientes.

A temática tocante ao direito de oposição do trabalhador à transferência do seu contrato para a entidade transmissária – não recebeu qualquer referência explícita na Directiva dos Direitos Adquiridos, que visava, como se viu, promover a harmonização das ordens jurídico-laborais domésticas. Todavia, a realidade da vida prática, sempre mais multiforme que a estatuição do mais atento legislador, traria esse nódulo problemático para a ordem do dia, como, ponto que merece ser realçado, as diferenciadas respostas no quadro dos direitos nacionais impulsionariam as instâncias judiciais

domésticas a interpelar o areópago europeu sobre a questão, conformando assim a própria evolução jurídica, como veremos de seguida.

Não deriva da Directiva originária (77/187/CEE) ou das suas emendas que aos trabalhadores da unidade económica transferida seja facultado oporem-se à transmissão *ope legis* dos seus contratos de trabalho para o empregador transmissário, mantendo-se vinculados ao seu primitivo empregador (transmitente), ainda que à revelia ou mesmo com recusa deste. Na verdade, a previsão expressa desta garantia não era sequer esperável, pois, como referimos, o interesse primacial desta legislação prendeu-se com a construção do mercado comum, onde as fusões e aquisições de empresas ou de suas partes assumiam um relevante papel. Por outro lado, a competência para legislar em matéria laboral estava inicialmente circunscrita ao âmbito doméstico, daí a Directiva ter sido adoptada ao abrigo de um desiderato de “aproximação”.

Não se pode ignorar, todavia, a profunda dimensão social implicada nas relações laborais, tanto individuais como colectivas, bem como a necessidade (aliás, expressamente afirmada em tantas ocasiões nos textos da União Europeia) de salvaguardar as garantias laborais, de que o considerando terceiro da Directiva dos Direitos Adquiridos é apenas um exemplo: “é necessário adoptar disposições para proteger os trabalhadores em caso de mudança de empresário especialmente para assegurar a manutenção dos seus direitos”.

Julgamos que a problemática em torno do direito de oposição constitui um ponto que toca no *desequilíbrio estrutural* da relação de trabalho, sendo que a resposta quanto a sua existência ou inexistência depende, em última instância, daquilo que a Directiva dos Direitos Adquiridos procura verdadeiramente alcançar. Deste modo, se aos trabalhadores não for permitido o direito de oposição, isto significa que a dimensão social da Directiva é apenas subsidiária das finalidades económicas, e a prevalência destas últimas implicaria inferir que a transmissão dos contratos de trabalho é tida por essencial para assegurar que a empresa do transmissário tenha as condições para funcionar eficientemente e por isso devem ser transmitidos juntamente com o negócio de modo a alavancar o mercado comum europeu. Em contraste com esta orientação, caso os trabalhadores disponham do direito de oposição, o fim social da Directiva é visto como um objetivo superior e deste modo desenha-se uma distinção entre a transferência do negócio e a transferência dos contratos.

Num primeiro momento, a desobrigação dos trabalhadores em seguir o seu contrato com o transmissário despontaria como um dado inequívoco na alcada do areópago do Luxemburgo, o qual tratou de alguns efeitos da transferência da unidade económica na relação laboral no caso *Berg*, cuja factualidade pode ser resumida do seguinte modo:

Em 1982, os trabalhadores H. Berg e J. Busschers foram contratados para desempenhar funções, a tempo parcial, na discoteca pertencente à I. Besselsen. No ano seguinte, esta última cedeu a exploração do estabelecimento, por meio de um contrato de locação-venda, à Summerland BV.

Pouco tempo depois, os trabalhadores reclamaram em juízo a condenação da entidade transmitente e transmissária no pagamento de ordenados em atraso, pretensão que lhes foi reconhecida.

Paralelamente a isto, a pedido da transmitente I. Besselsen, o Tribunal declarou a rescisão dos contratos de trabalho em causa, por incumprimento da entidade transmissária. Já no tribunal *recursal*, a sentença condenatória relativa ao pagamento das remunerações em favor dos dois trabalhadores foi anulada, pelo que Berg e Busschers recorreram desta decisão para o tribunal *ad quem* (Hoge Raad), o qual resolveu suspender a instância e reenviar ao Tribunal de Justiça a seguintes questões prejudiciais:

O nº 1 do artigo 3º da Directiva 77/187 deve ser interpretado no sentido de que, após a transferência da empresa, o cedente deixa de ser responsável pelo cumprimento das obrigações resultantes do contrato de trabalho?

Em caso de resposta afirmativa, o consentimento do trabalhador é necessário para que o cedente seja exonerado da sua responsabilidade?

Em caso de resposta negativa, esse efeito pode ser impedido por *oposição* do trabalhador, com a consequência de este último dever considerar-se como permanecendo ao serviço do cedente?

No que se refere a este ponto específico, os trabalhadores alegavam que, havendo transmissão da empresa, o transmitente só ficaria desresponsabilizado das suas obrigações para com os seus funcionários, mediante o consentimento destes.

Em sentido diverso, as outras partes intervenientes no litígio defendiam que essa desobrigação independeria da vontade dos trabalhadores transmitidos, e que uma eventual oposição por parte dos mesmos não levaria implicada a manutenção dos vínculos com o empregador transmitente.

Por seu turno, o Advogado-Geral Federico Mancini acolheu a posição da Comissão e do governo do Reino Unido, sustentando:

Em direito comunitário, quem cede uma empresa fica exonerado das suas obrigações para com os trabalhadores cedidos, com ressalva das derrogações previstas pela legislação nacional aplicável; a assunção dessas obrigações pelo cessionário se efectua independentemente do consentimento dos trabalhadores cedidos e não pode ser impedida pela oposição destes³²³.

Se assim não fosse, o escopo da directiva – *favorecer a mobilidade das empresas salvaguardando os direitos do seu pessoal* – seria frustrado pela necessidade de obter o consentimento prévio de todos os trabalhadores interessados³²⁴.

Em linha com a posição do Advogado-Geral, o Tribunal de Justiça proferiu a sua decisão nos seguintes termos:

O nº 1 do artigo 3º da Directiva 77/187, relativa à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, deve ser interpretado no sentido de que, após a data da transferência, o cedente fica exonerado das suas obrigações resultantes do contrato ou da relação de trabalho pelo simples facto da transferência, ainda que os trabalhadores da empresa não consintam nisso ou se lhe oponham, sob reserva, todavia, da faculdade dos Estados-membros de imporem a responsabilidade solidária do cedente e do cessionário após a data da transferência³²⁵.

Uma primeira e mais rasa leitura do preceito talvez pudesse levar o intérprete a concluir pela sua “incongruência” no quadro global do sistema jurídico, de modo muito particular pela dessintonia ou mesmo directa colisão com alguns princípios gerais do direito, nomeadamente o princípio civilista da imodificabilidade, o qual, como nos demais contratos, tem aplicação no âmbito do contrato de trabalho, impondo que as condições nele acordadas sejam cumpridas por ambas as partes, e proibindo a sua alteração por uma delas.

Contudo, em caso de transmissão da empresa ou do estabelecimento, a própria Directiva afasta a aplicabilidade do princípio, estabelecendo o

³²³ Conclusões do Advogado-Geral Mancini, nº 2.

³²⁴ Conclusões do Advogado-Geral Mancini, nº 2.

³²⁵ Acórdão *Berg / Besselen* (Processos apensos C-144/87 e C-145/87)

referido regime da transferência automática (a sua modificação subjetiva), sem se exigir sequer a anuência do trabalhador, a qual é suprida *ope legis*³²⁶.

Não discutimos o plano da validade da solução legal, constante da Directiva³²⁷ (e por força dela em tantos regimes legais europeus). Mas isto não significa esquecer que outras soluções seriam viáveis, como a prevista no direito sueco³²⁸, ou a perturbação que este modelo de transferência automática causou, por exemplo, no contexto inglês³²⁹, onde o consentimento do trabalhador assentava numa condição fulcral.

Anos mais tarde, o problema relativo ao direito de oposição propriamente dito viria a ser colocado perante o Tribunal de Justiça, de modo particular nos processos apenosos C-132/91 (caso *Katsikas*), C-138/91 e C-139/91 (casos *Skreb* e *Schroll*, respectivamente), os quais foram submetidos ao Tribunal de Justiça pelos tribunais de trabalho alemães em sede de reenvio prejudicial.

Como é sabido, o caso *Katsikas* tem um carácter emblemático no contexto do direito de oposição, na medida em que a doutrina nele firmada se tornou determinante na posterior jurisprudência comunitária. Recorremos o essencial dos factos que lhe deram origem.

Grigorios Katsikas era empregado como cozinheiro num restaurante explorado por Angelus Konstantinidis situado na Alemanha; por via contratual o Sr. Konstantinidis confiou ao Sr. Mitossis o encargo de dirigir o estabelecimento sob a sua orientação a partir de 2 de Abril de 1990. Neste acordo, o Sr. Mitossis assumia o compromisso de exonerar o Sr.

³²⁶ Sobre o ponto v. Milena Rouxinol, “Transmissão da unidade económica”, pp. 877-878.

³²⁷ No caso *Daddy's Dance Hall*, nº 14, o Tribunal de Justiça estabeleceu a natureza de ordem pública das disposições da Directiva, pelo que estas seriam obrigatórias e independente da vontade das partes.

³²⁸ *Lag om anställningsskydd* (Estatuto de Protecção do Trabalho), que consultámos na versão inglesa disponível na página do Governo do Reino da Suécia. Na secção 6b, relativa às situações de transmissão de estabelecimentos, dispõe-se: Notwithstanding the provisions of the first paragraph, contracts of employment and employment relationships shall not be transferred to a new employer in the absence of consent to such by the employee. (SFS 1994:1685). <https://www.government.se/government-policy/labour-law-and-work-environment/198280-employment-protection-act-lag-om-anstallningsskydd/>

³²⁹ J. McMullen, “The right to object”, p. 169: “At common law, such notion of automatic transfer of employment would interfere with the fundamental rule that an employment contract is not alienable”. Por isso, como ficou dito anteriormente, a aplicação da Directiva teve o efeito de uma bomba no contexto inglês.

Konstantinidis de todas as obrigações, em particular do pagamento de salários e ordenados, decorrentes da exploração do restaurante a partir de 1990. O Senhor Katsikas que tinha solicitado para ser empregado noutro restaurante explorado pelo Sr. Konstantinidis, sendo em seguida por este despedido, mais concretamente em 26 de Junho de 1990, alegando o Sr. Konstantinidis ter agido, nesse momento, em nome do Sr. Mitossis. Konstantinidis, alegou em sua defesa que não era já empregador à data do despedimento, uma vez que tinha transferido o estabelecimento para o Sr. Mitossis³³⁰.

O cerne da questão estava em saber se era compatível com a directiva 77/187/CEE o entendimento jurisprudencial do *Bundesarbeitsgerich*, órgão jurisdicional alemão com competência suprema no contencioso laboral, segundo o qual o parágrafo 613a do Código Civil alemão (BGB), que contempla o regime dos efeitos da transmissão da empresa nos contratos de trabalho, admitiria que o trabalhador, na hipótese de transmissão da empresa ou do estabelecimento, pudesse recusar a transferência do seu contrato de trabalho e, mesmo, quando possível na prática, impor a continuação da sua relação laboral com o cedente. Permitiria o artigo 3º da Directiva a manutenção desta linha interpretativa no direito alemão? Poderia considerar-se essa linha interpretativa como um regime mais favorável sob a alçada do artigo 7º da Directiva? Eis o essencial das questões submetidas ao Tribunal de Justiça.

A Comissão negava a existência do direito de oposição, com base nos Acordãos de 10 de Fevereiro de 1988 (*Tellerup*) e de 5 de Maio de 1988 (*Berg*), bem como de 25 de Julho de 1991 (*D'Urso*), onde se teria afirmado

³³⁰ Como se referiu, estavam apensos ao processo *Katsikas*, os processos conhecidos como caso *Scrub e Schrow*: Os senhores Skrub e Günther Schroll eram trabalhadores de cais da sociedade PCO onde desempenhavam funções de condutores e operadores de cargas, afectos essencialmente ao ramo carga-descarga de tal sociedade. A 1 de Outubro de 1990, a sociedade PCO cedeu o ramo carga-descarga da sua empresa a uma outra sociedade, Tiedemann. O Sr. Scrub e o Sr. Schrowl, por sua vez, opuseram-se, invocando o § 613 a, nº 1 do BGB, tal como vinha sendo interpretada pela jurisprudência do BAG, à transmissão da sua relação laboral para a sociedade Tiedemann, vindo a sociedade PCO, a 8 de Outubro de 1990, a rescindir os contratos de trabalhos Skreb e Schroll. Estes últimos pleitearam ao Tribunal de Trabalho de Hamburgo que o despedimento fosse declarado injustificado. Os trabalhadores alegavam para o efeito que existiam na altura suficientes postos de trabalho disponíveis. Em sede de contestação, a sociedade PCO alegou que a directiva 77/187/CEE impedia que um trabalhador se opusesse à transferência da sua relação de trabalho aquando da cessão de uma empresa.

inequivocamente que a transmissão das obrigações do cedente para o cessionário não depende da vontade das partes no contrato de trabalho, pelo que um trabalhador não poderia opor-se a tal transmissão.

O Advogado-Geral considerou, contudo, que embora do artigo 3º, nº 1, não resulte o direito de oposição dos trabalhadores, também não decorre a sua exclusão – “o direito de oposição do trabalhador, em princípio, não agrava a sua situação, bem pelo contrário”. Tal direito de oposição poderá representar uma vantagem, pois como sublinhou o Advogado-Geral, há casos em que o trabalhador tem boas razões para se recusar a prosseguir a sua relação laboral com o novo empregador: podem, por exemplo suscitar-lhe desconfiança a estratégia comercial, a solvência, a política de pessoal do cessionário. Ainda de acordo com a opinião do Advogado-Geral, haveria, portanto, que verificar em concreto se o direito de oposição era ou não uma disposição mais favorável no sentido do artigo 7º da Directiva, pois situações há em que o trabalhador poderá estar mais vulnerável a um despedimento após o exercício do direito de oposição. Refere ainda que para que o exercício de tal direito seja de facto mais benéfico ao trabalhador, uma vez que este pode optar pela recusa da transferência do seu contrato de trabalho para o adquirente, então, *a fortiori*, também tem o poder de acordar com o cedente os termos em que se dará o exercício deste direito exercido livremente e de forma ponderada, e que este acordo entre cedente e cedido deve envolver um leque de garantias mínimas em favor deste último.

Na sua decisão, o Tribunal de Justiça, invocando o caso *Danmols Inventar* (Processo C-105/84), em que se afirmara que a protecção da Directiva não se estende a trabalhadores que, por uma decisão livre e da sua iniciativa, optam não continuar a relação de trabalho com o novo empresário, sustentou que a Directiva não pode ser interpretada como obrigando o trabalhador a prosseguir a sua relação de trabalho com o cessionário. Mas a afirmação mais contundente proferida pelo Tribunal é a de que uma tal obrigação poria em causa os direitos fundamentais do trabalhador, o qual deve ser livre de escolher a sua entidade patronal e não pode, por conseguinte, ser obrigado a trabalhar para um empregador que ele não escolheu livremente. Como se explicita na decisão, “o artigo 3º, nº 1, da Directiva não obsta a que um trabalhador empregado pelo cedente à data da transferência da empresa se oponha à transferência do seu contrato ou da sua

relação de trabalho para o cessionário”³³¹, na condição de que essa decisão seja por ele livremente tomada, cabendo aos Estados-membros, quando o trabalhador exerce esse seu direito de não continuar a relação laboral com o cessionário, decidir o que sucede com o contrato de trabalho

Na hipótese em que o trabalhador decide livremente não prosseguir o seu contrato ou relação de trabalho com o cessionário, a Directiva não obriga os Estados-membros a assegurar que o contrato ou relação de trabalho será mantido com o cedente: neste caso cabe aos Estados-membros determinar a sorte reservada ao contrato ou à relação de trabalho, podendo tanto prever que nessa situação o contrato de trabalho cessa por iniciativa do trabalhador, como prever que ele cessa por iniciativa do empregador, restando ainda a possibilidade de prever que o contrato ou relação de trabalho se manterá com o cedente.

A doutrina emanada em *Katsikas* seria continuada, com afinamentos, em diversas outras decisões do Tribunal de Justiça. Assim, nos casos *Merckx e Neuhuys* *Merckx e Neuhuys*, o Tribunal reiterou:

se a directiva permite que o trabalhador fique ao serviço do novo empregador nas mesmas condições que as acordadas com o cedente, não pode ser interpretada como obrigando o trabalhador a manter a relação de trabalho com o cessionário³³².

No caso *Europièces*, de 1998, o Tribunal de Justiça explicitou: na hipótese em que

o trabalhador decida livremente não continuar o contrato ou a relação de trabalho com o cessionário, compete aos Estados-membros decidir do destino reservado ao contrato ou à relação de trabalho. Os Estados-membros podem prever que, neste caso, o contrato ou a relação de trabalho deve ser considerado como rescindido, quer por iniciativa do trabalhador quer por iniciativa da entidade patronal. Podem também prever que o contrato ou a relação de trabalho se mantenha com o cedente³³³.

A concisão das formulações do areópago do Luxemburgo em torno do direito de oposição não esconde, no entanto, a complexidade da matéria

³³¹ Acórdão *Katsikas*, nº 37.

³³² Acórdão *Merckx e Neuhuys* *Merckx e Neuhuys*, nº 32.

³³³ Acórdão *Europièces*, nº 39.

e os múltiplos problemas envolvidos, como aliás a abundante literatura tem evidenciado. Na verdade, sob enunciados aparentemente tão simples (e tão *óbvios*), ocultam-se importantes opções de fundo que entroncam em princípios basilares do direito laboral.

Como justamente enfatizou Amandine Garde:

O problema do direito de oposição deve desdobrar-se em dois planos: o plano da sua existência e o plano das consequências do seu exercício (convocando este, aliás, o plano dos modos juridicamente adequados para esse mesmo exercício)³³⁴.

Com efeito, em primeiro lugar, importa aferir da própria existência desse direito a titular pelo trabalhador afetado com a transferência da empresa em que labora – a Directiva postula que os contratos se transmitem juntamente com o estabelecimento, *automaticamente*, e em parte alguma se exige ou pressupõe o *consentimento dos trabalhadores* atingidos pelo negócio. Porém, uma coisa é não se exigir o consentimento para a validade da transmissão; outra, bem distinta, é de saber se, se o facto desse consentimento não ser necessário em termos de perfeição jurídica do negócio equivale a dizer que o direito de oposição não existe. Essa confusão de planos (a que alguns arestos da jurisprudência não foram imunes) prejudica a adequada compreensão do problema em causa. Os contratos de trabalho “passam” juntamente com a empresa; mas caso o trabalhador não queira prolongar a relação contratual com o *novo* empregador, pode *opor-se* à transmissão do *seu* contrato? Dispõe o trabalhador de um direito de oposição?

Razão tem, pois, Liberal Fernandes quando realça:

A nível jurídico não se verifica qualquer contradição de princípio entre, por um lado, afirmar-se que a simples transferência da empresa implica a transmissão automática dos direitos e obrigações decorrentes do contrato de

³³⁴ Amandine Garde, “Partial Harmonisation”, p. 175. João Reis, “O regime”, p. 204, prefere fazer uma analítica em três planos: “O primeiro plano é o da existência ou não de um autónomo direito de oposição e a questão que suscita é a seguinte: pode ou não o trabalhador opor-se à transferência do seu contrato de trabalho em caso de transmissão de empresa [...]. O segundo plano, consequência do reconhecimento do direito, tem a ver com as características dele e implica uma segunda questão: como se exerce o direito de oposição? O último plano é o dos efeitos do exercício do direito e interpela sobre a sorte do contrato de trabalho entre o trabalhador e o cedente. Qual o futuro do contrato que não foi transferido?”.

trabalho e, por outro, admitir-se que o trabalhador possa afastar esse efeito e optar por manter-se ao serviço do cedente. É que se, por um lado, a Directiva (artigo 4º, nº 1) determina que a transferência da empresa não pode constituir em si mesmo fundamento para o despedimento, por outro, mesmo que a oposição possa implicar um risco acrescido para o trabalhador de ser despedido por razões económicas, deve admitir-se, ainda assim, que é ele quem está em melhores condições para avaliar esse dano. Deste modo, negar semelhante faculdade de oposição afigurar-se-ia contrária ao fim da Directiva, já que isso significaria privar os trabalhadores de um meio que lhes permite evitar eventuais prejuízos decorrentes da mudança de empregador³³⁵.

Ora, e dizendo-o de novo com Amandine Garde:

A adequada compreensão do direito de oposição implica conciliar dois princípios à primeira vista contraditórios: por um lado, a Directiva é uma medida de política pública que não pode ser derrogada; por outro lado, há que ter em conta o princípio basilar em matéria laboral: o trabalho não é uma mercadoria (*labour is not a commodity*)³³⁶, tal como prescreve a conhecida formulação da convenção da Organização Internacional do Trabalho³³⁷.

É neste horizonte que se move o essencial da argumentação em *Katsikas*. O que emergiu foi, afinal, este problema: a norma da Directiva, que exprime uma importante *public policy* comunitária, tem natureza *imperativa*, independente, pois, da vontade das partes – cedente e cessionário não podem acordar em termos que não respeitem a disposição do artigo 3º, nem os trabalhadores podem, por causa da transmissão, renunciar em seu detrimento a direitos que tinham durante a relação laboral originária: o seu “pacote” laboral transita *qua tale* para o novo empregador³³⁸.

Mas quer isto dizer que o trabalhador está *obrigado* a aceitar a nova relação laboral? Em *Katsikas* ficou claro que a questão da alteração dos termos contratuais é uma questão de diferente natureza da questão do direito de oposição do trabalhador. A este propósito, o Tribunal de Justiça declarou que caso se negasse o direito de um trabalhador se opor a que o seu

³³⁵ Francisco Liberal Fernandes, “A transmissão”, p. 231.

³³⁶ Amandine Garde, “Partial Harmonisation”, p. 175.

³³⁷ Declaração de Filadélfia, 1944, artigo 1.

³³⁸ Assim, o TJ no caso *Berg*, nº 12. Sobre o ponto, v., ainda, Sylvaine Laulom, p. 172.

contrato fosse transferido ao adquirente da empresa onde labora, estaria a negar-se também os seus direitos fundamentais. Embora na formulação de *Katsikas* não se encontre qualquer referência expressa, Amandine Garde sustenta que a invocação dos direitos fundamentais dos trabalhadores se reporta implicitamente ao princípio de que o trabalho não é uma mercadoria³³⁹.

Não se pode negar, julgamos, que entre os corolários deste princípio se encontra reconhecer que o trabalhador não pode ser forçado a submeter-se ao poder de direcção de um transmissário que ele não teria livremente aceite como o seu empregador.

Indubitavelmente, em muitos casos a transmissão da relação laboral mostra-se mais favorável, e nesse sentido a norma comunitária serve a “manutenção das condições dos trabalhadores” e, como tal, a segurança e estabilidade do trabalho, particularmente ameaçada quando as taxas de desemprego são altas. Porém, nem sempre assim acontece, isto é, nem sempre a transferência (automática) da relação laboral serve os melhores interesses do trabalhador, como será o caso quando o trabalhador não tem confiança na capacidade negocial do transmissário ou quando existam dúvidas sobre a sua solvabilidade financeira, ou quando o trabalhador está próximo da idade da reforma e prefira pois negociar um bom acordo de rescisão em vez de começar com outro empregador, sobretudo nos casos em que a firma esteja relocalizada; ou o trabalhador pode não querer a transmissão se o pacote da reforma for menos atrativo que o anterior, uma vez que as pensões de reforma não são direitos adquiridos no sentido da Directiva, nos termos do artigo 3º, nº 4, (a); ou, ainda, caso o trabalhador não deseje ser transferido do setor público para o privado, pois isto poderia implicar uma perda de vantagens estatutárias³⁴⁰. Repetindo as palavras de Liberal Fernandes: “mesmo que a oposição possa implicar um risco acrescido para o trabalhador de ser despedido por razões económicas, deve admitir-se, ainda assim, que é ele quem está em melhores condições para avaliar esse dano”³⁴¹. Ora como sublinhou o Advogado-Geral Van Gerven nas suas *Conclusões* no caso *Katsikas*, dar aos trabalhadores o direito de oposição não piora em princípio a sua situação, pois eles provavelmente não

³³⁹ Amandine Garde, “Partial Harmonisation”, p. 178.

³⁴⁰ Assim, expressamente, Amandine Garde, “Partial Harmonisation”, p. 179.

³⁴¹ Francisco Liberal Fernandes, “A transmissão”, p. 231.

exercerão o direito de oposição se com isto incorrerem num risco sério de serem despedidos pelo transmitente³⁴².

A dissociação entre empresas e a força de trabalho que nelas labora é a manifestação da liberdade dos trabalhadores e concorre para a proteção básica desenhada pela Directiva. E, deste modo, embora a letra do artigo 3º, nº 1, da Directiva não contenha qualquer referência a um direito de oposição, a decisão de *Katsikas*, ao reconhecer que ele não está excluído³⁴³, representa, como justamente sublinha Amandine Garde, uma interpretação positiva da norma no quadro global da Directiva. Assim, os trabalhadores

têm o direito de permanecer ao serviço do transmissário, mas não têm obrigação de o fazer. A lei oferece-lhes, pois, uma alternativa, e isto é consistente tanto com a letra como com a finalidade da Directiva³⁴⁴.

O plano do reconhecimento do direito de oposição, embora decisivo, constitui apenas um plano preliminar, pois a efectiva consistência do direito depende das consequências ligadas ao seu exercício. Que significa, *realmente*, ter um direito de oposição? Dizer *apenas* que o trabalhador se pode recusar a continuar a relação laboral com o novo empregador é, na sua literalidade, uma “banalidade jurídica”³⁴⁵ – com o termo da escravatura e da servidão, juridicamente ninguém pode ser obrigado a aceitar um empregador. O problema central é, pois, bem mais que um direito de recusa ou de oposição (“o trabalhador pode vir-se embora”), mas sim o de saber se a essa *oposição* se confere uma tutela jurídica, designadamente se ela pode significar que o contrato de trabalho se mantém com o transmitente, ou ainda, se por causa da oposição o transmitente pode despedir o trabalhador ou introduzir um agravamento na sua situação laboral³⁴⁶.

Katsikas evitou esta questão: o direito de oposição não está excluído pela Directiva (sob pena de se violarem direitos fundamentais dos trabalhadores), mas a determinação dos efeitos decorrentes do exercício daquela faculdade, porque não prevista pela Directiva, deve ser regulada pelo direito interno. O Tribunal de Justiça, aliás, explicita que da Directiva nem resulta a obrigatoriedade de os Estados-membros preverem normas que garantam,

³⁴² Caso *Katsikas*, *Conclusões do Advogado-Geral*, nº 18 e 19.

³⁴³ Assim, também, as *Conclusões do Advogado-Geral* em *Katsikas*, nº 15 e 16.

³⁴⁴ Amandine Garde, “Partial Harmonisation”, p. 180.

³⁴⁵ Fernando Valdés Dal-Ré, “Transfers of Undertakings”, p. 188: “a legal banality”.

³⁴⁶ Cf. Fernando Valdés Dal-Ré, “Transfers of Undertakings”, p. 189.

em caso de oposição do trabalhador, a manutenção do seu contrato com o cedente da empresa, nem resulta a exclusão desse tipo de soluções legais. Ou seja: os Estados-membros podem prever que o contrato ou a relação de trabalho devam ser consideradas como rescindidos, quer por iniciativa do empregado quer por iniciativa da entidade patronal. Podem também prever que o contrato ou a relação de trabalho se mantenham com o cedente”³⁴⁷.

Como se vê, eis uma vez mais o modelo da harmonização em funcionamento³⁴⁸.

Não surpreende, assim, um certo sentimento de frustração em face das formulações do Tribunal de Justiça, que deixa em suspenso (sob pretexto da harmonização) as questões mais decisivas para o trabalhador e para a vida prática das empresas no contexto da União Europeia.

Se ao adoptar a Directiva, os Estados-membros não pretenderam delegar na Comunidade todos os seus poderes para regular em matéria de transmissão de empresas, pois a Directiva é (apenas) uma medida de harmonização, então a União é chamada a regular alguns certos pontos, entre os quais o direito de oposição, enquanto os Estados-membros preenchem os espaços em branco nas áreas que ou não foram directamente tratadas a nível comunitário ou expressamente deixadas para as legislações nacionais, como, no caso, o exercício do direito de oposição.

Esta neutralidade do Tribunal de Justiça deixa assim, como sublinha Amandine Garde, uma ampla margem de manobra aos Estados-membros, tornando visíveis pelo menos duas consequências nefastas do funcionamento do mecanismo da harmonização nesta matéria específica. Em primeiro lugar, a harmonização pode significar que o direito de oposição tenha mera consistência teórica, lesando-se o propósito da Directiva caso os Estados-membros recusem a complementar o direito de oposição do trabalhador com o direito de permanecer ao serviço do transmitente. É o que a autora designa por um problema de *uniformidade* da lei comunitária³⁴⁹. A segunda questão resulta do facto de uma parte do problema (a

³⁴⁷ Caso *Katsikas*, nº 36.

³⁴⁸ Como sublinha Fernando Valdés Dal-Ré, “Transfers of Undertakings”, p. 190, o TJ introduz na matéria um princípio de *laissez-faire*.

³⁴⁹ O ideal regulativo da UE é a prossecução dos respectivos objectivos pela União no seu conjunto, num acervo de igualdade de direitos e deveres dos Estados-membros, que os candidatos à adesão também devem aceitar. Todavia, na prática nem todos os Estados têm condições políticas, económicas ou sociais para estarem igualmente envolvidos no processo

existência do direito) ser tratada como um problema de direito comunitário enquanto a outra parte da mesma questão (o exercício deste direito) ser vista como um tema para as legislações nacionais – e isto constitui um problema de *lógica* do direito comunitário³⁵⁰.

Como vimos, o Tribunal de Justiça não determinou se o exercício do direito de oposição levaria necessariamente implicado que o contrato de trabalho se manteria com o transmitente, mas apoiando-se no mecanismo da harmonização reenviou para os direitos internos a resolução do problema. E várias soluções são não apenas pensáveis como existem no conspecto europeu, desde o total silêncio normativo, que as judicaturas internas procuram resolver o melhor que sabem, até regulações mais pormenorizadas, como a da lei alemã ou portuguesa, que conferem maior tutela e consistência ao direito de oposição.

É neste panorama que se justifica, julgamos, que o olhar sobre a situação portuguesa possa beneficiar de um horizonte mais alargado, densificado pelos contributos, palavras e silêncios de outros ordenamentos. Vejamos.

3.2. Uma harmonização (demasiado) parcial? Comparação de regimes

a) Direito alemão

Como referimos a propósito do caso *Katsikas*, no contexto germânico, a fase inicial do instituto do direito de oposição resultou da leitura juris-

de integração europeia. O problema agudiza-se à medida que se alarga o número de Estados-membros, actuais e prospectivos. Numa Europa que se estende do Atlântico ao Mar Negro, muito para além dos seis membros fundadores, é evidente que se torna necessário introduzir mecanismos de maior flexibilidade. Daí que, entre os princípios que regem a atribuição de competências dos Estados para a UE, encontremos o princípio da *cooperação diferenciada*. Por via deste princípio, de aplicação residual, a integração europeia conhece alguma flexibilidade, permitindo soluções jurídicas diferenciadas. Saber, porém, onde estabelecer o limite não é tarefa simples. O caso do direito de oposição é apenas mais um (bom) exemplo. E um teste fácil seria imaginar qual a resposta a dar ao Senhor Katsikas consoante ao seu problema jurídico fosse aplicada a lei francesa, ou inglesa, ou alemã, ou portuguesa.

³⁵⁰ Aliás, o caso retrata um bom exemplo dos efeitos da harmonização parcial nos diferentes países foi a interpretação de *Katsikas*. É o que se enfatiza no recentíssimo estudo de J. McMullen “The concept”, p. 109: “Sweden and the UK have interpreted *Katsikas* as calling for an express right of the employee to refuse to transfer, whereas other Member States such as Portugal and Hungary have understood the decision as giving Member States a choice whether or not to implement a worker’s right to refuse to be transferred in national law (and how to detail the legal consequences of the exercise of that right)”.

prudencial feito pelo Bundesarbeitsgericht, a partir do § 613a, nºs 1 a 4, do BGB, e que reconhecia ao trabalhador a faculdade de se recusar a prestar o seu labor ao adquirente da empresa, permanecendo, pois, vinculado ao seu primevo empregador. Este direito passou a ser consagrado em 2004, no nº 6 do mesmo preceito. Exige a lei que o trabalhador opositor reduza a escrito a sua pretensão de manter o vínculo com o transmitente no prazo de 30 dias a contar do recebimento da notificação resultante do cumprimento do dever de informação e consulta (nº 5 daquele preceito) quanto aos motivos e consequências para ele deste negócio transmissivo³⁵¹. O prazo referenciado não pode ser unilateralmente reduzido pelo empregador, todavia, admite-se o seu alargamento em favor do trabalhador por meio de acordo tripartido. Além disso, a contagem do prazo não tem início na hipótese de incompletude da informação constante da notificação devida. O trabalhador poderá exercer a oposição quer em face do transmitente quer em face do adquirente, devendo a parte informada comunicar o facto a outra parte, não havendo qualquer consequência jurídica formal no caso disto não vir a suceder. Por se tratar de um direito legalmente consignado, ele não pode ser implícita ou explicitamente derrogado. A título exemplificativo, o direito de oposição não preclude pelo mero facto de o trabalhador opositor passar a prestar a sua actividade para o adquirente, de todo o modo, são identificáveis na jurisprudência casos de abuso de direito com consequente invalidade da oposição. Com efeito, alguns tribunais germânicos consideram que o trabalhador opositor deixa de poder regressar à empresa do transmitente, caso tenha exercido o seu direito de oposição e ao mesmo tempo passado a desempenhar funções para o adquirente³⁵². Além da sua vertente individual, o direito de oposição pode ser colectivamente exercido, desde que os trabalhadores não procurem com isso obstruir a transmissão da empresa (hipótese suscetível de configurar abuso de direito)³⁵³.

b) Direito inglês

No Reino Unido admite-se o direito de oposição no mesmo sentido da Alemanha, ou seja, o trabalhador opositor poderá optar pela manutenção do

³⁵¹ BGB, § 613a (6): Der Arbeitnehmer kann dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5 schriftlich widersprechen. Der Widerspruch kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden.

³⁵² Jens Kirchner / Sascha Morgenroth, “Germany”, p. 215.

³⁵³ Jens Kirchner / Sascha Morgenroth, “Germany”, p. 216.

vínculo com o empregador transmitente³⁵⁴, ou, quando se verificar alterações das condições de trabalho em seu detimento, o contrato cessa por motivo imputável ao transmitente ou adquirente, o que poderá, por ficção, ser declarado um despedimento ilícito com as consequências que daí advêm³⁵⁵.

c) Direito austríaco

Na Áustria, não existe em termos gerais um direito de oposição do trabalhador. Os contratos de trabalho transferem-se para o adquirente por efeito da transmissão negocial. Em alguns casos especiais, no entanto, a lei e a jurisprudência austríacas reconhecem ao trabalhador a possibilidade de opor-se à transferência automática com manutenção do vínculo com o adquirente ou se promover a cessação do contrato com as mesmas consequências legais da cessação imputável ao empregador. Isso pode ocorrer quando, por um lado, a convenção colectiva do empregador adquirente não garante o mesmo nível de protecção em caso de despedimento que era assegurado na convenção aplicá-

³⁵⁴ Como sublinha J. McMullen, “The right to object”, p. 169: “At common law, such notion of automatic transfer of employment would interfere with the fundamental rule that an employment contract is not alienable”. A propósito do direito de oposição, o autor faz referência ainda a opinião de um magistrado num caso julgado na House of Lords onde o se problema: “My Lords, I confess it appears to me astonishing that apart from overriding questions of public welfare, power should be given to a court or to anyone else to transfer a man without his knowledge and possibly against his will from the service of one person to the service of another”. Para mais desenvolvimentos sobre a oposição do trabalhador no âmbito da TUPE cf. o estudo deste autor, “The concept”, pp. 109-112.

³⁵⁵ The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006, artigo 4, Paragraphs 7-11: (7) Paragraphs (1) and (2) shall not operate to transfer the contract of employment and the rights, powers, duties and liabilities under or in connection with it of an employee who informs the transferor or the transferee that he objects to becoming employed by the transferee. (8) Subject to paragraphs (9) and (11), where an employee so objects, the relevant transfer shall operate so as to terminate his contract of employment with the transferor but he shall not be treated, for any purpose, as having been dismissed by the transferor. (9) Subject to regulation 9, where a relevant transfer involves or would involve a substantial change in working conditions to the material detriment of a person whose contract of employment is or would be transferred under paragraph (1), such an employee may treat the contract of employment as having been terminated, and the employee shall be treated for any purpose as having been dismissed by the employer. (10) No damages shall be payable by an employer as a result of a dismissal falling within paragraph (9) in respect of any failure by the employer to pay wages to an employee in respect of a notice period which the employee has failed to work. (11) Paragraphs (1), (7), (8) and (9) are without prejudice to any right of an employee arising apart from these Regulations to terminate his contract of employment without notice in acceptance of a repudiatory breach of contract by his employer.

vel ao anterior empregador. Porém, na hipótese de este último ter cessado a actividade (sendo, pois, inviável a continuação do vínculo laboral), o regime protectivo especial da convenção colectiva que se aplicava ao trabalhador tem de ser assumido pelo adquirente. De todo o modo, no caso de o adquirente optar pela incorporação do referido regime protectivo no contrato individual de trabalho, o fundamento para o exercício da oposição pelo trabalhador deixa de se verificar. Na prática, essa oposição é assaz incomum, na medida em que são poucas as convenções colectivas a contemplarem um tal regime de protecção contra despedimentos³⁵⁶. A segunda situação que legitima a oposição ocorre quando o adquirente não aceita manter o plano de reforma de que o trabalhador dispunha com o anterior empregador³⁵⁷. Nesta hipótese, o trabalhador oponente deverá exercer o seu direito de oposição no prazo de 30 dias a contar da data em que teve conhecimento da referida recusa por parte do adquirente. Por fim, também a jurisprudência admite que os representantes dos trabalhadores se oponham à transmissão do seu contrato para o adquirente, sem ter de invocar qualquer fundamento justificativo para o efeito³⁵⁸. Refira-se, ainda, que o Superior Tribunal Austríaco (*Oberster Gerichtshof*) tem vindo a alargar o direito de oposição, ao permitir que o trabalhador o exerça com base noutros fundamentos, de natureza semelhante. Àqueles dois previstos em lei, ou quando a ligação entre o trabalhador e o empregador transmitente seja de tal forma relevante que justifique a manutenção do vínculo contratual entre eles³⁵⁹.

d) Direito sueco

Na Suécia, também não se prevê de forma expressa um direito de oposição do trabalhador, o que é congruente com este sistema, uma vez que, como já

³⁵⁶ Neste sentido, v. Stephan Nitzl / Christian Stuppnig, “Austria”, p. 48.

³⁵⁷ Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz § 3 (4): Der Arbeitnehmer kann dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen, wenn der Erwerber den kollektivvertraglichen Bestandschutz (§ 4) oder die betrieblichen Pensionszusagen (§ 5) nicht übernimmt. Der Widerspruch hat innerhalb eines Monats ab Ablehnung der Übernahme oder bei Nichtäußerung des Erwerbers zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges innerhalb eines Monats nach Ablauf einer vom Arbeitnehmer gesetzten angemessenen Frist zur Äußerung zu erfolgen. Widerspricht der Arbeitnehmer, so bleibt sein Arbeitsverhältnis zum Veräußerer unverändert aufrecht.

³⁵⁸ Assim, Stephan Nitzl / Christian Stuppnig, “Austria”, p. 48.

³⁵⁹ De novo, Stephan Nitzl / Christian Stuppnig, “Austria”, p. 49. Escrevem os autores: “it is uncertain how the jurisprudence concerning the objection to the automatic transfer will develop but it seems likely that a more general right of objection might be established in the future”.

tivemos ocasião de referir, o parágrafo 4 da secção 6b do “Estatuto de Proteção do Trabalho” estabelece que os contratos de trabalho não se transmitem para o adquirente sem o consentimento do trabalhador³⁶⁰.

e) Direito francês

Bem diversa é a solução no ordenamento gaulês. Com efeito, nem o *Code du Travail*, nem a jurisprudência francesa dão acolhimento ao direito de oposição do trabalhador – o contrato transfere-se para o adquirente por força da lei, porquanto o trabalhador “opositor” só tem a faculdade de denunciar o contrato com o transmitente, sem ter direito, porém, a qualquer indemnização³⁶¹. Exceptuam-se, somente, os casos dos jornalistas (artigo L7112-5 do CT), que terão direito a uma indemnização (nº 3 do mesmo preceito) e poderão ser dispensados do cumprimento do aviso prévio (nº 5 e 256)³⁶².

f) Direito italiano

Em Itália o entendimento normativo e jurisprudencial assemelha-se ao francês, isto é, a transferência dos contratos para o adquirente opera *ex lege*, não podendo este efetuar despedimentos fundados no negócio transmissivo. Mas o trabalhador não pode recusar esta transferência permanecendo vin-

³⁶⁰ Lag om anställningsskydd (Estatuto de Proteção do Trabalho), que consultámos na versão inglesa disponível na página do Governo do Reino da Suécia. Na secção 6b, relativa às situações de transmissão de estabelecimentos, dispõe-se: Notwithstanding the provisions of the first paragraph, contracts of employment and employment relationships shall not be transferred to a new employer in the absence of consent to such by the employee. (SFS 1994:1685). <https://www.government.se/government-policy/labour-law-and-work-environment/198280-employment-protection-act-lag-om-anstallningsskydd/>

³⁶¹ Sobre o ponto, v. Philippe Danesi / Marie-Astrid Béthenod, “France”, p. 189.

³⁶² Code du Travail Article L.1224-1: Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. 56 Article L7112-5: Si la rupture du contrat de travail survient à l'initiative du journaliste professionnel, les dispositions des articles L. 77112-3 et L. 7112-4 sont applicables, lorsque cette rupture est motivée par ‘une des circonstances suivantes: 1º Cession du journal ou du périodique; 2º Cessation de la publication du journal ou périodique pour quelque cause que ce soit; 3º Changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou périodique si ce changement crée, pour le salarié, une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, d'une manière générale, à ses intérêts moraux. Dans ces cas, le salarié qui rompt le contrat n'est pas tenu d'observer la durée du préavis prévue à l'article L. 7112-2. 57.

culado ao transmitente. O direito italiano prevê, embora, que o trabalhador possa resolver o contrato com justa causa quando se verifique uma alteração nas condições de trabalho (artigo 2112º, parágrafo 4º, 2ª frase, do *Codice Civile*). Destarte, o trabalhador é dispensado de cumprir o aviso prévio e goza do direito de receber uma indemnização correspondente a este pré-aviso (artigo 2118º, parágrafo 2º, e artigo 2119º, parágrafo 1º, do *Codice Civile*)³⁶³.

g) Direito espanhol

A legislação de Espanha prevê, de acordo com a Directiva comunitária, a transferência automática dos contratos de trabalho no artigo 44º do *Estatuto de los Trabajadores*, mas não um direito de oposição por parte do trabalhador³⁶⁴. A única ressalva respeita aos casos dos cargos de direcção. No caso de transferência da empresa, os executivos podem cessar o contrato com direito a uma compensação³⁶⁵.

³⁶³ Codice Civile: Artigo 2112. Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento (4) Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma. 58 Artigo 2118 (3): In mancanza di preavviso, il precedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. Artigo 2119 (1): Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto. Se il contratto è a tempo indeterminato, al prestatore di lavoro che recede per giusta causa compete l'indennità indicata nel secondo comma dell'articolo precedente.

³⁶⁴ A doutrina espanhola não foi alheia ao problema. Como se lê em “El regimén”, p. 241: “La cuestión es que, a falta de expressa de previsión en nuestro derecho interno, la negativa del trabajador a la subrogación muy probablemente se considerará como una ruptura del contrato de trabajo imputable al trabajador (baja voluntaria), o bien como un incumplimiento de una orden empresarial legítima, susceptible de ser sancionado disciplinariamente, a menos que las condiciones de trabajo propuestas por el cessionario constituyan una modificación substancial en cuyo caso la ruptura de la relación laboral será imputable al empresario cessionario”.

³⁶⁵ Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/ 1995 de 24 de marzo. Articulo 44 (1) El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

h) Direito belga

O regime transmissivo belga previsto na Convenção Colectiva de Trabalho nº 32 bis não facilita ao trabalhador a possibilidade de opor-se à transmissão do seu contrato de trabalho para a entidade transmissária. Ao invés, o trabalhador que o fizer estará sujeito às regras de resolução ilícita do contrato de trabalho. Ele poderá, no entanto, rescindir o seu contrato, alegando ter havido uma modificação substancial das condições de trabalho motivada pela transmissão³⁶⁶.

i) Direito checo

Também não deriva do instituto da transmissão de empresa checa, regulado pelas secções 2175 e seguintes do Código Civil, um direito de oposição do trabalhador. Durante o procedimento de consulta das estruturas representativas dos trabalhadores, estes últimos podem manifestar o interesse na oposição à transferência do contrato, o que dependerá, contudo, da vontade das entidades transmitente e transmissária³⁶⁷. O trabalhador conta com a possibilidade de dissolver a relação laboral com o cumprimento do aviso prévio correspondente a dois meses, ou por meio de acordo revogatório com o primevo empregador e o adquirente. Também se admite ao trabalhador inviabilizar a regra da automaticidade pela via judicial, devendo para o efeito alegar (e comprovar) uma de duas situações: o não preenchimento dos requisitos para existência da transmissão; manutenção ilícita do contrato de trabalho com o transmitente. De resto, o trabalhador que deliberadamente se opuser a prestar a sua actividade em favor do adquirente, estará sujeito ao despedimento e a várias outras consequências fundadas na violação das obrigações contratualizadas³⁶⁸.

j) Direito dinamarquês

Na Dinamarca, a lei sobre transmissão de empresas não consagra um direito de oposição. A regra da transmissão automática do vínculo empregatício para o adquirente é perspectivada na judicatura dinamarquesa enquanto “imposição” para o trabalhador. Desta forma, a única via possível de cessação do contrato por iniciativa do trabalhador é a da denúncia com aviso pré-

³⁶⁶ Neste sentido, cf. Eddy Lievens, “Belgium”, p. 75.

³⁶⁷ Petr Samec / Markéta Cibulková, “The Czech Republic”, p. 118.

³⁶⁸ Assim, expressamente, Petr Samec / Markéta Cibulková, “The Czech Republic”, p. 118.

vio. Em casos especiais, muito raras, os tribunais daquele país reconhecem o direito de oposição quando existe uma relação intuito personae entre o trabalhador e o transmitente³⁶⁹.

k) Direito neerlandês

De modo semelhante, a legislação neerlandesa não adopta um direito de oposição do trabalhador. Caso este último não pretenda ser transferido para o adquirente da empresa, poderá fazê-lo mediante aviso prévio; neste caso, o seu vínculo empregatício com o transmitente cessa de forma automática. A jurisprudência entende, porém, que o motivo da demissão, *máxime*, a transmissão da empresa, deve ser inequivocadamente comunicado ao empregador, que informará o trabalhador em causa sobre as consequências daí advenientes³⁷⁰.

l) Direito húngaro

Nos termos do Código do Trabalho húngaro (sec. 36 e seguintes), o trabalhador não goza do direito de oposição³⁷¹. Diversamente do que sucede nos Estados-membros anteriores, que também não reconhecem esse direito, somente o trabalhador com contrato a termo incerto tem legitimidade para cessar o contrato de trabalho com aviso prévio sem necessidade de justificação. Por seu turno, o trabalhador sujeito ao regime da contratação a termo certo, além de estar obrigado ao aviso, deve invocar e provar razões sérias que tornem insustentável a manutenção do vínculo laboral. Elas poderão ser tanto pessoais, caso em que o trabalhador não terá direito ao recebimento de qualquer compensação indemnizatória; ou relacionadas com a transmissão da empresa, nomeadamente aquelas que possam gerar um prejuízo desproporcionalado para o trabalhador, hipótese que gera direito a uma compensação³⁷².

m) Direito polaco

À semelhança da maioria dos países da União, a Polónia não acolhe um direito de oposição com vinculação ao transmitente, mas sim um regime específico de dissolução do contrato pelo trabalhador no caso de transmissão da empresa em que labora. A solução polaca, no entanto, permite ao trabalha-

³⁶⁹ Cf. Jonas Enkegaard / Kristine Friis, “Denmark”, p. 158.

³⁷⁰ Sobre isto, v. Hélène Bogaard, “The Netherlands”, p. 298.

³⁷¹ V. Helga Fihér, “Hungary”, p. 245.

³⁷² Assim, Helga Fihér, “Hungary”, p. 246.

dor fazê-lo em face do adquirente, sem pré-aviso, em até dois meses a contar da data do negócio transmissivo³⁷³.

3.3. O direito português

3.3.1. O contexto doutrinal

Até 2018, a ordem jurídica lusitana não concedia expressamente ao trabalhador esta faculdade na recusa da prossecução do seu contrato de trabalho com a entidade adquirente. Na tradição jurídica portuguesa, considerava-se que a transmissão da empresa opera uma mera alteração subjetiva nestes contratos (de empregador primitivo para empregador transmissário), pelo que não afeta a substância dos vínculos laborais existentes, como se para o trabalhador nada tivesse se passado. Importa referir, porém, que o problema não era de modo algum desconhecido ou ignorado, quer da jurisprudência quer da doutrina.

Como se sabe, as aporias em torno do direito de oposição resultante da Lei 14/2018, tem suscitado, sobretudo quanto ao(s) seu(s) pressuposto(s), um alargado debate doutrinal, que já encontra, aliás, ressonância ao nível da judicatura, sendo, pois, sobre ele que nos iremos agora centrar.

Entre as alterações introduzidas pela Lei 14/2018, de 19 de Março, ao regime da transmissão de empresa ou estabelecimento, está a previsão expressa do direito de oposição, mais concretamente no artigo 286º-A (aditado ao Código do Trabalho por aquele diploma de 2018).

Efectivamente, o nº 1 desta norma consagra: “o trabalhador pode exercer o direito de oposição à transmissão da posição do empregador no seu contrato de trabalho em caso de transmissão, cessão ou reversão de empresa ou estabelecimento, ou de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, nos termos dos nºs 1 ou 2 do artigo 285º, quando aquela possa causar-lhe prejuízo sério, nomeadamente por manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente ou, ainda, se a política de organização do trabalho deste não lhe merecer confiança”.³⁷⁴

³⁷³ Agnieszka Lichman-Filipiak / Katarzyna Magnuska, “Poland”, p. 337.

³⁷⁴ Esses elementos indiciários já haviam sido formulados nas *Conclusões* (nº 18) do Advogado-Geral Van Gerven no emblemático caso *Katsikas*: “há casos em que o trabalhador tem boas razões para se recusar a prosseguir a sua relação laboral com o novo empregador: podem, por exemplo *suscitar-lhe desconfiança a estratégia comercial, a solvência, a política de pessoal do cessionário*” (sublinhado nosso).

O nº 2, por sua vez, acrescenta: “a oposição do trabalhador prevista no número anterior obsta à transmissão da posição do empregador no seu contrato de trabalho, nos termos dos nºs 1 ou 2 do artigo 285º, mantendo-se o vínculo ao transmitente”.³⁷⁵

E o nº 3 completa: “o trabalhador que exerce o direito de oposição deve informar o respetivo empregador, por escrito, no prazo de cinco dias úteis após o termo do prazo para a designação da comissão representativa, se esta não tiver sido constituída, ou após o acordo ou o termo da consulta a que se refere o nº 4 do artigo 286º, mencionando a sua identificação, a atividade contratada e o fundamento da oposição, de acordo com o nº 1”³⁷⁶.

Como resulta do teor normativo, a lei reconhece o direito de oposição, embora condicionado a determinados pressupostos, não se trata de um poder irrestrito.³⁷⁷ A formulação literal suscita, todavia, dificuldades interpretativas.

De facto, num primeiro olhar para a parte final do artigo 286º-A, nº 1, parecem emergir duas leituras. Numa primeira, a lei teria consagrado um fundamento único, recortado por uma cláusula geral: *prejuízo sério*, cláusula essa integrada normativamente por alguns elementos indiciários: manifesta falta de solvabilidade, ou situação financeira difícil do adquirente, ou a política de organização do trabalho do adquirente não merecer confiança ao trabalhador opositor. Os critérios são meramente indicativos (*nomea-*

³⁷⁵ O legislador procurou acautelar essa solução no artigo 286º-A, nº 4 do CT: “constitui contraordenação grave a violação do disposto no nº 2”. Mas qual será a solução no caso de ao empregador transmitente faltar a possibilidade de manter o vínculo com o trabalhador opositor, por exemplo porque o único estabelecimento que detinha foi globalmente transmitido ou por não dispor de um posto de trabalho? A resposta a esta questão não é pacífica na doutrina. Da nossa parte, a solução que se mostra mais consentânea com o regime legal é, naquela segunda hipótese, a da aplicabilidade do regime da extinção do posto de trabalho em consonância com o disposto nos artigos 367º e seguintes do CT; no caso de transmissão global da empresa, entendemos dever ser aplicável o instituto da extinção do vínculo por caducidade, em observância do regime do artigo 346º do CT, cujo nº 5 confere ao trabalhador opositor o direito a uma compensação nos termos do artigo 346º do CT. Com mais desenvolvimentos, v. Pedro Oliveira, “Ainda sobre o direito de oposição”, cit., p. 323.

³⁷⁶ Sobre este procedimento, v. Entre outros, Milena Rouxinol, “Transmissão da unidade económica”, pp. 887 ss.

³⁷⁷ Pedro Oliveira, “Ainda sobre o direito de oposição”, cit., p. 321. Em sentido oposto, cf. João Leal Amado, “Ainda sobre os fundamentos do direito de oposição: crónica sobre dois acórdãos recentes”, *Revista Questões Laborais*, nº 59, 2021, pp. 189-190.

damente) da cláusula geral (prejuízo sério) e funcionam em alternatividade (como resulta da conjunção “ou” que delimita a enunciação).

Porém, o teor literal da norma, que talvez merecesse maior cuidado de redacção, aponta para um outro sentido, o sentido de a lei ter consagrado um fundamento *duplo*. Isto é, o direito de oposição pode fundar-se ou: 1) no prejuízo sério para o trabalhador, concretizado ou indiciado por um elemento (a manifesta falta de solvabilidade do adquirente ou a sua situação financeira difícil); ou (*ainda*, embora uma técnica redacional mais apurada talvez recomendasse usar *então*) 2) a falta de confiança quanto à política de organização do trabalho do adquirente.

O uso de um infinitivo na formulação do segundo motivo: “ou, ainda, se a política de organização do trabalho deste não lhe *merecer* confiança” reforça esta leitura. Dois verbos: causar (prejuízo) / merecer (confiança), dois fundamentos distintos.

A favor dessa lógica binária, poder-se-ia dizer que o legislador pretendeu diferenciar os fundamentos da oposição de acordo com a verificabilidade da prognose que lhes é inerente. Assim, teríamos um fundamento objectivo, que prescinde de prova (prejuízo sério), de uma parte, e, de outra, um fundamento subjetivo, uma “crença”, algo “insindicável” (falta de confiança).³⁷⁸

Mas se assim for, torna-se legítimo perguntar qual o sentido do duplo fundamento? Se o elemento da desconfiança for um fundamento próprio, autónomo, qual o alcance, qual a necessidade de consagrar o elemento

³⁷⁸ Neste sentido, v. João Leal Amado, “Transmissão da empresa e contrato de trabalho: algumas notas sobre o regime jurídico do direito de oposição”, p. 294 e Milena Rouxinol, “Transmissão da unidade económica”. Em sentido oposto, cf. M. R. Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, 7^a ed., p. 699; David Carvalho Martins, “Novo regime da transmissão de unidade económica: algumas notas”, p. 135; Júlio Gomes, “Algumas reflexões críticas sobre a Lei nº 14/2018 de 19 de março”, p. 78; Pedro Romano Martinez / Pedro Madeira de Brito, “O novo regime da transmissão da unidade económica introduzido pela Lei nº 14/2018, de 19 de março”, p. 21 ss.; Hélder Quintas, “Breves notas sobre o passado, o presente e o futuro do regime da transmissão de empresa ou estabelecimento”, p. 217 ss.; David Falcão / Sérgio Tenreiro Tomás, “Algumas notas sobre o regime jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento à luz da Lei nº 14/2018, de 19 de Março”, p. 115; Joana Vasconcelos, “Sobre a resolução do contrato de trabalho”, p. 127; Idem, *Código do Trabalho anotado*, 12^a ed.; A. Meneses Cordeiro, *Direito do Trabalho – II – Direito individual*, p. 783; Luís Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, 6^a ed., p. 391; A. Monteiro Fernandes, “Alguns aspectos do novo regime jurídico-laboral da transmissão de empresa ou estabelecimento”, p. 16; Idem, *Direito do Trabalho*, 19^a ed., p. 474 ss.

“prejuízo sério”?³⁷⁹ Não bastaria, pois, ao trabalhador invocar que não confia na política de organização do adquirente para beneficiar de imediato do direito de oposição?

O teor da norma permite esta leitura, esvaziando, assim, parece, o alcance do primeiro fundamento: pois, repetindo o que acima se disse, qual o sentido para o trabalhador de invocar e provar um prejuízo sério para exercer o direito de oposição se o mesmo resultado se alcança com a mais simples e incontrolável razão de desconfiança? Aliás, os fundamentos conduzem na estrita formulação legal aos mesmos resultados, não só no que diz respeito à oposição que tem como consequência a continuação do vínculo com o transmitente, nos termos do artigo 286º-A, nº 2 do CT, quer no que concerne à resolução contratual e à compensação.³⁸⁰

Com efeito, autores como Milena Rouxinol, ao secundar a posição do duplo fundamento e da insindicabilidade do elemento da desconfiança, considera estar assegurado, ao trabalhador opositor, o direito a compensação oriunda da resolução com justa causa objectiva, conforme determina os artigos 394º, nº 3, d) e 396º, nº 5, ambos do CT.³⁸¹

De acordo com esta última regra, formulada pelo legislador de 2018, “com o fundamento previsto na alínea d) do nº 3 do artigo 394º, o trabalhador tem direito a compensação calculada nos termos do artigo 346º”. Pense-se, por conseguinte, no seguinte exemplo: uma empresa está a ser objecto de um negócio transmissivo e dois dos seus funcionários deci-

³⁷⁹ Razão assiste a Júlio Gomes, “Algumas reflexões”, cit., p. 78, quando enfatiza que caso se entenda desta maneira, é questionável que o referido elemento possa constituir um “fundamento genuíno”. Ainda segundo o autor: “no limite poderá o trabalhador “desconfiar” do que ignora por completo? Se o transmissário é, por hipótese, uma sociedade que só agora se constituiu poderá o trabalhador alegar que desconfia de uma política de organização do trabalho que ainda nem sequer existe? Perguntamo-nos, por isso, se a falta de confiança não terá que assentar em alguns indícios concretos que devam ser referidos, mencionados, tanto no caso de oposição, como no caso de resolução”.

³⁸⁰ Para além do direito de oposição, em ordem à manutenção do seu vínculo com o transmitente, o trabalhador goza ainda de uma alternativa, nomeadamente a possibilidade de invocação imediata de uma justa causa de resolução, em conformidade com o artigo 394, nº 3, d) do CT: “transmissão para o adquirente da posição do empregador no respectivo contrato de trabalho, em consequência da transmissão da empresa, nos termos dos nºs 1 ou 2 do artigo 285º, com o fundamento previsto no nº 1 do artigo 286º-A”. Tal como se infere da parte final deste normativo, que remete para a regra respeitante ao direito de oposição, o trabalhador terá também aqui de invocar o facto justificador do prejuízo sério.

³⁸¹ Milena Rouxinol, “Transmissão da unidade económica”, p. 887.

dem obstar a regra da automaticidade, opondo-se assim à transferência do vínculo para o transmissário por meio da justa causa de resolução. O trabalhador opositor *A* invoca o elemento prejuízo sério sem, no entanto, conseguir fazer a prova de elementos objectivos que o sustentem, enquanto o trabalhador opositor *B* invoca o elemento falta de confiança. Em situações materialmente similares, fará sentido que somente o trabalhador *B* tenha direito a compensação?

Mas encontramos ainda autores como Leal Amado, que procedem a uma leitura restritiva daquela importantíssima garantia para a tutela dos interesses do trabalhador opositor, sempre que a oposição do mesmo tenha como circunstância justificadora a falta de confiança no transmissário. Nesta hipótese, o Autor entende que o trabalhador que se opuser, pretendendo para o efeito resolver o seu contrato com justa causa fundada na ausência de confiança, não gozará da referida compensação.

Em nosso entender, no conceito amplo de prejuízo sério devem integrar-se também os motivos associados à política organizacional da entidade transmissária. Sem dúvida, as razões que decorrem da situação financeira do transmissário são motivos de maior densidade objectiva, de mais elementar demonstração. Julgamos, porém, que um prejuízo sério para o trabalhador decorre não somente desse tipo de razões, mas de tantas, tantas outras e, entre elas, da forma de organização que a estrutura empresarial pode vir a assumir no futuro sob a nova gestão. Suponhamos ser conhecido que no modelo estratégico do adquirente, por ela já aplicado noutras empresas suas, a política corrente é de rotatividade horária, ou que o dia de folga é também ele variável, ou que os trabalhadores podem ser alocados a outros polos da empresa.³⁸² Não será legítimo em situações como as descritas que, mesmo sendo excelente a situação financeira do transmissário, o trabalhador anteveja que a sua integração na nova relação poderá,

³⁸² Recorde-se, aliás, que o Tribunal de Justiça da União Europeia teve já ocasião de se pronunciar sobre um caso em que figuravam dois transmissários, e admitiu, por aplicação do *balancing approach*, a conversão de um contrato de trabalho a tempo inteiro em dois contratos a tempo parcial. O mais interessante é que, muito embora o normativo belga aplicável (Convenção Colectiva nº 32bis) não consagre o direito de oposição, o Advogado-Geral Maciej Szpunar reconheceu que o caso concreto poderia implicar desvantagens justificadoras da recusa por parte da trabalhadora, nomeadamente a distância entre as sedes das transmissárias e a sincronicidade das férias. A respeito desta decisão, cf. Pedro Oliveira, “Transmissão de unidade económica com pluralidade de transmissários – efeitos laborais”.

passado algum tempo, conhecer alterações que afinal lhe causem um prejuízo sério (familiar, p. ex.)?

É neste horizonte comprehensivo que se inserem as questões suscitadas junto das instâncias judiciais portuguesas, como se verá de seguida.

3.3.2. Ressonância do(s) fundamento(s) do direito de oposição na jurisprudência

Ao nível jurisprudencial, a questão de se saber se o direito de oposição, nos moldes legalmente previstos, contempla um único requisito (prejuízo sério), ou antes dois fundamentos distintos (prejuízo sério ou falta de confiança), não é uníssona.

No sentido da unicidade se pronunciou a Relação de Guimarães, na primeira decisão entre nós proferida sobre o tema,³⁸³ nos seguintes termos: “sempre que a transmissão para o adquirente da posição do empregador no respetivo contrato de trabalho possa causar prejuízo sério ao trabalhador, quer por manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente, ou se a política de organização do trabalho deste não lhe merecer confiança, ou noutras situações em que se formule um juízo de prognose de prejuízo sério, o trabalhador poderá exercer o direito de oposição de forma a manter-se vinculado ao transmitente ou por termo ao vínculo contratual (justa causa de resolução objectiva do contrato da iniciativa do trabalhador)”.³⁸⁴ Na mesma linha foi o recente Acórdão da Relação de Coimbra, como se verá de seguida.

Por seu turno, a Relação de Évora e a do Porto acolheram a tese da dualidade de fundamentos,³⁸⁵ isto é, para aquelas instâncias o exercício do direito de oposição pode assentar num prejuízo sério *ou* na falta de confiança do trabalhador na política de organização de trabalho do transmissário. Nos dizeres da Relação de Évora, “face aos termos como o artigo 286º-A nº 1 do Código do Trabalho se encontra formulado, podemos afirmar que a lei consagra dois fundamentos distintos de oposição à transmissão da posição do empregador no seu contrato de trabalho”.

³⁸³ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17.12.2019, processo nº 5819/18.3T8BRG-, disponível em Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães (dgsi.pt).

³⁸⁴ Ac. Tribunal da Relação de Guimarães, cit.

³⁸⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 27.05.2021, processo nº 3951 18.2T8FAR. E1, disponível em Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (dgsi.pt); Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20.09.2021, processo nº 2203/20.2T8VFR.P1, disponível em Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (dgsi.pt)

Sublinhe-se, no entanto, que as referidas decisões não são coincidentes quanto ao elemento “falta de confiança”. Efectivamente, a Relação do Porto, na esteira do expedido pela Relação de Guimarães, observa expressamente que aquele elemento prescinde de prova. Segundo o Tribunal, “quanto à falta de confiança na política de organização do trabalho do adquirente, ainda que envolva um juízo de prognose do trabalhador, de conteúdo subjetivo e indeterminado, essa não confiabilidade poderá ser de alguma forma sindicada pela análise dos factos invocados, dos quais possa resultar essa desconfiança à luz de um critério objetivo e razoável, tendo em conta a perspetiva de um trabalhador médio, possuidor dos conhecimentos e na concreta situação do trabalhador em causa”. Por outras palavras, pese embora o facto de a Relação do Porto adoptar a posição da dualidade de fundamentos, assume que tanto o prejuízo sério como a ausência de confiança estão sujeitas a um juízo de prognose jurisdicional.

Note-se, de todo o modo, que a Relação de Évora parece aceitar um certo *distinguo* no problema, ao admitir que o elemento da desconfiança assenta em algo insindicável, puramente subjectivo ou do “foro íntimo” mas não exclui por inteiro a relevância de elementos externos, *hoc sensu* objectivos ou objectiváveis. No caso *sub judice*, esses factos concretos densificara-se no comportamento do transmitente e transmissário; tinha havido incumprimento pela transmitente e transmissária do dever procedural de informação e consulta consagrado no artigo 286º do CT.³⁸⁶ Escreve a

³⁸⁶ Pedro Oliveira, “Ainda sobre o direito de oposição”, cit., nota 10, destacara já o reforço do dever procedural de informação e consulta das estruturas de representação colectiva dos trabalhadores (artigo 286º). Para o autor, tais “modificações parecem demonstrar a preocupação do legislador de 2018 em não apenas densificar a obrigação de informar, mas ainda o cuidado no tocante à própria congruência do sistema. Com efeito, se tivermos em conta que a mais relevante inovação da revisão legislativa se centra no reconhecimento do direito de oposição, compreende-se bem o reforço agora conferido pelas alterações do artigo 286º: parece claro que o exercício esclarecido e atempado do mecanismo da oposição por parte dos trabalhadores pode estar deveras condicionado caso falhe uma ampla prestação da informação, sobretudo sem se dar a conhecer aos trabalhadores abrangidos o conteúdo do contrato entre transmitente e transmissário, pois desse concreto conteúdo negocial se poderão inferir elementos importantes sobre a conveniência para o trabalhador em ver o seu contrato transmitido, passando a sua vinculação laboral a fazer-se com o transmissário ou, pelo contrário, em usar o direito de oposição”. Note-se, aliás, que a legislatura austriáca prevê o direito de oposição do trabalhador com fundamento na violação daquele dever de informação. Com mais desenvolvimentos, veja-se, de novo, Pedro Oliveira, “Trabalho não é uma mercadoria”, cit., p. 98.

Relação: “consideramos que ocorreram factos concretos aptos a justificar o juízo íntimo de desconfiança da trabalhadora”. Mas se assim é, se há factos externos que *justificam* o juízo íntimo é porque este não é bastante para, por si só, fundamentar o direito à compensação. Mas não se estará, deste modo, a abrir a janela para deixar entrar o que se expulsara pela porta? Pois se o “juízo íntimo” do trabalhador opositor, que o leva a desconfiar do transmissário, carece, afinal, de “factos externos” que o justifiquem, pelo menos para efeitos de direito de compensação, por que motivo não se há-de exigir esses fundamentos externos em geral?

Mais recentemente, a Relação de Coimbra, retomando o decidido pela Relação de Guimarães, perfilha o entendimento de que o exercício, pelo trabalhador, do direito de oposição, deve assentar num pressuposto genérico, máxime, o prejuízo sério, no qual se pode subsumir uma das situações enunciadas, de forma exemplificativa, naquele normativo.

Com efeito, o Tribunal sustenta que “o artigo 286º-A do CT contém um fundamento geral para o exercício da oposição, o do “prejuízo sério” e dois exemplos – situações de “manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil do adquirente” e “a política de organização do trabalho deste não [...] merecer confiança” – que não excluem outros, mas que auxiliam a tarefa do intérprete, designadamente na adopção de critérios mais ou menos abertos para o que é o relevante “prejuízo sério”.

No que respeita ao elemento indiciário falta de confiança na política de organização do trabalho do transmissário, e na senda das decisões proferidas pelos Tribunais da Relação de Guimarães e do Porto,³⁸⁷ a Relação enfatiza que o trabalhador

deve invocar e demonstrar factos de que possa resultar num critério objetivo e razoável, tendo em conta a perspetiva de um trabalhador médio, possuidor dos conhecimentos e na concreta situação do trabalhador em causa, a não confiabilidade da política de organização de trabalho da adquirente.

Tudo para concluir que

Não se trata, pois, no que tange à confiança, de algo na livre disponibilidade do trabalhador, de algo que não pode ser contestado, de algo dependente do puro arbítrio do trabalhador, sem possibilidade de contraprova. Se

³⁸⁷ Cf. o Ac. TRC e o Ac. TRP citados.

assim o tivesse pretendido a lei, bastava conceder ao trabalhador o direito de rescindir pelo simples facto da transmissão, o que não acontece.³⁸⁸

Conforme se pode extrair do acima aludido, o resultado legislativo final limitou, ou quis limitar, o direito de oposição à existência de motivos, ou seja, não se consagrou simplesmente um direito de oposição incondicionado. E, nessa medida, o trabalhador não poderá exercer o direito de oposição, justificando, para o efeito, tão somente o negócio transmissivo.

3.4. Conclusão

À semelhança do que sucede no contexto da doutrina nacional, já se começam a verificar divergências jurisprudenciais sobre o(s) pressuposto(s) para o exercício, pelo trabalhador, do seu direito de oposição.

Como se viu, a Relação de Coimbra, retomando a decisão da Relação de Guimarães, sustenta se tratar de um direito assente num fundamento genérico, recortado pela cláusula geral “prejuízo sério”, a qual pode ser integrada pelos elementos indiciários exemplificados na norma: manifesta falta de solvabilidade; situação financeira difícil; desconfiança na política organizacional do adquirente.

Por sua vez, encontramos decisões como as da Relação de Évora e do Porto, que defendem haver antes dois fundamentos distintos, os quais se traduzem no prejuízo sério ou na falta de confiança.

No respeitante ao elemento da desconfiança, a posição maioritariamente defendida pela judicatura, de que os arrestos referenciados são claros testemunhos, aponta no sentido da sindicabilidade daquele. O direito de oposição não se conduz, afinal, a um poder irrestrito do trabalhador.

³⁸⁸ No caso, o trabalhador, ao deduzir a sua oposição, por escrito e atempadamente, não só alegou, como indicou, elementos justificadores da sua desconfiança, desde logo pela intenção da entidade transmissária de celebrar novos contratos de trabalho com os empregados transmitidos, o que viria eventualmente a afetar negativamente a antiguidade, estabilidade e outras regalias do trabalhador opositor, podendo, assim, causar-lhe um prejuízo sério. Nas palavras da Relação, “Nessa situação, o trabalhador tem todas as razões para se confrontar com uma real possibilidade de prejuízo sério, de perda da estabilidade laboral, dos direitos e garantias que até então lhe eram proporcionados, o que é mais do que suficiente para razoavelmente não ter confiança na política de organização da transmissária”.

4. Conservação das condições de trabalho acordadas em instrumentos de regulamentação colectiva

A concluir esta secção, dedicada à abordagem de alguns traços do regime laboral da transmissão de empresa ou estabelecimento, com especial enfoque no direito de oposição do trabalhador à luz tanto do direito comunitário como também dos diferentes direitos nacionais, julgamos oportuno analisar o tema na perspectiva da sua vertente colectiva, pois também nesta sede o fenómeno transmissivo e sua interpretação pelo Tribunal de Justiça geram efeitos de relevante densidade. Recorde-se, antes de mais, os termos da disposição normativa reguladora dessa matéria:

Artigo 3º – (Manutenção das condições de trabalho
acordadas por convenções colectivas)

3. Após a transferência, o cessionário manterá as condições de trabalho acordadas por uma convenção colectiva, nos mesmos termos em que esta as previa para o cedente, até à data da rescisão ou do termo da convenção colectiva ou até à data de entrada em vigor ou de aplicação de outra convenção colectiva.

Os Estados-membros podem limitar o período de manutenção das condições de trabalho desde que este não seja inferior a um ano.

Das soluções admitidas pelo enquadramento legal da Directiva dos Direitos Adquiridos (que visava, como reiteradamente se tem afirmado na judicatura do areópago do Luxemburgo, uma mera *harmonização* das legislaturas internas, a questão da manutenção das condições de trabalho acordadas por convenções colectivas tem sido objecto de uma análise aprofundada no plano da União. Assinale-se, aliás, que a Directiva assumiu uma importância central por ter introduzido a matéria sobre as convenções colectivas na estrutura normativa do direito laboral comunitário³⁸⁹.

Como vimos acima, decorre, do texto inscrito no artigo 3º, nº 3, da Directiva 2001/23, que a convenção que vincula o transmitente é aplicável ao transmissário. Desta forma, na sequência de um negócio transmissivo da unidade económica, transferem-se *opere legis* para o adquirente não só os contratos individuais de trabalho mas também os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho existentes à data da transmissão,

³⁸⁹ Neste sentido, cf. Jari Hellsten, *From Internal Market Regulation to European Labour Law*, p. 18.

não podendo tais soluções serem derogadas pelas partes contratantes. E, assim, o adquirente poderá ficar vinculado à uma convenção colectiva que eventualmente não outorgou, uma convenção colectiva, aliás, que pode ter sido outorgada por uma associação de empregadores que nem sequer o represente³⁹⁰. Parece evidente a intencionalidade primacial da regra: garantir a estabilidade dos direitos colectivos dos trabalhadores cujos contratos integram, em incontáveis casos, normas derivadas das convenções colectivas³⁹¹.

Dizer isto não implica, no entanto, dar por resolvidas todas as dificuldades suscitadas pela interpretação do artigo 3º da Directiva. Pelo contrário: o ponto nevrálgico desta questão tem consistido precisamente em determinar em que medida a norma confere uma maior ou menor estabilidade às condições de trabalho acordadas por convenção colectiva *ao fixar um limite temporal* em que o empregador transmissário permanecerá vinculado a este mesmo instrumento já existente. Sublinhe-se que o grau de estabilidade aqui em causa varia consoante a leitura que se faça deste regime na judicatura e a doutrina tem enfatizado essas dúvidas e essa variabilidade.

Importa convocar alguma da discussão travada a este respeito na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Aliás, por força do princípio da interpretação conforme, recaem sobre os tribunais dos Estados-membros o dever de interpretar as leis nacionais de acordo tanto com as directivas como com a interpretação jurisprudencial que o Tribunal de Justiça faz sobre elas.

³⁹⁰ Verifica-se uma divergência na doutrina portuguesa quanto ao conteúdo desta vinculação. Para Júlio Gomes (“Novas, novíssimas e não tão novas questões”, p. 109), ela se reporta apenas à “dimensão normativa” da convenção, não se estendendo, pois, à sua “dimensão obrigacional”, em que se inclui, entre outros aspectos, o relevante dever de renegociação da convenção que assim não vincularia o adquirente. Por seu turno, Gonçalves da Silva, “Nótula”, p. 131), escreve: “por um lado, a convenção vale pelo seu todo, não podendo ser reconduzida a um conjunto atomístico de cláusulas; por outro, a deschrinça entre cláusulas obrigacionais e normativas não tem base legal, sendo de difícil execução; acresce que muitas cláusulas ditas obrigacionais, são essenciais para a (boa) execução da convenção, pelo que a sua amputação prejudicaria a plena observância da convenção”.

³⁹¹ Já foi sublinhado, no entanto, que esta intencionalidade de se manter após a transmissão a convenção que vinculava o cedente como modo de tutela dos trabalhadores pode nalguns casos não se verificar. Como escreve Júlio Gomes, “Novas, novíssimas e não tão novas”, p. 105: “pense-se na eventualidade de tal convenção conter múltiplos aspectos desfavoráveis em relação à lei e ser mesmo globalmente mais desfavorável para os trabalhadores do que a que já está em vigor na empresa do transmissário em que a unidade económica transmitida vai eventualmente integrar-se”.

Ressalte-se que enquanto o artigo 3º, nº 3, primeiro parágrafo da Directiva dos Direitos Adquiridos prevê que “após a transferência, o cessionário manterá as condições de trabalho acordadas por uma convenção colectiva, nos mesmos termos em que esta as previa para o cedente, até à data de rescisão ou do termo da convenção colectiva ou até à data de entrada em vigor ou de aplicação de outra convenção colectiva”³⁹², o segundo parágrafo precisa que “os Estados-membros podem limitar o período de manutenção das condições de trabalho desde que este não seja inferior a um ano”.

A leitura da norma pareceria determinar uma resposta inequívoca relativamente ao ponto nodal agora em apreciação: o transmissário ficaria vinculado à convenção colectiva de trabalho que era aplicável ao transmissidente por um período não inferior a 12 meses. Contudo, a questão foi colocada perante o areópago do Luxemburgo que veio a pronunciar-se noutro sentido. Pela sua nuclear importância na matéria, parece-nos pertinente convocar os pontos essenciais da argumentação esgrimida na decisão do caso *Scattolon*.

O Tribunal de Justiça, depois de mobilizar as normas aplicáveis ao caso controvertido (artigo 3º da Directiva), sublinha que, na esteira de anterior jurisprudência:

a regra prevista no artigo 3º, nº 2, segundo parágrafo, da Directiva 77/187 não pode privar de substância o primeiro parágrafo do mesmo número. Por conseguinte, esse segundo parágrafo não impede que as condições de trabalho enunciadas na convenção colectiva a que estava sujeito o pessoal em causa antes da transferência deixem de ser aplicáveis antes de ter passado um ano desde a transferência, ou mesmo imediatamente na data em que a transferência ocorre, quando se verifique uma das situações referidas no primeiro parágrafo do mesmo número, a saber, a rescisão ou o termo da referida convenção colectiva ou a entrada em vigor ou a aplicação de outra convenção colectiva”³⁹³.

Mas se assim é, continua o Tribunal, o referido artigo 3º, nº 2, primeiro parágrafo, da versão originária da Directiva, (“o cessionário mantém as condições de trabalho acordadas por convenção colectiva nos mesmos termos

³⁹² Do teor literal desta regra, constata-se o caráter mais amplo do normativo nacional correspondente, uma vez que o nº 1 do artigo 498º faz referência ao “instrumento de regulamentação colectiva”.

³⁹³ Caso *Scattolon*, nº 73.

em que esta as previa para o cedente, até à data da [...] aplicação de outra convenção colectiva”), deve ser entendido “no sentido de que é permitido ao cessionário aplicar, a partir da data da transferência, as condições de trabalho previstas na convenção colectiva que para si vigora, incluindo as relativas à remuneração”³⁹⁴.

Para o areópago europeu, embora se entenda que a Directiva “deixa uma margem de manobra que permite ao cessionário e às outras partes contratantes organizar a integração salarial dos trabalhadores transferidos de forma a adaptá-la devidamente às circunstâncias da transferência em causa, não deixa de ser verdade que as modalidades escolhidas devem ser conformes com o objectivo da referida Directiva”. E esse objectivo, enfatiza-se no acórdão, “consiste, essencialmente, em impedir que os trabalhadores sujeitos a uma transferência sejam colocados numa posição menos favorável apenas por causa dessa transferência”³⁹⁵.

Tudo isto para concluir que:

a implementação da faculdade que consiste em substituir, com efeito imediato, as condições de que beneficiam os trabalhadores transferidos por força da convenção colectiva que vigora para o cedente pelas condições que estão previstas na convenção colectiva que vigora para o cessionário não pode, por conseguinte, ter por finalidade ou efeito impor aos referidos trabalhadores condições globalmente menos favoráveis do que as que eram aplicáveis antes da transferência. Caso contrário, a realização do objectivo prosseguido pela Directiva 77/187 poderia facilmente ser posta em causa em qualquer sector regulado por convenções colectivas, o que prejudicaria o efeito útil da referida Directiva³⁹⁶.

Como se pode ver, apesar do teor literal da regra, o Tribunal de Justiça admite que o prazo de 12 meses referenciado, previsto, ao que parecia, como válvula de segurança para “evitar uma rutura súbita do quadro normativo convencional aplicável à relação de trabalho”³⁹⁷, possa afinal vir a

³⁹⁴ Caso *Scattolon*, nº 74.

³⁹⁵ Caso *Scattolon*, nº 75.

³⁹⁶ Caso *Scattolon*, nº 76. De algum modo antevendo este caminho, v. Acórdão de 2008, proferido no caso *Jiuri*.

³⁹⁷ A formulação é do próprio Tribunal, num caso posterior, o caso *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, decidido em 2014, que se mantém embora na doutrina firmada em *Scattolon*.

ser encurtado, ou mesmo eliminado, bastando para tal que o adquirente aplique aos trabalhadores transmitidos uma convenção colectiva aplicável ao seu negócio antes da transmissão, desde que isso não implique para esses trabalhadores uma posição globalmente menos favorável³⁹⁸.

E qual será a solução a adoptar na circunstância de uma convenção colectiva ser negociada após a transmissão da unidade económica? Esse ponto foi apreciado pelo Tribunal de Justiça nos controversos Acórdãos *Werhof* e *Alemo-Herron*, cujo relevo justifica recapitularmos, de imediato, os seus elementos nucleares.

Caso *Werhof*

Estava em causa, na origem do caso *Werhof*, um contrato individual de trabalho que contemplava uma cláusula que, no tocante à retribuição salarial, remetia para uma convenção colectiva que vigorava para o transmitente. Posteriormente à data da transmissão, a estrutura sindical de representação dos trabalhadores celebrou uma nova convenção colectiva que previa um aumento salarial. O adquirente não estava filiado à associação de empregadores que fez parte das negociações em apreço, tendo por isso se recusado a pagar aos trabalhadores transmitidos o referido aumento salarial.

Em consequência disso, Hans, um dos trabalhadores afetados pela transmissão, reclamou, junto do órgão jurisdicional laboral alemão de primeira instância, o acréscimo da remuneração acordada. A sua pretensão, porém, veio a ser declarada improcedente pelo referido juízo. Hans recorreu desta decisão para o *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Superior do Trabalho), o qual, após ter verificado que a legislação alemã não conferia àquele o direito à retribuição reclamada, suspendeu a instância, reenviando ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

A sujeição do cessionário de um estabelecimento, não vinculado por uma convenção colectiva, a um acordo celebrado entre o cedente do estabelecimento vinculado por uma convenção colectiva, e o trabalhador, por força do

³⁹⁸ É interessante notar a leitura progressivamente *nuancée* do Tribunal de Justiça quanto à finalidade dos preceitos em causa (artigo 3º). Assim, no acima mencionado o caso *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, o Tribunal já salienta que “o objetivo desta diretiva é também o de assegurar um justo equilíbrio entre os interesses dos trabalhadores, por um lado, e os do cessionário, por outro. Daqui resulta, nomeadamente, que o cessionário deve poder proceder aos ajustamentos e às adaptações necessárias à continuação da sua atividade” (nº 29). Esta posição, aliás, seria invocada no nº 19 do Acórdão de 06.04.2017, no caso *Unionen*.

qual são aplicáveis as convenções colectivas salariais em vigor que vinculam o cedente, concretamente a convenção salarial em vigor à data da transferência do estabelecimento mas não as convenções salariais que entrarem posteriormente em vigor, é conforme ao artigo 3, n.º 1 da Directiva(...)?³⁹⁹.

Os trabalhadores defendiam que a cláusula de remissão para convenções colectivas enunciada nos contratos individuais de trabalho, transferidos para o adquirente por força da operação transmissiva, possuía carácter dinâmico, no sentido de que este estaria vinculado não somente às convenções existentes à data dessa operação, mas ainda às que fossem negociadas após essa data.

Em contrapartida, o adquirente sustentava que a cláusula de remissão deveria ser objecto de uma interpretação estática, de modo que apenas às convenções colectivas em vigor à data da transferência poderiam vinculá-lo, sob pena de violação da sua liberdade negativa de associação, *rectius*, liberdade de não-afiliação.

Na argumentação, o Tribunal reafirmou a sua jurisprudência anterior, nos termos da qual as regras da Directiva devem ser consideradas imperativas, não podendo por isso serem derrogadas em moldes desfavoráveis para os trabalhadores transferidos⁴⁰⁰. Seguidamente, o Tribunal analisou a relação entre a proteção da Directiva e a liberdade contratual do adquirente e, tal como este, entendeu estar em causa no litígio a liberdade de não-associação do mesmo:

Para interpretar as disposições da Directiva, deve ter-se em conta o princípio da unidade da ordem jurídica comunitária, que exige que a interpretação do direito comunitário derivado seja feita no sentido da sua conformidade com os princípios gerais de direito comunitário; importa recordar que a liberdade de associação, que inclui igualmente o direito de não se fazer parte de um sindicato, está consagrada pelo artigo 11º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (...); a interpretação estática da cláusula contratual permite evitar que o cessionário do estabelecimento, que não é parte na convenção colectiva, fique vinculado pelas evoluções futuras dessa última⁴⁰¹.

³⁹⁹ Acórdão Werhof, processo C-499/04, nº 13.

⁴⁰⁰ Caso *Werhof*, nº 26.

⁴⁰¹ Caso *Werhof*, nº 32-34.

Segundo o Tribunal, do texto do artigo 3º da Directiva não resulta a intenção do legislador comunitário em vincular o transmissário a outras convenções colectivas que não a que está em vigor no momento da transmissão e, consequentemente, impor a posterior modificação das condições de trabalho pela aplicação de uma nova convenção colectiva celebrada após o negócio transmissivo. Uma leitura dessa natureza, precisa o Tribunal, está em linha com o escopo da Directiva, que se circunscreve à manutenção das garantias laborais em vigor no momento da transferência da unidade económica. Em contraste, salienta o Tribunal, o normativo legal “não protege simples expectativas e, portanto, os hipotéticos benefícios decorrentes das evoluções futuras das convenções colectivas”⁴⁰².

O Tribunal de Justiça rejeitava assim a tese invocada pelos trabalhadores, para quem, à luz da Directiva, uma cláusula de remissão, consignada no contrato de trabalho, para convenções colectivas celebradas em determinado sector, teria necessariamente carácter dinâmico, remetendo, desse modo, para acordos colectivos posteriores à transferência⁴⁰³.

No entender do Tribunal, a transmissão da empresa implicaria somente a passagem para o adquirente dos termos e condições de trabalho acordados em convenção colectiva que vigorava para o transmitente aquando da transmissão (solução que seria alvo de revisão em jurisprudência posterior, como se verá na sequência). Saliente-se, também, o carácter inovador desse Acórdão, uma vez que nele, pela primeira vez, o Tribunal de Justiça afirmou que não obstante o objectivo da Directiva de proteger os interesses dos trabalhadores afetados pela transmissão, não se pode ignorar os do adquirente, o qual *deve poder proceder aos ajustamentos e adaptações necessários à continuidade da sua actividade*⁴⁰⁴.

Caso *Alemo-Herron*

O polémico caso *Alemo-Herron* reportava-se à vinculação ou não do adquirente a uma convenção colectiva de trabalho periodicamente negociada, por força da remissão de uma cláusula dinâmica consignada nos contratos individuais de trabalho dos trabalhadores afetados pela operação transmissiva. A referida cláusula dispunha que os termos e as condições de

⁴⁰² Caso *Wehrof*, nº 29.

⁴⁰³ Caso *Werhof*, nº 29.

⁴⁰⁴ Caso *Werhof*, nº 31.

emprego dos trabalhadores em questão seriam regulados de acordo com aquele instrumento colectivo, em vigor à data da transmissão. Posteriormente à esta, celebrou-se uma nova convenção.

As entidades transmitente e transmissária pertenciam ao sector privado e não intervieram nas negociações em apreço, dado a respectiva estrutura de representação colectiva negociar somente em nome da administração pública. Com fundamento em que o acordo colectivo se celebrara após a transmissão, o adquirente informou os trabalhadores de que não estaria vinculado à nova convenção, recusando-lhes o aumento salarial nela prevista.

No seguimento dessa recusa, os trabalhadores intentaram uma ação judicial perante o órgão jurisdicional laboral doméstico de primeira instância, que a declarou improcedente. Já em fase recursal, a pretensão dos trabalhadores foi reconhecida, e a primeira decisão consequentemente anulada.

Insatisfeito, o adquirente interpôs recurso para a *Court of Appeal*, que lhe deu razão. Por fim, os trabalhadores recorreram desta decisão para a Suprema Corte do Reino Unido, a qual, através do mecanismo do reenvio, interpelou o Tribunal de Justiça quanto à adequação das cláusulas dinâmicas à luz do artigo 3.o da Directiva dos Direitos Adquiridos.

O Advogado-Geral Cruz Villalón defendia que o desiderato em análise não obstava a que os Estados-membros permitissem às partes incorporarem, nos contratos individuais de trabalho, cláusulas de remissão dinâmicas para convenções coletivas futuras, e a que essas cláusulas pudesse ser objecto de transferência na sequência da transmissão de empresa⁴⁰⁵ – solução que reflectiria um equilíbrio entre a proteção do trabalhador e os interesses do empregador transmissário⁴⁰⁶.

Tal posição não veio a ser confirmada. Pelo contrário, o Tribunal declarou:

o artigo 3º da Directiva 2001/23 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que, no caso de uma transferência de empresa, um Estado-Membro preveja que as cláusulas de reenvio dinâmico para convenções coletivas negociadas e adotadas depois da data da transferência sejam oponíveis ao cessionário⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Conclusões do Advogado-Geral Cruz Villalón, nºs 39 e 41.

⁴⁰⁶ Conclusões, nº 22.

⁴⁰⁷ Caso *Alemo*, decisão.

Na fundamentação, o Tribunal começa por sublinhar, de forma inédita, que o escopo da Directiva não se confina à salvaguarda dos direitos dos trabalhadores confrontados com a transmissão da unidade económica em que laboram; ela pretende antes assegurar “um justo equilíbrio” entre os interesses destes últimos, por um lado, e os do transmissário, por outro. Apoiando-se na leitura argumentativa do Acórdão *Werhuf* – a qual, na opinião do Advogado-Geral, não seria de aplicar ao caso em apreciação-, o Tribunal precisa, também, que “o cessionário deve poder proceder aos ajustamentos e às adaptações necessárias à continuação da sua atividade”⁴⁰⁸; ajustamentos e adaptações que, em seu entender, podem ser postos em causa por uma cláusula de remissão dinâmica no contexto de uma transmissão de uma empresa do sector público para o sector privado, como a que estava na origem do litígio principal, prejudicando, nesta medida, “o justo equilíbrio entre os interesses do cessionário, na sua qualidade de entidade patronal, por um lado, e os dos trabalhadores, por outro”⁴⁰⁹.

Os argumentos acima alinhavados trouxeram à ribalta várias questões complexas a propósito da Directiva dos Direitos Adquiridos⁴¹⁰. Uma delas, já aflorada neste estudo, prende-se com a teleologia do normativo, *rectius*, com os objetivos verdadeiramente prosseguidos por ele. A segunda, de cariz constitucional, versa sobre o alcance do expediente articulatório da harmonização parcial nele inscrito, bem como sobre o papel da Carta dos Direitos Fundamentais.

Em primeiro lugar, quanto aos fins da Directiva, encontramos autores como Jeremias Prassl, que defendem, de forma incisiva, que ela nunca foi desenhada para equilibrar os interesses do trabalhador e os do empregador. Nas palavras de Prassl, “the Acquired Rights Directive is not premised

⁴⁰⁸ Caso *Alemo*, nº 25.

⁴⁰⁹ Caso *Alemo*, nºs 28 e 29.

⁴¹⁰ Sobre o caso *Alemo*, veja-se, entre outros, Jeremias Prassl, “Freedom of a Contract as a General Principle of EU Law? Transfer of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law”, pp. 434 e ss.; Rebecca Zahn, “The Court of Justice of the European Union and Transfer of Undertakings: Implications for Collective Labour Rights”, pp. 72 e ss.; Elizabeth Brameshuber, “Balancing vs Preservation of Rights under the Acquired Rights Directive”, pp. 6 e ss.; Marija Bardl / Cândida Leone, “Minimum Harmonisation after *Alemo-Herron*: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review”, pp. 140 e ss.; David Martins, “Transfer of an Economic Unit”, pp. 24 ss.

on an internal balance. To the contrary, it is explicitly worker protective, designed as a counterweight to the impact of early market liberalisation”⁴¹¹.

Mas se a dimensão mais pujante do normativo legal, assente na manutenção dos direitos dos trabalhadores no caso de mudança da entidade patronal, parece inquestionável, não se pode ignorar que ele reflectiu, também, algumas nuances de proteção do transmissário, na medida em que, como vimos, a Directiva foi adoptada com vista a impulsionar o mercado comum, através das reestruturações empresariais. Esta leitura parece ainda mais reforçada quando, na revisão legislativa de 1998, o legislador europeu manteve o enquadramento da Directiva fundado numa disposição de mercado (actual artigo 115 do TFUE), e não laboral (artigo 153 do mesmo diploma).

A este propósito, Elizabeth Brameshuber observa que, não obstante o justo equilíbrio entre os interesses dos trabalhadores e os do transmissário não derivar *expressis verbis* do texto da Directiva, o horizonte intencional da mesma se traduziu na facilitação das reestruturações das empresas, com vista a torna-las mais competitivas e eficientes no conspecto europeu. Segundo Brameshuber,

The ARD is not based on the Union’s competence in social policy (Article 153 TFEU) but on the internal market (Article 115 TFEU). The employer- and market-orientation is also—if not explicitly—reflected in the Directive itself. Under Article 4(1), which provides that a transfer of undertakings shall not in itself constitute grounds for dismissal, an exception is recognised where the employees had to be dismissed ‘for economic, technical or organisational reasons entailing changes in the workforce’. Article 4(2) also provides for special termination rights if the transfer involves a substantial change in working conditions to the detriment of the employee, recognising that such changes may be inherent in a transfer”⁴¹².

Na mesma linha, Marija Bartl e Candida Leone sustentam que

The fact that the Directive itself sets a time limit to the applicability of previously agreed collective agreements and allows Member States to limit

⁴¹¹ Jeremias Prassl, “Freedom to Conduct”, p. 439. Neste sentido, Rebecca Zahn, “The Court of Justice”, p. 72.

⁴¹² Elizabeth Brameshuber, “Balancing vs Preservation”, p. 8.

in time such applicability (Article 3.3) suggests that employers interests have also been taken into account⁴¹³.

Note-se, de todo o modo, que independentemente de se acolher aqui uma ou outra via interpretativa, da decisão proferida no Acórdão *Alemo* emergem ainda aspectos de maior profundidade, sobre os limites do modelo da harmonização parcial no contexto da Directiva dos Direitos Adquiridos, bem como sobre o âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Quanto àquele primeiro nódulo problemático, o Advogado-Geral Villalón enfatiza que uma vez que a Directiva procura harmonizar parcialmente a disciplina da transmissão de empresa, os Estados-membros conservam plenos poderes de ação para darem cumprimento e aplicarem a mesma. Tais poderes, conclui o Advogado-Geral, contam com uma tutela acrescida no artigo 8º do instrumento normativo⁴¹⁴, cuja parte final, conforme se destacou anteriormente, consagra que esse “não afecta a faculdade de os Estados-membros (...) favorecerem ou permitirem a celebração de convenções colectivas ou acordos entre parceiros sociais que sejam mais favoráveis aos trabalhadores”.

No caso *Alemo*, importava determinar se a medida regulatória doméstica seria ou não subsumível a essa regra. Do confronto entre a argumentação expendida pelo Tribunal e pelo Advogado-Geral sobre o problema, é possível extrair um ponto de convergência, o qual se traduz na afirmação de que as cláusulas dinâmicas de reenvio para as convenções colectivas negociadas e adoptadas posteriormente à transmissão constituem direitos mais favoráveis para os trabalhadores⁴¹⁵.

Apesar disso, considerou-se necessário cotejar a disposição com uma das normas enunciadas na Carta dos Direitos Fundamentais, como seja a liberdade de empresa reconhecida no seu artigo 16⁴¹⁶. Embora admitindo que a jurisprudência não tenha fornecido uma definição completa e operativa da referida liberdade, e que a faculdade de adquirir uma determinada empresa não esteja por ela abrangida, estabeleceu-se que ela compreende

⁴¹³ Marija Bartl / Candida Leone, “Minimum Harmonisation”, p. 145.

⁴¹⁴ *Conclusões*, nº 23-24.

⁴¹⁵ Caso *Alemo*, nº 24.

⁴¹⁶ V. Acórdão *Alemo*, nº 30 e *Conclusões*, nº 47.

a liberdade contratual, que deve ser tida em consideração aquando da sua interpretação⁴¹⁷.

A este propósito, o Advogado-Geral, após observar que o facto de, no contexto de uma transferência de empresa, o empresário poder ficar indefinidamente sujeito a condições laborais que não acordou adquire os contornos de uma restrição à liberdade de contratação, salientou que o ordenamento doméstico não pareceria se opor a que os trabalhadores transmitidos e o transmissário negociassem e acordassem “em anular, alterar ou manter a referida cláusula”, pelo que a liberdade de empresa nos termos do artigo 16 da Carta estaria salvaguardada. Porém, para o Advogado-Geral, este aspecto suscitaria a apreciação do direito nacional, que não compete ao Tribunal de Justiça, mas sim ao órgão jurisdicional de reenvio, realizar⁴¹⁸.

O Tribunal de Justiça seguiu, de novo, um rumo interpretativo distinto, ao formular que, no caso em análise, o adquirente não tinha possibilidade de participar no organismo de negociação colectiva, o que o privava de invocar eficazmente os seus interesses e, desta forma, a sua liberdade contratual “é seriamente reduzida a ponto de tal limitação poder prejudicar a própria substância do seu direito à liberdade de empresa”. Ainda nas palavras do Tribunal,

o artigo 3º da Diretiva 2001/23, em conjugação com o artigo 8º desta diretiva, não pode ser interpretado no sentido de que autoriza os Estados-Membros a adotarem medidas que, se bem que mais favoráveis aos trabalhadores, são suscetíveis de prejudicar a própria substância do direito do cessionário à liberdade de empresa⁴¹⁹.

Essa decisão representa, já o dissemos, um ponto de viragem na judicatura comunitária⁴²⁰, na medida em que dela resulta que nem o mecanismo da harmonização parcial subjacente a Directiva, nem o seu artigo 8º que permite alterações *in melius* das suas regras pelos Estados-membros, podem condicionar o direito primário da União, designadamente a Carta dos Direitos Fundamentais⁴²¹.

⁴¹⁷ Cf. Acórdão *Alemo*, nº 32; *Conclusões*, nºs 49 e 57.

⁴¹⁸ V. *Conclusões*, nºs 54-58.

⁴¹⁹ V. Acórdão, nºs 35 e 36.

⁴²⁰ Assim, Jeremias Prassl, “Freedom of contract”, p. 434; Rebecca Zahn, “The Court of Justice”, p. 72.

⁴²¹ Neste sentido, v. Jeremias Prassl, “Freedom of Contract”, p. 445.

Com efeito, no Acórdão *Alemo*, o Tribunal deixou assente que, no caso da transmissão de empresas, os Estados-membros não estão autorizados a adotar disposições que, ainda que mais favoráveis para os trabalhadores, sejam susceptíveis de cercear alguma das dimensões da liberdade de empresa do adquirente⁴²², incluindo a sua liberdade contratual.

Nesta medida, é possível afirmar que o caso *Alemo* acarreta um certo alargamento do âmbito da Carta. Como é sabido, os direitos fundamentais da União caracterizam-se pela sua natureza específica; a sua violação não suscita, em princípio, a aplicabilidade automática do Direito da União, contrariamente ao que sucede, por exemplo, na situação das liberdades fundamentais. Como destacam Marija Bartl e Candida Leone, “in contrast to fundamental freedoms, EU fundamental rights are meant to apply only when other EU law provisions are applicable to the situation”⁴²³.

Para além de tudo, o referido Acórdão parece poder ter significantes implicações para o direito do trabalho da União Europeia. Em particular, ele retrata uma certa diminuição da margem de manobra dos Estados-membros aquando da implementação de Directivas com vista à proteção das garantias laborais⁴²⁴. Nos dizeres de Rebecca Zahn,

By turning the Directive from one which sets minimum standards for the approximation of laws to one that limits the amount of protection which employees can expect in cases where there is a conflict with economic rights, the CJEU is narrowing ‘the right of Member States to determine their national labour regimes’ and, in repeatedly doing so in its case law, is threatening ‘the social compromise for integration’⁴²⁵.

O essencial da discussão jurídica em torno deste importante problema mostra como nos situamos em terreno escorregadio, resvalando os argumentos invocados para um ou outro lado, consoante o conjunto de interes-

⁴²² Como veremos, no caso *Laval*, o Tribunal considerou que a Directiva 96/71 confere regras máximas, e não mínimas, de proteção dos trabalhadores destacados.

⁴²³ Marija Bartl / Candida Leone, “Minimum Harmonisation”, p. 149.

⁴²⁴ Neste sentido, Rebecca Zahn, “The Court of Justice”, p. 82 e Marija Bartl / Candida Leone, “Minimum Harmonisation”, p. 141.

⁴²⁵ Rebecca Zahn, “The Court of Justice”, p. 83. A Autora, pp. 80 ss, chama ainda a atenção para o impacto negativo do caso *Alemo* no ordenamento inglês, que teve de ser revisto, bem como nas demais ordens jurídicas domésticas onde às regras laborais são colectivas constitucionalmente reconhecidas.

ses, designadamente económicos ou sociais, a que se conceda prioridade. Por outro lado, pode ocorrer ainda que o prazo de vigência da convenção colectiva tenha expirado. Refira-se que tal hipótese se suscitou na jurisprudência da União, nomeadamente no caso *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, no qual o Tribunal de Justiça acabaria por se afastar do seu entendimento explanado na sua jurisprudência anterior.

No caso que ora nos ocupa, o Tribunal apreciou a consonância, com o artigo 3º da Directiva, de uma convenção colectiva em condição de sobre-vigência. Interessava, pois, avaliar se uma convenção com efeitos prolongados seria ou não aplicável à entidade transmissária. No caso *sub judice*, a operação transmissiva tinha o intuito de regular as garantias dos trabalhadores transferidos com base na convenção colectiva a que o adquirente estava vinculado, e que estipulava condições de trabalho manifestamente mais precárias.

O Tribunal, além de reafirmar que a finalidade da Directiva consiste em impedir que os trabalhadores sejam colocados numa situação menos favorável unicamente em função da transmissão, bem como em assegurar um justo equilíbrio entre os interesses dos mesmos, por um lado, e os do transmissário, por outro, e do qual resulta, nomeadamente, que este último deve poder levar a cabo os ajustamentos e as adaptações necessárias à prossecução da sua actividade, estabeleceu que o normativo não tem por objectivo a manutenção de uma convenção colectiva enquanto tal, mas sim as condições de trabalho nela previstas, não sendo aqui determinante a origem específica ou a técnica utilizada para que essas condições vinculem o transmissário⁴²⁶.

Do aqui decidido se pode inferir que, na concepção do Tribunal, os termos e condições de trabalho de uma convenção colectiva, ainda que em período de sobre-vigência, conservam a sua validade, desde logo por não condicionar a realização pelo transmissário de ajustamentos e alterações no seio da unidade económica adquirida.

Solução semelhante é a que deflui, ainda, do caso *Asklepios*, no qual o Tribunal de Justiça apreciou uma questão idêntica a do Acórdão *Alemo-Herron*, isto é, a da vinculação do adquirente a uma cláusula contratual de

⁴²⁶ Acórdão *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, processo C-328/13, nº 24, 25 e 29. Para mais desenvolvimentos sobre este aresto, v. Elizabeth Brameshuber, “Balancing vs Preservation”, pp. 1 e ss.; David Carvalho Martins, “Transfer of an economic”, p. 42.

reenvio dinâmico para os termos de uma convenção colectiva negociada após o negócio transmissivo.

Conforme salientou o Advogado-Geral Yves Bot nas suas *Conclusões*, *Asklepios* assemelha-se, também, ao decidido no caso *Werhof*, na medida em que ambos tiveram origem na judicatura germânica, onde, como vimos, a cláusula contratual de reenvio foi objecto de uma interpretação estática pelo Tribunal de Justiça.

Mais uma vez, o entendimento do Advogado-Geral e o do Tribunal não foram coincidentes. Ao abrigo dos Acórdãos *Werhof* e *Alemo-Herron*, Yves sustentava que o artigo 3º, nº 1, em conjugação com o artigo 3º, nº 3, ambos da Directiva dos Direitos Adquiridos,

deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que tal cláusula revista, após a transferência do estabelecimento, um caráter dinâmico, ou seja, que a mesma seja interpretada no sentido de remeter igualmente para as alterações futuras que a referida convenção coletiva venha a sofrer. Pelo contrário, a articulação entre os nºs 1 e 3 do artigo 3º da Directiva 2001/23 exige que o reenvio contido na cláusula constante do contrato de trabalho esteja sujeito aos limites temporais previstos no artigo 3º, nº 3, desta directiva, aplicáveis às condições de trabalho acordadas por uma convenção coletiva⁴²⁷.

Por seu turno, o Tribunal de Justiça, embora tendo reafirmado a sua fundamentação expandida no Acórdão *Alemo-Herron* quanto a necessidade de salvaguarda da liberdade de empresa do adquirente⁴²⁸, diferenciou-o do litígio agora em análise por neste a legislação nacional em causa prever, “em benefício do cessionário, possibilidades de adaptar, posteriormente à transferência, de uma maneira consensual ou unilateral, as condições de trabalho existentes à data da transferência”⁴²⁹.

A decisão proferida, por conseguinte, assumiu diferentes matizes comparativamente a do Acórdão *Alemo-Herron*. Com efeito, o Tribunal entendeu que, embora resulte da sua jurisprudência anterior, nomeadamente do caso *Werhof*, que o artigo 3º da Directiva deve ser interpretado no sentido de que não impõe uma concessão dinâmica de uma cláusula estática,

⁴²⁷ *Conclusões* do Advogado-Geral Yves Bot, nº 115.

⁴²⁸ Caso *Asklepios*, nºs 22 e 23.

⁴²⁹ Caso *Asklepios*, nº 24.

isso não implica, porém, uma leitura no sentido de que visa impedir uma cláusula contratual de carácter dinâmico de produzir os seus efeitos⁴³⁰.

Assinale-se, por fim, que o Tribunal, contrariamente à abordagem que fez no caso *Alemo-Herron*, salientou, a propósito da compatibilidade ou não das cláusulas de reenvio dinâmico com a liberdade de empresa prevista no artigo 12º da Carta dos Direitos Fundamentais da União, que “é o orgão jurisdicional de reenvio que tem competência exclusiva para apreciar os factos e para interpretar a legislação nacional”⁴³¹.

Pode concluir-se que, a semelhança da mediação do caso *Osterreichischer*⁴³², no caso *Asklepios* o Tribunal de Justiça volta a socorrer-se da doutrina firmada no caso *Alemo-Herron*, sobre o “justo equilíbrio” entre os interesses do trabalhador e do adquirente visados pela Directiva. A solução perfilhada naqueles dois primeiros Acórdãos é manifestamente mais favorável para os trabalhadores afetados pela transmissão, contrastando, nessa medida, com o decidido nos casos *Werhof* e *Alemo-Herron*. De todo o modo, é interessante notar que, se as *Conclusões* do Advogado-Geral do caso *Alemo-Herron* tivessem sido apresentadas no caso *Asklepios*, e as deste último tivessem sido apresentadas no primeiro, estariam em perfeita harmonia com a decisão proferida pelo Tribunal nos respectivos casos.

Vimos também que nos casos *Scattolon* e *Osterreichischer*, o Tribunal interpretou o artigo 3º, nº 3 da Directiva, no sentido de que autoriza o adquirente a aplicar aos trabalhadores transmitidos o acordo colectivo que já se aplicava no seu negócio, ainda que o mesmo seja diferente do que vigorava para o transmitente. Contudo, no caso *Juuri*, e mais tarde no caso *ISS*, o Tribunal parece ter recusado a possibilidade de o adquirente aplicar aos trabalhadores a sua convenção colectiva se eles já estivessem vinculados à convenção que vigorava para o transmitente⁴³³.

Pode dizer-se que a inconsistência dessas leituras parece advir da falta de clareza da redacção legal. Efectivamente, vimos que o artigo 3º, nº 3, estabelece que o adquirente manterá as condições de trabalho acordadas por uma convenção colectiva, nos mesmos termos em que esta as previa para o cedente, até à data da rescisão ou do termo da convenção colectiva ou até à data de entrada em vigor ou de aplicação de outra convenção

⁴³⁰ Caso *Asklepios*, nºs 19 e 20.

⁴³¹ Caso *Asklepios*, nº 27.

⁴³² Caso *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, processo C-328/13.

⁴³³ Caso *Juuri*, nºs 32-34; caso *ISS Facility*, nº 28.

colectiva. Ora, essa norma possui um carácter vago, pelo que está sujeita a diferentes interpretações. A este propósito, Silvia Rainone considera que não é claro

whether ‘application of another agreement’ could also refer to the collective agreement already in force to the transferee, or whether it only refers to the situation whereby the collective agreement that was in force before the transfer ceases to produce legal effects because it reached its expiration or was substituted by its original signatories⁴³⁴.

5. Alteração das condições de trabalho

Após termos analisado os efeitos da transmissão da unidade económica na vertente colectiva do direito laboral, concretamente nas condições de trabalho reguladas por convenções colectivas, que retratam mais um exemplo expressivo das tensões entre a ordem jurídica da União e os diferentes ordenamentos nacionais, de modo imediato pela interpretação constitutiva do Tribunal de Justiça, que nem sempre se revela a mais concertânea com o direito do trabalho ou com o modelo da harmonização subjacente a Directiva dos Direitos Adquiridos (v.g., caso *Alemo-Herron*), passamos agora a debruçar-nos sobre mais um tema em que esses problemas se manifestam: o da rescisão contratual motivada pelas alterações das condições de trabalho decorrentes do negócio transmissivo. Na realidade, volvidos mais de 40 anos desde a adopção da primeira versão do normativo comunitário, o intérprete pouco a pouco vai sendo confrontado com novas questões que reclamam de si um olhar mais circunstanciado. Passamos agora a analisá-las.

Artigo 4º, nº 2

Se o contrato de trabalho ou a relação de trabalho for rescindido pelo facto de a transferência implicar uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador, a rescisão do contrato ou da relação de trabalho considera-se como sendo da responsabilidade da entidade patronal.

Conforme se depreende da textura legal da norma referida acima, o transmissário está impedido de introduzir alterações contratuais fundadas apenas na operação transmissiva. Com efeito, a argumentação domi-

⁴³⁴ Silvia Rainone, *The Role of the Court of Justice*, p. 120.

nante, pelo menos numa primeira fase, era a de que as regras da Directiva, designadamente as que regulam a proteção contra despedimentos em consequência da transmissão, revestiam natureza imperativa, pelo que não poderiam ser derrogadas de forma desfavorável para os trabalhadores, ainda que eles nisto consentissem⁴³⁵. Logo, ao transmissário só seria admissível acordar com os trabalhadores eventuais modificações contratuais fora do quadro da transmissão, salvo as hipóteses em que a operação implicasse mudanças inevitáveis das condições de trabalho (transferência de uma actividade de uma entidade de direito privado para uma pessoa colectiva de direito público), onde a rescisão do contrato ou da relação de trabalho da iniciativa do trabalhador deveria considerar-se da responsabilidade do novo empregador⁴³⁶.

Note-se, todavia, que no Acórdão *Juuri*, e mais recentemente no Acórdão *Sonia Govaerts*⁴³⁷, que analisaremos de seguida, o Tribunal de Justiça passou a interpretar o artigo 4º, nº 2, da Directiva 2001/23, no sentido de que o adquirente está autorizado a alterar as condições de trabalho mesmo em detrimento dos trabalhadores, e de que não obriga os Estados-membros a assegurar a esses trabalhadores o direito a uma indemnização a cargo do transmissário em condições equiparáveis ao direito que o trabalhador pode invocar quando a sua entidade patronal põe ilegalmente termo ao seu contrato ou à sua relação de trabalho⁴³⁸.

Caso *Sonia Govaerts*

O Acórdão *Sonia Govaerts* assume um carácter emblemático nesta querela. Nele, o Tribunal de Justiça veio dirimir um litígio que se prendia, no essencial, com duas questões. Em primeiro lugar, convocava a delimitação do conceito axial de transferência, estatuído, como se viu, no artigo 1º,

⁴³⁵ Caso *Daddy's Dance Hall*, nº 14 e 15.

⁴³⁶ Caso *Didier*, nº 56.

⁴³⁷ Sobre o Acórdão *Sonia Govaerts*, veja-se, entre outros, John McMullen, “Leaving a Legacy”, pp. 150-157; Pedro Oliveira, “Transmissão de unidade económica com pluralidade de transmissários?”, pp. 265 e ss.; Roberto Cosio, “Appalti e trasferimenti d-impresa. Il trasferimento dell-impresa a due cessionari”, pp. 1153 e ss.; Giovanni Spinneli, “Successione di piú imprenditori nell-único appalto”, pp. 492 e ss.; André Pestana Nascimento / Liliana Silveira de Freitas, “Fragmentação do contrato de trabalho na transmissão de empresa ou estabelecimento”, pp. 555 e ss.; Júlio Gomes, “Quando a Lei Parte e Reparte o Contrato de Trabalho”, pp. 409-442.

⁴³⁸ Caso *Juuri*, nº 30.

nº 1, da Directiva dos Direitos Adquiridos. Neste ponto, porém, o Tribunal praticamente deu por adquirida a resposta, acolhendo-se ao amplo (e versátil) conceito de transferência construído, como vimos, ao longo de anos em sucessiva e abundante jurisprudência.⁴³⁹

⁴³⁹ Sobre a evolução jurisprudencial nesta matéria, vejam-se os arrestos *Temco* (Processo c-151/00), *Rygaard; Hernandez Vidal e outros* (Processos apensos C-127/96, C-229/96 e C-74/97); *Allen e outro* (Processo C-234/98); *Abler e outro* (Processo C-340/01); *Klarenberg* (Processo C-466/07); *Juuri* (Processo C-396/07); *UGT-FSP* (Processo C-151/09); *CLECE SA* (Processo C-463/09); *Ferreira da Silva e Brito* (Processo C-160/14); *ADIF* (Processo C-509/14); *Unionen* (Processo C-36/15); *Piscarreta Ricardo* (Processo C-416/16); *Securitas* (Processo C-200/16); *Cátia Correia Moreira* (Processo C-317/18). Um panorama atento sobre a jurisprudência comunitária pode encontrar-se nos importantes estudos de Júlio Gomes, “O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão do estabelecimento no direito do trabalho: o artigo 37º da LCT e a Directiva de 14 de Fevereiro de 1977, 77/187/CEE”, Idem, “A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão das empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos: inflexão ou continuidade?”, Idem, “Comentário de urgência ao Acórdão do TJCE, de 20 de novembro de 2003”; Idem, “Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho”; Idem, “Albran Catering e a relação laboral sem contrato”; Idem, “ADIF e Asklepios – algumas notas sobre dois Acórdãos do TJ em matéria de transmissão de unidade económica”. Para mais desenvolvimentos, veja-se ainda Francisco Liberal Fernandes, “Harmonização social no direito comunitário: a Directiva 77/187/CEE, relativa à transferência dos trabalhadores de empresa. Suas implicações no direito português”; Vivien Shrubsall, “Competitive Tendering, Out-sourcing and the Acquired Rights Directive”; Sylvaine Laulom, “The European Court of Justice in the Dialogue on Transfers of Undertakings: A Fallible Interlocutor?”, Fernando Valdés Dal-Ré, “Transfers of Undertakings”; Manuel Baptista, “A jurisprudência do Tribunal de justiça da União Europeia e a defesa dos direitos dos trabalhadores no caso de transferência de empresas ou estabelecimentos”; Catarina Carvalho, “Admissibilidade de um acordo entre transmitente e transmissário no sentido de excluir a transmissão de contratos de trabalho”; John McMullen, “Some problems and themes in the application Member-States of Directive 2001/23/EC on transfer of undertakings”; Idem, “Recent CJEU Case Law on the Transfer of Asset-Reliant Undertakings”; Idem, “Transfer of Undertakings: The Purposive Approach”; David Falcão / Sérgio Tenreiro Tomás, “Transmissão da Unidade Económica e suas Implicações no Contrato de Trabalho: Jurisprudência do TJUE e Jurisprudência Nacional”; David Carvalho Martins, *Da transmissão da unidade económica no direito individual do trabalho*, p. 184 e ss.; Idem, “Transfer of an economic unit: Requirements, effects and recent CJEU ruling”; António Monteiro Fernandes, “Alguns aspectos do novo regime jurídico laboral da transmissão de empresa ou estabelecimento”, p. 21 e ss.; Silvia Rainone, “Labour rights in the making of the EU and in the CJEU case law: A case study on the Transfer of Undertakings Directive”; Erika Kovács / Ljubinka Kovacevic, “Change of Employer and Preservation of Employment: Serbian Experience in Light of European Law”; Pedro Oliveira, “Transmissão de estabelecimento no direito laboral da União Europeia: novos desafios na delimitação conceptual de unidade económica”.

O segundo problema constituía, no entanto, uma novidade, como lembrou o Advogado-Geral Maciej Szpunar nas linhas iniciais das suas *Conclusões*:

a análise da questão levará o Tribunal de Justiça a debruçar-se pela primeira vez sobre as consequências da transferência de uma entidade económica para duas cessionárias, no que diz respeito à manutenção dos direitos e obrigações dos trabalhadores atribuídos pelo artigo 3º, nº 1, da Diretiva 2001/23.⁴⁴⁰

A solução que veio a ser estabelecida pelo Tribunal de Justiça não causou, afinal, surpresa, se considerarmos a já referida leitura jurisprudencial, capaz de imergir no *mare magnum* da transferência multiformes realidades (reflexo de um horizonte de fundo favorável à prossecução da actividade empresarial), e se considerarmos, também, o *balancing approach* que nos últimos anos tem informado o areópago do Luxemburgo em sede de interpretação da Directiva.

De todo o modo, o alcance exacto das *consequências laborais* (quer para os trabalhadores, quer para as entidades empregadoras *qua tale*) não é, ainda, facilmente descortinável, embora não seja difícil adivinhar que a orientação agora fixada conhecerá desenvolvimentos. Por isso, mais do que exaustiva análise do problema e suas implicações, procuraremos, somente, suscitar uma primeira reflexão sobre a *retórica argumentativa*, sobre o que se disse, mas também sobre o que (intencionalmente ou não) se deixou silente.

O processo junto do Tribunal de Justiça teve origem num reenvio do *arbeidshof te Gent*, o Tribunal Superior do Trabalho de Gent, na Bélgica, no âmbito de um litígio que opunha a empresa *ISS Facility Services NV* à trabalhadora Sonia Govaerts e à empresa *Atalian NV*.

A *ISS* era responsável pela limpeza e manutenção de vários edifícios na cidade de Gent, agrupados em três lotes: museus e edifícios históricos (lote 1); bibliotecas e centros comunitários (lote 2); edifícios administrativos (lote 3).

A 1 de Abril de 2013, Sonia Govaerts, trabalhadora da *ISS* com contrato por tempo indeterminado desde 2004, tornou-se “gestora de projectos” dos três estaleiros correspondentes a esses lotes.

Entretanto, a cidade de Gent lançou um concurso público para a prestação dos serviços de limpeza naqueles mesmos espaços. Embora a *ISS*

⁴⁴⁰ *Conclusões*, nº 3.

tivesse concorrido, a sua proposta foi preterida – na decisão tomada pelas autoridades locais a 13 de Junho de 2013, os lotes 1 e 3 acabaram adjudicados à firma *Atalian*, enquanto o lote 2 foi adjudicado a outra empresa, a *Cleaning Masters NV*.

Em 1 de Julho seguinte, a *ISS* comunicou à *Atalian* que, estando Sonia Govaerts a trabalhar a tempo inteiro naqueles locais, retomados pela *Atalian* em aproximadamente 85 %, a Convenção Colectiva de Trabalho nº 32bis devia ser-lhe aplicável.⁴⁴¹ A *Atalian* contestou esta posição logo a 3 de Julho.

A 30 de Agosto, a *ISS* informou a trabalhadora de que, em virtude da transferência da empresa e à sua afectação aos “locais” correspondentes aos lotes 1 e 3, entraria ao serviço da *Atalian* a partir de 1 de Setembro de 2013, data a partir da qual deixaria de fazer parte do pessoal da *ISS*. Em conformidade, a *ISS* emitiu uma declaração de situação de desemprego para Sonia Govaerts, indicando o dia 31 de Agosto de 2013 como o seu último dia de trabalho na empresa.

A *ISS* fez similar comunicação à *Atalian* – esta, porém, em resposta a 3 de Setembro, considerou que não tinha havido uma transferência de empresa na acepção prevista pela Convenção Colectiva de Trabalho nº32bis e que, por conseguinte, não estava vinculada contratualmente àquela trabalhadora.

A 18 de Novembro, Sonia Govaerts intentou uma acção no Tribunal do Trabalho de Gent contra a *ISS* e contra a *Atalian*. Pedia uma indemnização por incumprimento do período de aviso prévio e outras compensações.

⁴⁴¹ Convenção Colectiva de Trabalho n. 32 bis, de 7 de Junho de 1985, tornada obrigatória pelo Decreto Real de 25 de Julho de 1985, e alterada pela Convenção Colectiva de Trabalho nº 32 quinques, de 13 de Março de 2002, tornada obrigatória pelo Decreto Real de 14 de Março de 2002, normativo belga transpositor da Directiva 2001/23. A transmissão de empresa ou estabelecimento, nos termos da legislação belga, deve envolver uma unidade técnica (unité technique d'entreprise, technische bedrijfseenheid) que mantenha a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela principal ou acessória. A definição de unidade técnica assenta num critério económico e outro social, os quais permitem avaliar, respectivamente, se as funções desta têm autonomia económica – independente de outra parte da empresa – e/ou constitui uma unidade com autonomia social – que congrega trabalhadores de outras partes da empresa. Quando o intérprete-julgador é confrontado com dúvidas acerca da subsunção de tais critérios definitórios no caso *sub judice*, o critério social sempre prevalece. Para mais desenvolvimentos, v. E. Lievens, in *Transfer of Business and Acquired Employee Rights*, p. 68 ss.

Aquele órgão jurisdicional reconheceu parcialmente a pretensão da trabalhadora, declarando ilegal o despedimento promovido pela *ISS*. Para o tribunal, a referida Convenção Colectiva não se aplicava a Sonia Govaerts, uma vez que esta era responsável, enquanto gerente de sector, pela planificação e acompanhamento da execução dos trabalhos de limpeza, ou seja, era responsável pelas tarefas administrativas e de organização e não participava nos trabalhos de limpeza dos “locais” que tinham sido objecto de transferência. Em conclusão, a trabalhadora não tinha entrado automaticamente ao serviço da *Atalian* a 1 de Setembro de 2013.

A *ISS* interpôs recurso desta decisão junto do *arbeidshofte Gent*, sustentando que o vínculo laboral da trabalhadora fora transferido a 1 de Setembro de 2013, numa percentagem de 85% para a *Atalian* e de 15% para a *Cleaning Services*.

O tribunal de recurso, diversamente do órgão jurisdicional *a quo*, sustentou a manutenção da identidade da unidade económica, enquadrável pois no artigo 7º da Convenção Colectiva nº32bis, correspondente ao artigo 3º, nº 1 da Directiva, e que, por conseguinte, a trabalhadora fazia parte da empresa transferida.

Colocava-se, porém, o problema de saber quais as consequências desta transmissão, em virtude de haver dois cessionários. Assim, o tribunal de recurso resolveu suspender a instância, suscitando as seguintes questões prejudiciais ao TJ:

- i. devem as disposições do artigo 3º, nº1, da Directiva [2001/23] ser interpretadas no sentido de que, no caso da transferência simultânea de diferentes partes de uma empresa na acepção do artigo 1º, nº1, da Directiva, sendo estas cedidas a diferentes cessionários, os direitos e as obrigações emergentes do contrato de trabalho, existente à data da transferência, de um trabalhador que trabalhou em todas as partes cedidas, são transferidos para cada um dos cessionários na proporção da afectação do referido trabalhador à parte da empresa obtida por cada cessionário?; ou
- ii. devem as mesmas ser interpretadas no sentido de que os referidos direitos e obrigações são transferidos na totalidade para o cessionário da parte da empresa onde o referido trabalhador esteve principalmente afectado?; ou
- iii. devem as mesmas ser interpretadas no sentido de que, se as disposições da Directiva não puderem ser interpretadas em nenhum dos sentidos acima referidos, não existe transferência para nenhum cessionário dos direitos e das obrigações emergentes do contrato de trabalho do referido tra-

lhador, o que acontece igualmente quando não seja possível determinar a proporção da afectação do trabalhador a cada uma das partes da empresa cedidas separadamente?

Como resulta das circunstâncias acima resumidas, um dos pontos controvertidos junto das instâncias nacionais reportava-se ao conceito de transmissão de empresa para efeitos da legislação belga que transpôs a Directiva 2001/23.⁴⁴² Como se viu, este conceito conta-se entre os temas mais complexos em torno da figura transmissiva. Se é certo que o problema já se colocava no contexto da Directiva originária (77/187/CEE), não é menos verdade que, mais de quatro décadas após a publicação desta no Jornal Oficial das Comunidades, ele continua a dar azo a múltiplos casos levados ao arrimo do Tribunal de Justiça pelos órgãos jurisdicionais de reenvio – o Acórdão que ora nos ocupa espelha mais um exemplo expressivo dos problemas que aqui se fazem sentir.

Dos argumentos apresentados pelos litigantes é possível identificar desde logo duas questões que entroncam precisamente com o âmbito e alcance de “transferência”. Por um lado, a trabalhadora considerava o seu despedimento ilegal, na medida em que ela não se incluía na parte do estabelecimento transferido. A primeira instância deu-lhe razão: Sonia Govaerts não participava efectivamente nos trabalhos de limpeza daqueles lotes que haviam sido objecto de transferência, desempenhando (somente) tarefas administrativas de coordenação daquelas actividades.

Num segundo ponto, discutiu-se se existe ou não transferência, no sentido da Directiva, quando a transmissão se opera para mais do que um transmissário.

O Tribunal de recurso belga deu por assente que tinha havido transmissão – as únicas questões a dirimir (e que levou à análise do TJ) prendiam-se com as *consequências* em termos de contrato de trabalho quando há pluralidade de adquirentes.

⁴⁴² O artigo 1º/1, a) da Directiva 2001/23 dispõe que o mesmo é “aplicável à transferência para outra entidade patronal de uma empresa, estabelecimento ou parte de empresa ou estabelecimento, quer essa transferência resulte de uma cessão convencional quer de uma fusão”. A alínea b) do mesmo dispositivo acrescenta que existe uma transmissão quando se verifique a manutenção identitária da entidade económica, “entendida como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória”. E a alínea c) remata: “a Directiva é aplicável “a todas as empresas, públicas ou privadas, que exercem uma actividade económica, com ou sem fins lucrativos”.

Escudando-se no recorte do reenvio feito pela instância belga, o Tribunal de Justiça omitiu por inteiro o primeiro ponto referido, o de saber se a trabalhadora fazia parte ou não do segmento do estabelecimento transferido⁴⁴³.

Mais cauteloso (ou mais atento), o Advogado-Geral Maciej Szpunar não desconsiderou o problema, analisando detidamente os requisitos que devem ser tidos em conta para a efectivação da Directiva.⁴⁴⁴ Entre eles, como não poderia deixar de ser, focou o pressuposto da manutenção da identidade da parte transferida. Ora, ao contrário do alegado por Sonia Govaerts,⁴⁴⁵ e confirmado na primeira instância,⁴⁴⁶ o Advogado-Geral entendeu que no caso tinha havido uma transferência e que a trabalhadora em causa estava incluída nessa mesma transferência por fazer parte daquela unidade económica. Convocando a extensa jurisprudência do

⁴⁴³ No entender de Roberto Cosio, “Appalti e trasferimenti d-impresa, p. 1156, a afetação da trabalhadora à unidade económica era de tal forma evidente que o Tribunal de Justiça não vislumbrou como necessário tratar da questão. Júlio Gomes, “Quando a Lei Parte e Reparte o Contrato de Trabalho”, p. 426, acrescenta outra razão válida que pode ter levado o Tribunal a não se pronunciar sobre a afetação de Sonia Govaerts: “os tribunais belgas discutiram sobretudo a interpretação a dar às normas internas de transposição da diretiva que no caso constavam de uma convenção coletiva com eficácia erga omnes, tendo sido por força da interpretação dessa convenção que o órgão judicial de reenvio chegou à conclusão de que a trabalhadora cabia no âmbito de aplicação da diretiva. O TJ evitou entrar na matéria da interpretação de normas nacionais”.

⁴⁴⁴ *Conclusões*, nº 41 e ss. O jurista considerou verificado o artigo 1º, nº 1, c) (uma das partes do litígio era um município) e que o negócio transmissivo assentava num concurso público para a adjudicação de um serviço de limpeza, enquadrável portanto na noção flexível de cessão convencional firmada na judicatura, em conformidade com a alínea a) daquele mesmo preceito.

⁴⁴⁵ A trabalhadora pôs a tónica da inaplicabilidade da Directiva na referida delimitação conceptual de unidade económica. E fê-lo invocando a jurisprudência do TJ, designadamente o ac. *Clece SA contra María Socorro Martín Valor e Ayuntamiento de Cobisa* (Processo C-463/09, pontos 36 e 41), o qual teve como horizonte problemático a retoma de uma actividade laboral que consistia nos serviços de limpeza, bem como a decisão *Botsen e o.* (Processo C-186/83). Alegava, em sintonia com essa leitura jurisprudencial, que um negócio transmissivo não pode abranger um trabalhador que, estando afecto a um serviço administrativo da empresa que não foi transmitido, exercia determinadas tarefas para a parte transmitida. Nessa medida, considerava estar excluída do âmbito da transmissão por força da actividade para a qual havia sido contratada pela ISS, nomeadamente a gestão de projectos, e não enquanto empregada de limpeza da mesma; quer ainda por conta do curto período de tempo de prossecução dessa actividade

⁴⁴⁶ *Conclusões*, nº 24.

Tribunal de Justiça na matéria,⁴⁴⁷ Maciej Szpunar enfatizou que a unidade económica há-de manifestar, antes da transferência, “suficiente autonomia funcional”, o que remete para “os poderes, concedidos aos responsáveis do grupo de trabalhadores em causa, de organizar, de maneira relativamente livre e independente, o trabalho no referido grupo e, mais particularmente, de dar instruções e de distribuir tarefas aos trabalhadores subordinados pertencentes a esse grupo, sem que haja intervenção directa por parte de outras estruturas da organização da entidade patronal”.⁴⁴⁸ No caso em apreço, não só esse grau de autonomia existia nos sectores de actividade transmitidos, como a trabalhadora litigante se inscrevia nessa unidade funcional autónoma. Nas palavras do Advogado-Geral, Sonia Govaerts, “enquanto gerente de sector, fazia parte do grupo autónomo de trabalhadores transferidos para o qual tinha de prever um enquadramento especial, tanto *in situ* como na sede da empresa”, estando “afecta à entidade económica transferida”.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ Veja-se os nºs 51 e 52 das *Conclusões*, em que o Advogado-Geral sintetizou a orientação jurisprudencial do TJ: “para determinar se tal entidade mantém a sua identidade há que tomar em consideração todas as circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa, entre as quais figuram, designadamente, o tipo de empresa ou de estabelecimento em causa, a transferência ou não de elementos corpóreos, como os edifícios e os bens móveis, o valor dos elementos incorpóreos no momento da transferência, a integração ou não da maioria dos efectivos pelo novo empresário, a transferência ou não da clientela, bem como o grau de semelhança das actividades exercidas antes e depois da transferência e a duração da eventual suspensão destas actividades”. E não deixou de invocar o conhecido “método indiciário”: “estes elementos não passam, todavia, de aspectos parciais da avaliação de conjunto que importa efetuar e não poderão, por isso, ser apreciados isoladamente”. E considerando a fluidez de certos sectores empresariais, em que o cerne reside na própria actividade, como ocorre precisamente nos serviços de limpeza, o Advogado-Geral recordou expressamente a doutrina firmada em *Süzen* (processo C-13/95): “na medida em que, em certos sectores em que a actividade assenta essencialmente na mão-de-obra, como é o caso nomeadamente dos serviços de limpeza, um conjunto de trabalhadores que executa de forma duradoura uma actividade comum pode corresponder a uma entidade económica, essa entidade é susceptível de manter a sua identidade para além da sua transferência, quando o novo empresário não se limita a prosseguir a actividade em causa mas também integra uma parte essencial, em termos de número e de competências, dos efectivos que o seu antecessor afectava especialmente a essa tarefa”.

⁴⁴⁸ *Conclusões*, nº 53.

⁴⁴⁹ *Conclusões*, nº 54. Antecipando possíveis objecções, e invocando o caso *Botzen e outros*. (processo C-186/83) acrescenta: “a situação teria sido diferente se S. Govaerts não tivesse realizado a maioria das suas actividades no quadro da entidade económica em questão, mas se tivesse sido colocada num serviço administrativo da empresa que não tivesse sido transferido

Não é claro, todavia, saber se o critério funcional equivale a um elemento *constitutivo* da identidade ou se se trata antes de um elemento *coadjuvante* para a avaliação em causa. Como se escreveu num outro processo que incidia sobre transmissão de serviços de limpeza, “não se pode deixar de ter em consideração que o planeamento e a organização, bem como a competência e os conhecimentos, têm em regra um peso, nas actividades de limpeza, bem menor do que em outras actividades profissionais.⁴⁵⁰

Sem dúvida, o caso da trabalhadora Sonia Govaerts encontra-se numa situação de fronteira – o problema, claro, é determinar de que lado da fronteira. Faz ainda parte da unidade económica a transmitir, como decidiu o tribunal superior belga ou, pelo contrário, embora tenha pontos de contacto com a actividade do serviço transferido, não pertence, todavia, a esse serviço, a essa unidade económica, como sustentou a primeira instância? O modo como se aponta a perspectiva muda o plano da imagem, como se sabe. O olhar pode ser focado no que fazia a trabalhadora: ela geria projectos naqueles serviços concretos. Logo, se esses serviços se transferem, também aquela função se transfere, o contrato transmite-se para o adquirente dos serviços. Mas podemos olhar de outra forma, isto é, focando os específicos serviços transmitidos, aqueles que foram objecto de concurso: actividades de limpeza. A autonomia dos serviços ficaria prejudicada caso a função (e o contrato) daquela trabalhadora não fosse englobado na transmissão?

Se, como mero exercício, supuséssemos que no âmbito da *ISS* havia um funcionário encarregue de proceder à aquisição dos produtos de limpeza para aqueles lotes, ou, forçando o exercício, um outro responsável pelo processamento dos vencimentos daqueles trabalhadores, poderíamos considerar esses dois funcionários, embora de algum modo conexos ao sector de actividade, como integrando essa mesma e identitária unidade funcional?

e tivesse realizado certas tarefas em benefício da parte transferida”. Mas, para o Advogado-Geral, “este não é, todavia, o caso, uma vez que S. Govaerts era responsável, no seio da entidade económica transferida, pela planificação e organização dos trabalhos a realizar nos locais correspondentes aos três lotes da cidade de Gent, sendo que, por conseguinte, integrava o conjunto dos trabalhadores abrangidos pela transferência de empresa.

⁴⁵⁰ É o que se lê no nº 53 das *Conclusões* da Advogada-Geral V. Trstenjack no caso *Clece*. Ainda nas palavras de Trstenjack, “esta conclusão não se aplica, evidentemente, aos serviços de limpeza especializados que dispõem de equipamento especial e de métodos de trabalho específicos”.

O que vem de dizer-se não significa, de modo algum, fragilizar a posição do trabalhador, diminuindo o alcance protector que a Directiva lhe confere: assegurar que em caso de transmissão de uma empresa, ou de uma mera parte, desde que mantendo a identidade, os contratos de trabalho transmitem-se automaticamente, ou seja, mesmo contra a vontade do adquirente. Mas esse fulcral desiderato de protecção não se alcança somente desta forma, sobretudo não se alcança quando o âmbito de “unidade económica” ou de “autonomia funcional” se alarga de modo a englobar trabalhadores que possuem uma ligação meramente instrumental ao serviço transmitido e que poderiam, em muitos casos, ser realocados no quadro da própria empresa alienante.

A segunda questão em matéria do conceito de transferência prendia-se com o facto de neste negócio transmissivo haver pluralidade de transmissários. O Tribunal superior belga, admitindo, é certo, a transferência da parte do estabelecimento e que a trabalhadora litigante nela se incluía, não deixou de colocar a dúvida. Na sua terceira questão prejudicial, perguntava precisamente se não sendo possível determinar a forma de adjudicar o contrato daquela trabalhadora aos dois cessionários, se deveria considerar que “não existe transferência para nenhum cessionário dos direitos e das obrigações emergentes do contrato de trabalho do referido trabalhador”.

O Tribunal de Justiça rejeitou liminarmente, porém, esta possibilidade.⁴⁵¹ O raciocínio é simples e lógico: havendo transferência de empresa, os contratos transferem-se; neste caso, houve transferência de empresa, logo o contrato daquela trabalhadora também se transferiu.⁴⁵² Só ficariam por decidir as consequências, os termos concretizadores da relação laboral.

Sem dúvida, o Tribunal já teve ocasião de enfatizar em situações anteriores que a modalidade contratual subjacente à transferência de unidade económica não releva para efeitos da aplicação do normativo da União, tornando mais elástico o alcance legal do artigo 1º, nº 1, a), o qual, na secura da sua formulação literal só enuncia duas hipóteses concretizadoras: cessão

⁴⁵¹ Acórdão, nº 28.

⁴⁵² Acórdão, nº 27: “uma vez transferida a entidade económica a que um trabalhador estava ligado, na acepção do artigo 1º, n.º 1, da Directiva 2001/23, o facto de ter havido uma transferência para um ou mais cessionários não afecta a transferência de direitos e obrigações emergentes, para o cedente, do contrato de trabalho existente à data da transferência da referida entidade.

convencional ou fusão. Desta forma, fenómenos empresariais porventura mais complexos diluem-se igualmente neste preceito.⁴⁵³

Nessa linha, aliás, se encaminhava a argumentação do Advogado-Geral, ao invocar que “o Tribunal de Justiça já decidiu que a circunstância de uma entidade económica ser dissolvida e de as suas atividades serem transferidas para duas outras entidades não constitui, em si, um obstáculo à aplicabilidade da Directiva 2001/23. Além disso, no caso contrário, seria fácil contornar a aplicação desta Directiva”.⁴⁵⁴

Como expressamente ressalta do acórdão, neste ponto o Tribunal de Justiça adoptou uma abordagem de preservação do vínculo laboral (*preservation approach*), e considerou que a circunstância de o negócio transmissivo ter tido dois transmissários não afectava a transferência para os mesmos dos direitos e obrigações que vinculavam o transmitente,⁴⁵⁵ uma vez que a hipótese oposta obstaria a manutenção dos contratos de trabalho, privando assim a Directiva do seu efeito útil.

É certo que a terceira questão prejudicial colocada pelo *arbeidshof te Gent* parece recolocar um aspecto que havia dado por resolvido (e que o Tribunal de Justiça deu por resolvido). Explicitemos: o tribunal de recurso belga considerou que tinha havido transferência, importando determinar os modos de efectivação dessa transferência sobre o contrato daquela trabalhadora cuja actividade se via agora conectada a dois transmissários – uma adjudicação repartida pelas duas empresas ou uma adjudicação unitária, ficando pois Sonia Govaerts a trabalhar somente para a *Atalian*, que adquirira os lotes em que a trabalhadora exercia a maior parte da sua actividade.

Julgamos, ainda assim, que a terceira dúvida tem um relevo específico: é que a pergunta decisiva, em nosso entender, não é se pode haver

⁴⁵³ Razão assiste a A. Monteiro Fernandes, “Alguns aspectos”, pp. 21-22, ao sublinhar que “nem sempre a dinâmica dos negócios se processa de modo a produzir fenómenos tão claramente desenhados como os que a lei identifica. E, mesmo dentro do perímetro da previsão legal, há porventura que jogar com subespécies talvez carecidas de enfoques jurídicos distintos”, e conclui o autor, que a dificuldade principal “é que a caracterização do próprio conceito jurídico de transmissão depende menos do modo porque se processa o “trânsito jurídico” entre transmitente e adquirente – ou seja, dos perfis próprios do mecanismo translativo – do que da determinação do seu objecto, isto é, daquilo que se transmite”.

⁴⁵⁴ *Conclusões*, nº 55, convocando o Acórdão. *Piscarreta Ricardo* (Processo C-416/16), em que o Tribunal considerou que o facto de a empresa originária se ter dissolvido e as suas actividades retomadas por duas entidades distintas não impedia a passagem do contrato do trabalhador.

⁴⁵⁵ V. Acórdão, nº 27.

transferências com pluralidade de transmissários, mas sim se pode haver a *fragmentação* de um contrato de trabalho unitário para esses diversos adquirentes. O desenho normativo da Directiva abrange a situação típica, mais corrente: um transmitente – um trabalhador ou um grupo de trabalhadores – um transmissário. Mas pode estender-se a situações mais amplas em que diversas unidades económicas pertencentes ao mesmo dono são alienadas a distintos adquirentes. Ainda aqui, parece-nos, a “lógica” da Directiva remete para a transmissão unitária dos contratos de trabalho: os respeitantes à unidade 1 transferem-se para o adquirente dessa parte; os respeitantes à unidade 2, para o transmissário respetivo, etc. A situação em apreço, como sabemos, não se insere neste quadro: Sonia Govaerts tinha um contrato de trabalho a tempo integral com a ISS. E parece pelo menos legítimo perguntar se a transferência pode “bifurcar” (ou mais que isso, em teoria) o seu contrato, convertendo automaticamente uma relação laboral com uma única entidade empregadora, numa relação laboral com plúrimos patrões. E era esse o sentido útil, pensamos, da terceira dúvida colocada no reenvio: se as consequências forem (normativamente) insuportáveis, o sentido (normativo) da Directiva não as pode abranger.

A análise das consequências mostrava-se, assim, decisiva para o caso. Importava determinar de que modo o vínculo laboral de Sonia Govaerts seria preservado. Com as suas duas questões prejudiciais, o tribunal de reenvio perguntava se o contrato de trabalho deveria ser transmitido unicamente para a unidade na qual a trabalhadora estava empregada a título principal, ou se ao contrário o mesmo deveria ser transmitido para as duas transmissárias, por meio da sua bifurcação em dois contratos a tempo parcial.

A trabalhadora pretendia manter-se vinculada somente à *Atalian*, alegando para o efeito que “no caso de várias transferências simultâneas de empresa, a possibilidade de transferir um trabalhador a tempo parcial para várias empresas seria não só incompatível com o conceito de “transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade”, como também prejudicaria o objetivo da Diretiva 2001/23 de proteger os trabalhadores em caso de mudança de empresa”.⁴⁵⁶

Todavia, tanto o Tribunal de Justiça como o Advogado-Geral seguiram uma abordagem de equilíbrio (*balancing approach*) e excluíram a hipótese de transferência do contrato unicamente para a entidade transmissária prin-

⁴⁵⁶ *Conclusões*, nº 62.

cipal, na medida em que para isso implicaria modificações das condições de remuneração e de trabalho, em contraste com a *ratio* da Directiva.⁴⁵⁷ O Tribunal acrescentou que essa solução não teria em conta os interesses do transmissário, “que vê transferir-se para ele os direitos e as obrigações emergentes de um contrato de trabalho a tempo inteiro, sendo que o trabalhador em causa apenas exerce as suas funções para ele a tempo parcial”.⁴⁵⁸

Esta argumentação é reversível: a conversão de um contrato de trabalho a tempo inteiro em dois contratos a tempo parcial por ocasião de um negócio transmissivo tem em conta os interesses do trabalhador? Por outras palavras, e retomando o que acima se referiu, é no mínimo questionável se a *fragmentação* do contrato de trabalho nos moldes expostos não acarreta, de *persi*, uma modificação das condições de trabalho em detrimento da trabalhadora.

Pois bem: tal como a Directiva não pode ser invocada com o intuito de gerar alterações *in melius* das condições de trabalho do trabalhador transferido, este não pode ser confrontado com condições desfavoráveis por força da transmissão da unidade económica em que labora. É o que se lê no já referido artigo 4º, nº 2 da Directiva: “se o contrato de trabalho ou a relação de trabalho for rescindido pelo facto de a transferência implicar uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador, a rescisão do contrato ou da relação de trabalho considera-se como sendo da responsabilidade da entidade patronal”.

Em nosso entender, a mera bifurcação do vínculo laboral deveria constituir um motivo bastante para que o trabalhador pudesse optar pela recusa da manutenção da relação com os transmissários ao abrigo daquele desi-

⁴⁵⁷ V. Acórdão., nº 34, e *Conclusões*, nº 72.

⁴⁵⁸ Acórdão, nº 31. Similarmente, *Conclusões*, nº 74. Embora com afloramentos em arestos anteriores, este balancing *approach* encontra a sua mais clara explicitação no controvertido caso *Alemo-Herron* (Processo C-426/11, nº 25). Sobre o caso *Alemo-Herron* e suas implicações, veja-se Jeremias Prassl, “Freedom of Contract”, pp. 434 ss.; Stefano Giubboni, “Freedom to conduct a business”, pp. 183-184; Anne Davies, “How has the Court of Justice”, pp. 167-168; John McMullen, “Recent CJEU Case Law on the Transfer of Asset-Reliant Undertakings”, pp. 455 ss.; e Marija Bard / Candida Leone, “Minimum Harmonisation after Alemo-Herron: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review”, pp. 140 ss. Razão assiste, pois, a Jeremias Prassl quando criticamente recorda: “the Directive was never designed internally to balance employers and employees interests, but in favour of transfers protection” (Jeremias Prassl, cit., p. 441).

derato.⁴⁵⁹ Aliás, esta parece ter sido precisamente a leitura constante de um dos parâmetros enunciados pelo Advogado-Geral Maciej Szpunar nas suas *Conclusões*: “caso a cisão do contrato de trabalho em causa se revele impossível entre os dois cessionários ou afete a manutenção dos direitos dos trabalhadores garantidos pela referida diretiva, ou se o trabalhador recusar, após a transferência da empresa, a cisão do seu contrato de trabalho, o contrato de trabalho ou a relação de trabalho em causa podem ser resolvidos, devendo essa resolução ser considerada da responsabilidade dos cessionários”.⁴⁶⁰ Ainda nas palavras do Advogado-Geral, “a possibilidade de o trabalhador recusar tal cisão do seu contrato de trabalho e de invocar o artigo 4º, nº2, da Directiva é justificada pelo facto de a referida cisão, pela sua própria natureza, poder ter desvantagens significativas para o trabalhador, nomeadamente no que diz respeito ao desempenho das suas funções”.

O Advogado-Geral não ficou por aqui, exemplificando devidamente que tais desvantagens podem resultar da distância entre as sedes dos dois transmissários ou da sincronização das férias anuais do trabalhador transmitido.⁴⁶¹ E outras possibilidades de perturbação são excogitáveis, designadamente em matéria de pagamentos à Segurança Social, do regime de horário de trabalho e de conciliação dos dias semanais de descanso.

Curiosamente, o Tribunal de Justiça, embora haja remetido para esse preciso ponto das *Conclusões* do Advogado-Geral, limitou-se a reafirmar somente aquelas duas primeiras situações: impossibilidade de fragmentação contratual ou violação da manutenção dos direitos da trabalhadora, mas não a possibilidade de o trabalhador se recusar.⁴⁶²

⁴⁵⁹ Deve-se aqui chamar a atenção para um aspecto que em nosso entender não é despicando. A recusa por banda do trabalhador nos termos do artigo 4º, nº 2 não assenta no direito de oposição tal como o concebemos, que pode ser exercido livremente e que não é consagrado pela legislatura belga: “contrary to the legislation of other EU Member States, transferred employees cannot refuse to transfer to the transferee. Instead, by refusing to be transferred, the employee risks being held liable for wrongful termination of his employment contract based on the fact that he would wrongfully refuse to fulfil his contractual obligations”. (Eddy Lievens, “Belgium”, p. 89).

⁴⁶⁰ *Conclusões*, nº 79.

⁴⁶¹ *Conclusões*, nº 79, nota 54.

⁴⁶² Para mais fácil visualização, transcrevemos o nº 37 do Acórdão que pode ser confrontado com o nº 79 das *Conclusões*. Escreve o TJ: “Por conseguinte, conforme salientou o advogado-geral no nº 79 das suas *Conclusões*, se a cisão do contrato de trabalho se revelar impossível ou implicar uma deterioração das condições de trabalho e dos direitos do trabalhador garantidos pela

Pensamos que o Tribunal de Justiça andaria melhor caso se tivesse pronunciado explicitamente sobre a possibilidade de a trabalhadora *recusar* o fraccionamento da sua relação laboral, e, na medida em que isso ainda se inscrevesse nos seus poderes de cognição, explicitar as consequências desta recusa.

Na leitura de Júlio Gomes, o Acórdão exclui que “a mera conversão de um contrato de trabalho a tempo completo em dois (ou mais) contratos de trabalho a tempo parcial seja automaticamente fundamento para a resolução, tendo o trabalhador que invocar um prejuízo concreto para poder resolver o contrato”⁴⁶³.

Não surpreende, pois, que a decisão proferida nos termos aludidos tenha sido objecto de duras críticas por parte da doutrina especializada, desde logo por reiterar a fundamentação do “justo equilíbrio” firmada no Acórdão Alemo-Herron quanto à teleologia do normativo comunitário. Com efeito, autores como John McMullen escrevem:

Where this judgment really goes wrong is its weddedness to the growing theory expounded by the Court that the purpose of the ARD is not simply to protect employees rights, but also to balance the interests of the employee with those of the employer (in particular here the rights of the transferee”) (...) “It may be that in the Court-s eyes, the purpose of the Acquired Rights Directive may now have evolved from a focus exclusively on the protection of acquired employee rights⁴⁶⁴.

Na mesma linha, Nathalie Mihman sustenta que a decisão do Tribunal no caso *Sonia Govaerts* assenta numa vã tentativa de encontrar um equilíbrio impossível entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos transmissários⁴⁶⁵. Indo mais longe, Jacob Joussen considera que essa decisão representa uma grave violação da liberdade contratual do trabalhador, ao impor-lhe não apenas a mudança de empregador que a transmissão de unidade económica acarreta, mas uma mudança de „estatuto“ ou conteúdo

Directiva 2001/23, esse contrato pode ser rescindido, devendo considerar-se, por força do artigo 4º, nº 2, da Directiva 2001/23, que a rescisão ocorreu devido ao ou aos cessionários, ainda que esta rescisão tenha ocorrido por iniciativa do trabalhador”.

⁴⁶³ Júlio Gomes, “Quando a Lei Parte e Reparte o Contrato de Trabalho”, p. 437.

⁴⁶⁴ John McMullen, “Leaving a Legacy”, p. 156.

⁴⁶⁵ Nathalie Mihman, “Le transfert d’une entité économique”, p. 403, apud Júlio Gomes, “Quando a Lei Parte e Reparte o Contrato de Trabalho”, p. 432.

contratual, transformando-se, sem o seu consentimento, um contrato a tempo completo em dois (ou mais) contratos a tempo parcial⁴⁶⁶.

Igualmente problemático mostra-se, ainda, o cumprimento (efectivo) do dever procedural de informação que recai ao transmitente: ele “pouco mais poderá informar além da ocorrência da transmissão parcial quando for caso disso; e os transmissários poderão contestar não apenas a existência da transmissão parcial, mas – e mesmo que aceitem a referida transmissão parcial – a proporção em que a mesma ocorre”⁴⁶⁷.

Por último, mas não menos importante, é preciso não olvidar que a bifurcação do contrato ou da relação de trabalho nos termos expostos pelo Tribunal poderá ter um impacto significativo na esfera jurídica dos transmissários, designadamente no que toca à responsabilidade solidária pelos créditos laborais. Por outro lado, saber do destino de tais créditos, saber a quem e em que moldes podem ser eles demandados constitui, como se intui, questão de imediato relevo para os trabalhadores, para quem o resarcimento cabal e completo desses valores mais do que a realização (abstrata) de um direito, é meio indispensável para o viver quotidiano⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Jacob Joussen, pp. 399-400, apud Júlio Gomes, “Quando a Lei Parte e Reparte o Contrato de Trabalho”, p. 433. Júlio Gomes, por seu turno, não partilha desta crítica. Escreve este autor (p. 433): “a transferência dos direitos e obrigações emergentes do contrato (ou relação de trabalho) apenas para o transmissário principal pressuporia a identificação de um transmissário principal o que nem sempre é possível. Caso se recorra ao tempo de trabalho despendido com cada uma das unidades económicas transmitidas pode suceder que o trabalhador se deva considerar afeto a cada uma delas em medida sensivelmente igual. Mas mesmo que haja um cessionário principal não parece razoável exigir-lhe que passe a ter uma relação de trabalho a tempo completo com um trabalhador que apenas dedicava à parte que foi transmitida para aquele transmissário uma fração do seu tempo de trabalho, o que implicaria impor ao transmissário custos muito mais elevados do que aqueles que o transmitente suportava em relação àquela parte”. No mesmo sentido, v. Giovanni Spinneli, p. 497, *apud* Júlio Gomes, “Quando a Lei Parte e Reparte o Contrato de Trabalho”, p. 433.

⁴⁶⁷ Júlio Gomes, “Quando a Lei Parte e Reparte o Contrato de Trabalho”, p. 442. O autor (p. 440) exprime dúvidas, também, quanto aos efeitos da contratação colectiva: “poderá, por exemplo, a convenção excluir a transmissão parcial em favor da transmissão total do contrato de trabalho para o transmissário principal? Poderá, ao menos, estabelecer os fatores de ponderação para decidir em que proporção é que se transmite para cada um dos transmissários a relação ou contrato de trabalho existente?”.

⁴⁶⁸ Assim, expressamente, Pedro Oliveira, “A tutela dos créditos laborais no caso de transmissão de unidade económica”, p. 174.

A este respeito, alguma doutrina defende, no caso *sub judice*, A imputação desses créditos aos transmissários na proporção da percentagem de afetação do trabalhador a cada um deles. Escreve Júlio Gomes:

Se o transmitente tinha à data da transmissão dívidas vencidas de 100, e se verifica a transferência dos direitos e obrigações emergentes do contrato de trabalho para cada um dos transmissários, na proporção das funções exercidas pelo trabalhador, a qual, por hipótese é de 60% para o transmissário A e de 40% para o transmissário B, parece-nos que A deverá responder apenas por 60 e B apenas por 40”⁴⁶⁹.

Continuando uma já longa lista de pronunciamentos sobre a Directiva, também este acórdão do Tribunal de Justiça evidencia com nitidez as complexas repercuções que a interpretação (conformadora) do mesmo tem em matéria laboral. De facto, a solução encontrada põe em causa a dimensão tuitiva do direito do trabalho.

⁴⁶⁹ Júlio Gomes, “Quando a Lei Parte e Reparte o Contrato de Trabalho”, p. 442.

PARTE III

O DESTACAMENTO DE TRABALHADORES

NA UNIÃO EUROPEIA

Capítulo 1

Destacamento de Trabalhadores: substância e enquadramento normativo

1. Notas preliminares

Mecanismo concorrencial assaz relevante para a integração e expansão do mercado interno, mormente com a entrada de Portugal e Espanha na comunidade em 1986, e dos países de Leste em 2004⁴⁷⁰ e 2007⁴⁷¹, o destacamento transfronteiriço de trabalhadores continua a assumir um importante papel no âmbito da prestação de serviços intracomunitária. Com efeito, uma sondagem recentemente realizada pela Comissão Europeia indica que, entre 2010 e 2014, o número de trabalhadores destacados de um Estado-membro para outro aumentou quase 49% num total de aproximadamente 1,9 milhões de trabalhadores. Este volume de destacamentos corresponde a 0,7% da força de trabalho da União Europeia: 42% ocorre no sector da construção civil, 21,8% na indústria manufactureira, 13,5% noutras sectores como educação, saúde e trabalho social, e, por fim, 10,3% no sector dos negócios, nomeadamente o administrativo, profissional e dos serviços financeiros⁴⁷².

A banalização do fenómeno tem vindo, porém, a multiplicar as perturbações sistémicas, que parecem agravadas (ou potenciadas) pela intencio-

⁴⁷⁰ Chéquia, Estónia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polónia, Eslováquia e Eslovénia (além do Chipre).

⁴⁷¹ Bulgária e Roménia.

⁴⁷² Pedro Oliveira, “Posting of Workers”, p. 52, nota 2. Para mais desenvolvimentos sobre a amplitude do destacamento de trabalhadores na União, por meio da contratação pública, v. Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 1, texto correspondente à nota 17.

nalidade enunciada nos operadores normativos, e, principalmente, pela interpretação (conformadora) que deles o Tribunal de Justiça tem feito⁴⁷³.

Trata-se, como é sabido, de uma matéria que tem no seu horizonte normativo não apenas uma vertente primordialmente económica, mas também uma ingente dimensão social, sobretudo laboral – exemplo expressivo da fractura existente entre, por um lado, as liberdades económicas constitutivas e, por outro lado, as tendências de política social que vão pouco a pouco sendo implementadas na União.

Na verdade, embora a Directiva originária sobre o destacamento (96/71/CE)⁴⁷⁴ consignasse um conjunto de regras em favor dos trabalhadores destacados, ela não foi aprovada ao abrigo de um desiderato social, traduzindo-se antes num “produto”, *maxime*, na “prole” do mercado interno europeu⁴⁷⁵, cuja realização reclamava, entre outros aspectos, condições

⁴⁷³ Referimo-nos aos polémicos casos *Laval* (Processo C-341/05), *Rüffert* (Processo C-346/06) e *Comissão contra Luxemburgo* (Processo C-319/06), nos quais a prevalência dos interesses económicos sobre os sociais foi evidenciada, como demonstraremos de seguida. Com mais desenvolvimentos, cf. Pedro Oliveira, “Alguns problemas sobre a tutela dos direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: os casos *Viking* e *Laval*”.

⁴⁷⁴ Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1996. JO 18 de 21/01/1997. Para uma análise mais aprofundada sobre o destacamento no âmbito da Directiva 96/71, veja-se, entre a extensa bibliografia, Alexandre Defossez, “Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services”, p. 642 e ss.; Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 39 e ss.; Jan Cremers, In *Search of Cheap Labour in Europe: Working and living conditions of posted workers*; Jan Cremers / Jon Erik Dølvik / Gerhard Bosch, “Posting of workers in the single market: attempts to prevent social dumping and regime competition in the EU”; Stein Evju, “Revisiting the Posted Workers Directive: Conflict of Laws and Laws in Contrast”; Aujke Hoek / Mike van Houwerzijl, “Comparative Study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union”; idem, “Where do EU mobile workers belong, according to Rome I and the (E)PWD”; Marco Biagi, “The ‘Posted Workers’ EU Directive”; Jari Hellsten, “On the Social Dimension in Posting of Workers”; Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 3; Francisco Liberal Fernandes, *O destacamento de trabalhadores na União Europeia: Directiva 96/71 revista*, p. 43 e ss.

⁴⁷⁵ Escreve Stein Evju, “Revisiting the Posted Workers Directive: Conflict of Laws and Laws in Contrast”, p. 152: A Directiva 96/71 “is a real offspring of the EU Single Market”. Referindo-se à relação de tensão entre essas duas ordens, Daniel Carter, “Equal Pay for Equal Work in the same Place? Assessing the Revision to the Posted Workers Directive”, formula a seguinte interpelação: “Does the obligation in Article 3 TEU to create an internal market based on a ‘highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress’ mean anything other than the establishment of a European free market economy? Or does

dinâmicas para a prestação transnacional de serviços pelas empresas, através do destacamento temporário dos seus trabalhadores para um Estado-membro diferente daquele onde habitualmente laboram⁴⁷⁶.

Efectivamente, e ao arreio do que sucede com a maioria dos trabalhadores migrantes da União, que desde a génesis comunitária se deslocam para outro Estado-membro no exercício da livre circulação de trabalhadores (artigo 45º do TFUE)⁴⁷⁷, e que fruem das mesmas garantias reconhecidas aos trabalhadores locais, um trabalhador qualificado como “destacado” conta antes (e tão só) com o exercício da livre prestação de serviços por banda do seu empregador (artigo 56º do TFUE). A peculiaridade do fundamento dessa excepção, isto é, a definição de trabalhador destacado e de actividades de destacamento, não conteria, como se verá, as “fricções” entre regimes jurídico-laborais concorrentes, tanto a nível comunitário como doméstico.

Em face dos complexos e delicados problemas suscitados em torno desse domínio, designadamente as queixas de *dumping* social na União Europeia⁴⁷⁸, o Parlamento Europeu e o Conselho resolveram finalmente rever o regime jurídico do destacamento, por meio da Directiva (UE) 2018/957⁴⁷⁹.

it indicate a desire to create a strong social counterbalance to market considerations, and a commitment that any economic benefits should not be obtained by sacrificing social benefits and society?”

⁴⁷⁶ V. o considerando nº 3 da Directiva 96/71.

⁴⁷⁷ O artigo 45º do TFUE proíbe a discriminação em razão da nacionalidade. Sobre o preceito, v. Giovanni Orlandini, “Article 45 TFEU”.

⁴⁷⁸ Escreve Mia Rönnmar, “Labour and Equality Law”, p. 609, nota 56: “the concept of social dumping refers to practices and behaviour aimed at providing a competitive advantage to companies due to lower labour standards, such as wages. Como se refere numa campanha de sensibilização sobre os riscos do dumping social, “Social dumping and worker’s exploitation are widespread practices in the EU, where foreign workers are exploited as “cheap labour” in order to increase profit margins of companies. Every year millions of migrant workers are employed in the construction and many other branches with no social protection, deplorable wages and inhuman living conditions. These workers are the “slaves” of the 21st century. Every year millions of migrant workers are attracted to work abroad, with false promises made by “gangmasters”. In reality they end up in a foreign country, where they are treated as second rank workers, working hard for pocket money. Due to their marginalization in a foreign country and the risk to be sanctioned by their employers, these workers have often no recourse to address their plight”.

⁴⁷⁹ Directiva UE/2018/957, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Junho de 2018. JO 173 de 09/07/2018. O termo do prazo de transposição da Directiva para as legislaturas nacionais era 30 de Julho de 2020. Portugal transpôs a Directiva já para lá do prazo, com o

Espelhando-se no mantra “salário igual para trabalho igual no mesmo local”, o novo desiderato introduziu significativas modificações ao quadro legal anterior, as quais procuram, por um lado, promover a concorrência leal entre os Estados-membros e, por outro, reforçar as garantias jurídico-laborais no âmbito do destacamento⁴⁸⁰.

No presente capítulo, analisar-se-á o quadro legal do destacamento de trabalhadores na União Europeia, começando pela Directiva originária (96/71), a qual se seguiu a Directiva de Execução (2014/67), e as principais mudanças decorrentes da Directiva 2018/957, em confronto com o anterior figurino normativo, bem como o impacto da jurisprudência do Tribunal de Justiça nessa linha evolutiva.

2. Enquadramento normativo anterior a 2018: o “diálogo” com a jurisprudência do TJUE

O quadro legal sobre o destacamento de trabalhadores na União Europeia foi inicialmente regulado por meio da Directiva 96/71. No entanto, a deslocação de trabalhadores de um Estado para outro constitui uma prática bastante anterior ao surgimento do mercado único europeu, sendo, aliás, tão antiga quanto a própria criação das Comunidades⁴⁸¹.

Decreto-Lei nº 101-E/2020, de 7 de Dezembro. A propósito da nova Directiva, cf. Rebecca Zahn, “Revision of the Posted Workers’ Directive: a Europeanisation Perspective”, Mijke Houwerzijl / Annette Schrauwen, “From Competing to Aligned Narratives on Posted and Other Mobile Workers within the EU?”, Jean-Philippe 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”; Aukjea Van Hoek, “Re-embedding the transnational employment relationship: a tale about the limitations of EU law?”, Piet Van Nuffel / Sofia Afanasjeva, “The Posting of Workers Directive: Enhancing the Protection of Workers in the Cross-border Provision of Services”; Pedro Oliveira, “Posting of Workers in the EU: Some Critical Remarks on the Normative Development”.

⁴⁸⁰ Conforme se lê no considerando nº 4 do novo desiderato, “tornou-se necessário avaliar se a Directiva 96/71 (...) continua a assegurar o justo equilíbrio entre, por um lado, a necessidade de promover a liberdade de prestação de serviços e garantir condições equitativas e, por outro, a necessidade de proteger os direitos dos trabalhadores destacados”. Por seu turno, o considerando 10 estipula que é “necessário assegurar uma maior proteção dos trabalhadores, a fim de salvaguardar a liberdade de prestação de serviços numa base equitativa, tanto a curto como a longo prazo, nomeadamente prevenindo a violação dos direitos garantidos pelos Tratados”.

⁴⁸¹ Marta Lasek-Markey, *Law, Precarious Work, and Posted Workers*, p. 34.

Testemunhos claros desse fenómeno podem retirar-se da leitura da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Com efeito, os Acórdãos *Van der vecht*⁴⁸² e *Manpower*⁴⁸³, precursores do conceito definitório de trabalhador destacado, que veio a ser incorporado, anos mais tarde, no artigo 2º da Directiva 96/71, diziam respeito a trabalhadores franceses deslocados para a Alemanha por agências de trabalho temporário para prestarem serviços no sector da construção civil. Ambos os casos tinham como questão principal a determinação do país de pagamento das contribuições devidas à Segurança Social.

Mas foi com o emblemático Acórdão *Rush Portuguesa* que se verificou um ponto de viragem no direito comunitário, nomeadamente no tocante ao direito de livre circulação de trabalhadores⁴⁸⁴. Importa recordar, ainda que sumariamente, os traços essenciais da doutrina nele firmada, na medida em que ela acabaria por informar a base jurídica da Directiva 96/71.

Uma empresa portuguesa dedicada ao sector da construção civil resolve deslocar alguns dos seus empregados para a realização de uma obra de empreitada em território gaulês. Pergunta-se: estarão esses trabalhadores sujeitos às regras estatuídas no *Code du travail*? Poderão auferir o mesmo salário pago aos seus colegas franceses?

A sociedade *Rush Portuguesa*, empresa dedicada ao sector da construção e de obras públicas, celebrou com uma congénere francesa contratos de subempreitada para trabalhos ferroviários a realizar em território gaulês no TGV Atlantique. Por conseguinte, a *Rush* deslocou de Portugal para França um determinado número de trabalhadores de nacionalidade portuguesa.

Os serviços de inspecção do trabalho franceses procederam a controlos que lhes permitiram verificar que *Rush* empregava no total 58 trabalhadores portugueses, os quais não dispunham de uma autorização de trabalho conforme exigia o artigo L 41.6 do código do trabalho francês. A referida norma proibia empregar em França estrangeiros que não dispunham de autorização de trabalho quando essa autorização fosse exigida pelo direito francês ou pelos tratados internacionais. *Rush* seria também responsável pelo cometimento de uma infracção ao artigo L 341.9 que conferia ao

⁴⁸² Processo C-19/67.

⁴⁸³ Processo C-35/70.

⁴⁸⁴ Processo C-113/89, de 27 de Março de 1990. Veja-se também o caso *Sàger* (Processo C-76/90).

Departamento de Imigração Interna o monopólio para a contratação e a admissão em França de trabalhadores estrangeiros.

Com base nos autos de notícia que foram levantados no decurso desses controlos, o Departamento de Imigração aplicou à *Rush* uma coima no valor de 1,5 milhões de francos franceses. Nessa sequência, *Rush* requereu às instâncias judiciais francesas a anulação dessa multa.

O Tribunal Administrativo de Versalhes resolveu suspender a instância e reenviar as seguintes questões ao Tribunal de Justiça:

1. O direito comunitário considerado no seu conjunto e, designadamente, os artigos 5º e 58º a 66º do Tratado de Roma e o artigo 2º do acto de adesão de Portugal à Comunidade Europeia, autorizam um Estado-membro fundador da Comunidade, como a França, a opor-se a que uma sociedade portuguesa, com sede em Portugal, preste serviços em matéria de obras públicas no território do referido Estado-membro trazendo o seu próprio pessoal português, a fim de que ele aí efectue trabalhos em seu nome e por sua conta no âmbito da referida prestação de serviços, sabendo-se que o referido pessoal português deve regressar e regressa de imediato a Portugal, uma vez cumprida a sua missão e prestados os serviços?

2. O direito de uma sociedade portuguesa prestar serviços em toda a Comunidade pode ficar dependente de condições, estabelecidas pelos Estados-membros fundadores da CEE, designadamente, da contratação de pessoal no local, da obtenção de licenças de trabalho para o seu próprio pessoal português ou do pagamento de contribuições a um organismo de imigração?

3. O pessoal objecto da contribuição especial impugnada cuja lista, mencionando os nomes e qualificações, figura em anexo aos autos de notícia levantados pelo inspector de trabalho, nos quais descreve as infracções cometidas pela empresa *Rush Portuguesa*, pode ser considerado “pessoal especializado ou pessoal que ocupa um lugar de confiança” na acepção das disposições previstas no anexo do Regulamento (CEE) nº 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968?

Da leitura das observações apresentadas pelas partes intervenientes no litígio, são descortináveis três posições distintas relativamente ao alcance da livre prestação de serviços.

A primeira delas, defendida pela *Rush Portuguesa*, ia no sentido de que as normas do Acto de Adesão não estabeleciam restrições à contratação e ao emprego de nacionais portugueses por um fornecedor de serviços.

Para a empresa, a presença em território gaulês dos trabalhadores portugueses não se subsumia ao artigo 48º do Tratado CEE, na medida em que eles não procuraram trabalho naquele Estado-membro e não acederam ao mercado de trabalho francês. Ao invés, a *Rush* alegava que esses trabalhadores tinham um emprego em Portugal, no âmbito do qual se haviam deslocado à França para aí prestarem serviços em favor da sua entidade empregadora, sem terem pretendido, de modo algum, usufruir do direito de residência nesse país como trabalhadores por tempo indeterminado.

A *Rush* acrescentava que as relações laborais em causa estavam circunscritas à ordem jurídica portuguesa, e que as remunerações devidas aos trabalhadores haviam sido recebidas em Portugal, onde os mesmos pagaram os seus impostos e continuaram confinados ao regime nacional da segurança social. Tudo para concluir que esses trabalhadores não deveriam ser considerados “trabalhadores” nos termos do Regulamento 1612/68/CE, porquanto a aplicação das normas constantes do Acto de Adesão respeitantes aos trabalhadores portugueses não teria lugar.

Em contraste, o Governo gaulês considerava que as disposições do Acto de Adesão seriam aplicáveis, excepto no caso de trabalhadores que ocupassem um posto de trabalho de confiança, uma vez que, na sua leitura, esses trabalhadores equiparavam-se ao próprio fornecedor de serviços, usufruindo assim do direito de residir em França não enquanto trabalhador, mas enquanto fornecedor de serviços na acepção da Directiva 73/148/CEE. Em seu entender, tratar-se-ia de uma categoria muito limitada de pessoas: trabalhadores encarregues de funções como as de dirigentes da sociedade civil, susceptíveis de obrigá-la perante terceiros.

Por sua vez, a Comissão defendia, à semelhança do governo francês, a efectivação do normativo de Adesão, excluindo daqui não apenas os trabalhadores que ocupassem um cargo de confiança na empresa fornecedora de serviços, como também aqueles que executassem serviços especializados. A Comissão socorria-se ainda do “programa geral para a supressão das restrições à livre prestação de serviços”, aprovado pelo Conselho em 1962, cujo título II previa:

Antes do termo do segundo ano da segunda fase do período de transição, prevê-se, a adaptação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas ... na medida em que ... sejam de natureza a perturbar a prestação de serviços por esses nacionais (dos Estados-membros) ou pelo pessoal especia-

lizado ou pessoal que ocupe um lugar de confiança acompanhando o prestador ou executando a prestação por sua conta.

Afastando-se da posição defendida pela *Rush Portuguesa*, o Advogado-Geral Van Gerven observou que tanto os artigos 59º e 60º do Tratado CEE, como ainda os artigos 215º a 218º do Acto de Adesão, deviam ser interpretados no sentido de que um fornecedor de serviços poderia, para efeitos de uma prestação de serviços a efectuar noutra Estado-membro (o Estado-membro de acolhimento), fazer-se acompanhar por trabalhadores portugueses que fizessem parte do pessoal dirigente da empresa ou por pessoal que com ela tenha relações de confiança particulares ou que possua qualificações especiais que sejam essenciais para a prestação de serviços a efectuar e que só com grandes dificuldades podem ser contratados no mercado de trabalho dos antigos Estados-membros, desde que a presença destes trabalhadores no Estado-membro de acolhimento fosse necessária para o exercício eficaz da actividade da empresa do fornecedor de serviços. No que respeita a estes trabalhadores, continua o Advogado-Geral, o Estado-membro de acolhimento não pode sujeitar a qualquer condição a emissão de uma autorização de residência nos termos do nº 3 do artigo 6º da Directiva 68/360. A sanção a aplicar no caso de não ser pedido pelo empregador ou pelo trabalhador tal documento não pode ser mais severa do que as sanções aplicáveis aos nacionais por infracções ligeiras comparáveis. Em conformidade com o artigo 9º da Directiva 68/360, o documento deve ser emitido a título gratuito ou mediante pagamento de urna soma que não seja superior aos direitos e taxas exigidos para a concessão de bilhetes de identidade aos nacionais.

No que diz respeito às outras categorias de trabalhadores, os outros Estados-membros conservam, até 1 de Janeiro de 1993, o poder de subordinar a uma autorização prévia a imigração com vista a exercer uma actividade assalariada e de impor igualmente o respeito de tais regras aos fornecedores de serviços que empregam estes trabalhadores. À violação destas regras não pode, no entanto, ser aplicada uma sanção que seja de tal modo desproporcionada em relação à gravidade da infracção que comprometa a livre circulação de serviços. A concessão desta autorização pode ser acompanhada da cobrança de uma taxa a cargo do empregador destes trabalhadores quando tal taxa seja cobrada indistintamente aos empregadores nacionais e aos empregadores de um ou de outro Estado-membro,

e desde que o montante não seja desmesuradamente elevado em relação à sua finalidade.

Conforme se aludiu, o ponto controvertido do caso em apreço prendia-se com o tratamento diferenciado dado aos trabalhadores portugueses em comparação com os trabalhadores locais. Escudando-se no *market access approach*, o Tribunal de Justiça defendeu que a situação não estava abrangida pela livre circulação de trabalhadores (artigo 45º TFUE) – ainda não reconhecido a Portugal na altura⁴⁸⁵ –, uma vez que os trabalhadores portugueses regressavam ao país de origem após o término da sua actividade, “sem entrarem, em qualquer momento, no mercado de emprego do Estado-membro de acolhimento”.⁴⁸⁶

A despeito disso, ou melhor, por causa disso, a obrigatoriedade e alcance da protecção jurídica a conferir aos trabalhadores em destacamento era deixada a cargo das disposições domésticas. Com efeito, o Tribunal estabeleceu que o direito comunitário não se opunha a que os Estados-membros tornassem a sua legislação ou as suas convenções colectivas de trabalho celebradas pelos parceiros sociais extensivas a toda e qualquer pessoa que efectuasse um trabalho assalariado, ainda que de carácter temporário, no seu território, fosse qual fosse o país de estabelecimento do empregador; o direito comunitário também não proibia aos Estados-membros que impussem o respeito destas normas pelos meios adequados⁴⁸⁷. Deste modo, o Tribunal atribuía uma ampla margem de discricionariedade aos Estados-

⁴⁸⁵ No que toca aos movimentos migratórios de cidadãos portugueses para os demais Estados-membros, o artigo 216º do Acto de Adesão continha uma restrição à livre circulação de trabalhadores, nos seguintes termos: “1. Os artigos 1º a 6º do Regulamento (CEE) nº 1612/68 relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade só são aplicáveis ... nos outros Estados-membros, em relação aos nacionais portugueses, a partir de 1 de Janeiro de 1993. Os outros Estados-membros têm a faculdade de manter em vigor até 31 de Dezembro de 1992 ... em relação ... aos nacionais portugueses... as disposições nacionais ... que sujeitem a autorização prévia à imigração que tenha por objectivo o exercício de um trabalho assalariado e/ou o acesso a um emprego assalariado.”

⁴⁸⁶ Acórdão *Rush Portuguesa*, nº 12. O Tribunal de Justiça já se havia pronunciado acerca da importância da livre prestação de serviços, bem como sobre a possibilidade de extensão de regras nacionais de remuneração a trabalhadores temporariamente destacados, no caso *Seco* (Processos C-62/81 e C-63/81), n.º 14). No caso *Vander Elst* (processo C-43/93), o Tribunal reafirma a referida possibilidade, n.º 23.

⁴⁸⁷ Acórdão *Rush Portuguesa*, nº 12. O Tribunal de Justiça havia aflorado a possibilidade de extensão, somente no tocante aos ordenados do país de acolhimento, no Acórdão *Seco* (processos apensos c-62/81 e C-63/81), nº 14.

-membros na decisão de aplicar, no todo ou em parte, as garantias laborais do país de acolhimento aos trabalhadores destacados.

Esta argumentação foi alvo de duras críticas por parte de um importante sector da doutrina, que não só a qualificou como “irracional”⁴⁸⁸, como levou à afirmação de que o Tribunal de Justiça cometera aí um erro crasso na prossecução da sua função jurisdicional, respondendo a uma questão irrelevante para a tomada de decisão do caso *sub judice*⁴⁸⁹.

Note-se, porém, e como se verá adiante, que o legislador comunitário não viria a acolher o entendimento emanado do caso Rush Portuguesa, mitigando a possibilidade de os Estados-membros estenderem a aplicabilidade de toda a legislação do país de acolhimento aos trabalhadores em destacamento⁴⁹⁰.

Ainda de acordo com a leitura do Tribunal (bem diferente da do Advogado-Geral, do governo gaulês e da Comissão), aquilo que verdadeiramente estaria em causa no litígio era a “*deslocação temporária* de trabalhadores que são enviados para um outro Estado-membro para aí efectuarem trabalhos de construção ou de obras públicas no âmbito de uma prestação de serviços do seu empregador”. Por conseguinte, o critério diferenciador do estatuto dos trabalhadores destacados em relação a outros trabalhadores móveis da União seria o critério (algo vago) da temporalidade da prestação laboral.

Por esta razão, Rush Portuguesa foi já classificado como “um cálice envenenado”, uma vez que afastou, de forma insuprimível, a possibilidade de os trabalhadores destacados usufruírem da protecção decorrente do

⁴⁸⁸ A expressão “unreasoned” é utilizada por Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 214.

⁴⁸⁹ Escreve Paul Davies, “*Posted Workers: Single Market Or Protection of National Labour Law Systems*”, p. 583: “basic error of the Craft of judicial decision-making and answered a question which was not necessary for its decision”. No mesmo sentido, cf. Jari Hellsten, “On the Social Dimension in Posting of Workers”, p. 10. Sobre o ponto, v. ainda Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 3, texto correspondente à nota 181.

⁴⁹⁰ Na década de 1970, a Comissão já havia tentado, sem sucesso, regular o estatuto dos trabalhadores destacados, por meio de duas propostas de Regulamento respeitante ao conflito de leis nas relações de trabalho. Estas propostas determinavam que os trabalhadores que prestassem actividade temporária em outro Estado-membro estariam sujeitos às regras do seu país de origem, excepto quanto aquelas com natureza imperativa, correspondendo assim ao que mais tarde enunciaria o artigo 30, n.º 1 da Directiva 96/71. Com mais desenvolvimentos, v. Marta Markey, *Law, Precarious Work, and Posted Workers*, p. 35; Jari Hellsten, “On the Social Dimension in Posting of Workers”, p. 17; Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 3, texto correspondente à nota 48.

princípio da livre circulação de trabalhadores⁴⁹¹, associando-os antes à livre prestação de serviços das entidades empregadoras⁴⁹², sem, no entanto, explicitar o motivo que terá conduzido a essa diferenciação tipológica. Na verdade, dúvidas não restam de que os trabalhadores destacados são, para todos os efeitos, trabalhadores migrantes, e, como já tivemos ocasião de dizer, a livre circulação de trabalhadores constitui uma das quatro liberdades subjacentes à construção do mercado único⁴⁹³. Além disso, o artigo 45o do TFUE proíbe, expressamente, a discriminação em razão da nacionalidade dos trabalhadores que pretendam desempenhar a sua actividade profissional num Estado-membro diferente do de origem.

Assinale-se, todavia, que a decisão do Tribunal escondia outras fragilidades profundas: ela não só levantava dúvidas de índole social, desde logo por deixar na sombra interesses legítimos dos trabalhadores deslocados, como também tornava muito mais atractiva a contratação de trabalhadores oriundos de Estados-membros recém-chegados à União com custos laborais e contributivos mais reduzidos, como era o caso de Portugal e Espanha, em evidente preterição dos demais países. E não tardaria muito até que as queixas de *dumping social* e de perturbação das leis da concorrência intracomunitária viessem para a ribalta⁴⁹⁴.

Foi neste cenário problemático (e após seis anos de intensa discussão⁴⁹⁵) que o Parlamento Europeu e o Conselho adoptaram a Directiva 96/71/CE,

⁴⁹¹ Essa dissociação seria explorada, mais tarde, nos casos apenos *Finalarte* (C-49/98), *Portugaia* (C-70/98) e *Engil* (C-71/98), nº 23, posteriores à aprovação da Directiva 96/71, mas que respeitavam a situações ocorridas anteriormente. Neste último, o Tribunal de Justiça excluiu, de forma explícita, a aplicação da livre circulação de trabalhadores aos trabalhadores em destaque.

⁴⁹² A expressão “a poisoned chalice” lê-se no estudo de Marta Markey, *Law, Precarious Work, and Posted Workers*, p. 35.

⁴⁹³ Na incisive formulação de Jari Hellsten, “the distinction made between posted workers who return back to their home (or living) state and those who do not return is artificial. In that thinking a worker moving on his own initiative for one day to the host state enters its market while a worker posted for a ten years project does not. Moreover, freely moving workers may also return home, which for logics sake should separate them from the labour market of the host state”. (“On the Social Dimension in Posting of Workers”, p. 9).

⁴⁹⁴ Como bem recorda Marta Markey, *Law, Precarious Work, and Posted Workers*, p. 36, a França e a Alemanha consideravam que o destaque de trabalhadores na comunidade estava a conduzir ao dumping social.

⁴⁹⁵ A dilatação temporal desde os trabalhos preparatórios até à aprovação do texto final do diploma comunitário é designado na doutrina por “adoption saga”. Assim, expressamente, Jari

relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços. O texto preambular do diploma legal proclamava o seu designio dual: conciliar o exercício da livre prestação transfronteiriça de serviços com a concorrência leal e o respeito pelos direitos dos trabalhadores⁴⁹⁶. Assim, além da livre prestação de serviços, considerou-se necessário assegurar certos direitos mínimos aos trabalhadores em destacamento. Por outras palavras, a aplicação da Directiva reclamaria um equilíbrio constante para conciliar duas realidades à partida inconciliáveis: os interesses das empresas que tencionavam beneficiar das vantagens competitivas associadas ao destacamento de trabalhadores de um Estado-membro para outro, de uma parte, os interesses dos trabalhadores em causa, de outra.

No entanto, havia outros elementos indicadores de uma certa prevalência dos interesses económicos⁴⁹⁷, isto é, que apontavam para o sentido de, em boa verdade, o normativo aprovado pretender promover a prestação transfronteiriça de serviços (algo que, aliás, viria mais tarde a confirmar-se na judicatura da União, designadamente no Acórdão *Laval*⁴⁹⁸: i) a Directiva não é uma medida de harmonização da política laboral; ii) a Directiva fundou-se unicamente numa das liberdades económicas constitutivas da comunidade, nomeadamente a livre prestação de serviços (actual artigo 56º do TFUE).

A intencionalidade (real) subjacente ao diploma comunitário não passaria despercebida ao olhar atento da doutrina especializada. Autores como Paul Davies sublinharam que a comunidade dispunha de competência legislativa para adoptar Directivas de harmonização social com o objectivo de reduzir as barreiras à prestação de serviços transfronteiriça. Logo, para este autor, a escolha da base jurídica da Directiva demonstra que a

Hellsten, “On the Social Dimension of Posting of Workers”, p. 18. Refira-se, aliás, que além do voto desfavorável do Reino Unido, Portugal se absteve de votar a versão final da proposta de Directiva, a qual começou a ser discutida em 1991. Com mais desenvolvimentos, v. Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 3, sec. 3. 3. 1. 2.

⁴⁹⁶ V. o considerando nº 5 da Directiva 96/71.

⁴⁹⁷ Como bem salienta Stein Evju a este propósito, “Revisiting the Posted Workers Directive”, p. 155, “it is safe to say that the economic has taken precedence over the social”. No mesmo sentido, Daniel Carter, “Equal Pay for Equal Work in the same Place?”, p. 45.

⁴⁹⁸ Neste sentido, cf. Daniel Carter, “Equal Pay for Equal Work in the same Place?”, p. 39. No supramencionado Acórdão *Rüffert*, o Tribunal de Justiça declarou que a Directiva 96/71 busca em especial “realizar a livre prestação de serviços, que é uma das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado” (36).

sua finalidade era antes a de facilitar essa prestação de serviços⁴⁹⁹. E isto reclamava, entre outras coisas, a “coordenação” dos regimes domésticos (v. Considerando 13 da Directiva 96/71), e já não a sua “harmonização”⁵⁰⁰.

A escolha dessa base normativa parecia ainda “esconder” uma estratégia política, visto que, contrariamente ao que acontece no caso das Directivas em matéria de política social, nomeadamente laboral, a aprovação de Directivas no âmbito da livre prestação de serviços exigia, tão só, uma maioria qualificada⁵⁰¹. Mais perto de nós, Alexandre Defossez escreveu: “It is still controversial that posting of workers is solely a free movement of services, and not workers, issue”⁵⁰².

Uma visão alternativa ao duplo objectivo da Directiva prende-se com o combate do *dumping* social. Conforme escreve Marta Markey,

the word ‘dumping’ is linked to economics and international trade, where it has been used to ‘define any practice which consists in selling abroad (as exports) products or services below their price on the domestic market’⁵⁰³.

O Regulamento 2016/1036, relativo à defesa contra as importações objecto de *dumping*, define, no seu artigo 1º, nº 2, que ”um produto é objecto de *dumping* se o seu preço de exportação para a União for inferior ao preço comparável de um produto similar, no decurso de operações comerciais normais, estabelecido para o país de exportação”.

Aplicando essa noção ao fenómeno do destacamento de trabalhadores, poder-se-ia dizer que o *dumping* social se caracteriza pela exploração desleal de custos concorrentiais por meio da mão-de-obra barata.

⁴⁹⁹ Paul Davies, “Posted Workers”, p. 572. Para mais desenvolvimentos, cf. Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 41; Marta Markey, *Law, Precarious Work, and Posted Workers*, p. 39 e ss.; Francisco Liberal Fernandes, *O destacamento de trabalhadores na União Europeia*, p. 43 e ss.

⁵⁰⁰ A harmonização ficara, no dizer de Silvana Sciarra, no passado, dando-se agora lugar a um modelo de coordenação que privilegia a actuação dos Estados-membros (re-nacionalização) e a diversidade dos regimes domésticos (“Global or Re-nationalised?”, p. 270).

⁵⁰¹ Paul Davies, “Posted Workers”, p. 571. Na mesma linha, Jari Hellsten recorda que, por inúmeras vezes, a Comissão rejeitou que a Directiva sobre o destacamento tivesse na sua base a livre circulação de trabalhadores (artigo 48º do TCE), uma vez que evitaria com isto a mobilização do artigo 100º, n. 2, do TCE, que exigia unanimidade – apesar das críticas do Reino Unido a respeito disto. Sem surpresa, os britânicos viriam, mais tarde, a recusar a proposta legislativa. (“On the Social Dimension of Posting of Workers”, p. 7.)

⁵⁰² Alexandre Defossez, “Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services”, p. 645.

⁵⁰³ Marta Markey, *Law, Precarious Work, and Posted Workers*, p. 36.

Assim, e como sublinha Marta Markey, o *dumping social* assenta em

any practice pursued by an enterprise that deliberately violates or circumvents legislation in the social field or takes advantage of differentials in practice and/or legislation in the social field in order to gain an economic advantage, notably in terms of competitiveness, the state also playing a determinant role in this process⁵⁰⁴.

Em suma, o *dumping social* não deriva somente das assimetrias salariais existentes na União. Reclama antes a prossecução de uma conduta de má-fé por parte de empresas prestadoras de serviços, que vêm aí um “terreno fértil” para beneficiar das vantagens decorrentes das lacunas normativas comunitárias. Saliente-se, de todo o modo, que a Directiva 96/71 “não eliminou o *dumping social* decorrente da diferença de custos laborais (retribuição e contribuições para a segurança social) entre os Estados-membros, limitando-se a estabelecer uma determinada paridade de tratamento entre as empresas (e respectivos trabalhadores) que prestam serviços transnacionais e aquelas que asseguram as mesmas actividades no Estado de emprego”⁵⁰⁵.

No quadro da Directiva 96/71, por vezes abreviada na literatura estrangeira pela sigla PWD,⁵⁰⁶ destaca-se o artigo 3º, nº 1, regulador das regras respeitantes às condições de trabalho e de emprego do país de acolhimento que devem ser garantidas aos trabalhadores destacados⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Assim, de novo, Marta Markey, *Law, Precarious Work, and Posted Workers*, p. 37.

⁵⁰⁵ Francisco Liberal Fernandes, *O destacamento de trabalhadores na União Europeia*, pp. 47-48.

⁵⁰⁶ Posting of Workers Directive.

⁵⁰⁷ Este não é o espaço para um estudo aturado sobre a relação entre a Directiva 96/71 e as regras de Direito Internacional Privado. Afigura-se-nos importante, porém, recordar que a técnica da formulação do artigo 3º, nº 1, da Directiva traduz a efectivação do estatuído no artigo 9º (normas de aplicação imediata) do Regulamento de Roma I. Acrescente-se que aquele dispositivo deve ser conjugado com o disposto no artigo 8º do referido Regulamento, ou seja, o contrato de trabalho rege-se pelas regras acordadas pelas partes interessadas, contudo a Directiva impõe, para além das matérias pactuadas, um núcleo de regras mínimas de protecção dos trabalhadores. A complementariedade do artigo 8º do Regulamento pode ver-se igualmente no artigo 3º, nº 7 da Directiva, onde se admite a adopção de normas mais favoráveis que as consagradas nesse instrumento. Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, cf., entre outros, Stein Evju, “Revisiting the Posted Workers Directive”, p. 155 e ss.; Herwig Verschueren, “The European Internal Market and Competition between Workers”, p. 137 e ss.; Alexandre Defossez, “Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in

A versão originária desse dispositivo contemplava sete matérias, a saber: duração da jornada de trabalho; férias; remuneração salarial mínima; condições de disponibilização dos trabalhadores por empresas de trabalho temporário; saúde, segurança e higiene; medidas de protecção das grávidas, puérperas, crianças e jovens; igualdade de género e outras medidas em matéria de não discriminação. O considerando 14 do normativo comunitário descrevia este desiderato como um “núcleo duro de regras de protecção claramente definidas”. Deve notar-se, porém, que à exceção da matéria salarial e a das férias, as restantes disciplinas constituíam já normas de ordem pública, o que significa que elas teriam aplicação em favor dos trabalhadores destacados ainda que a Directiva não tivesse sido aprovada. Além disso, os trabalhadores destacados por empresas de trabalho temporário ou agências de colocação contavam já com uma protecção reforçada no enquadramento originário⁵⁰⁸.

Uma questão bastante controvertida prende-se com a natureza do *standard* consagrado no artigo 3º, nº 1. Dir-se-á que se trata de um *standard* mínimo de protecção, na medida em que o artigo 3º, nº 7, da Directiva 96/71, autoriza, como aliás é comum nesse género de instrumentos, a adopção de regras domésticas mais favoráveis aos trabalhadores destacados; na expressão utilizada na doutrina, estaríamos aqui perante um *floor of rights*⁵⁰⁹.

No entanto, as decisões do Tribunal de Justiça nos polémicos casos Laval e Rüffert, que analisaremos adiante, permitem-nos afirmar que aquele *standard* oferece-se antes como uma “grelha rígida”⁵¹⁰, máxime, um *ceiling of rights*, na medida em que o Tribunal de Justiça mitigou a possibilidade de o legislador interno adoptar patamares superiores de protecção dos trabalhadores destacados.

the framework of the provision of services”, p. 663 e ss.; Jari Hellsten, “On Social Dimension in Posting of Workers”, p. 6 e ss.; Marta Markey, *Law, Precarious Work, and Posted Workers*, p. 41 ss.; Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 3, texto correspondente à nota 10; Francisco Liberal Fernandes, *O destacamento de trabalhadores na União Europeia*, pp. 52-54.

⁵⁰⁸ Cf. O artigo 3º, nº 9 da Directiva 96/71.

⁵⁰⁹ Assim, Alexandre Defossez, “Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services”, p. 650; Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 3, texto correspondente à nota 150.

⁵¹⁰ Neste sentido, Pedro Oliveira, “Alguns problemas sobre a tutela dos direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal de Justiça” p. 321. Sobre o ponto, v. ainda Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 3, texto correspondente à nota 166.

Por outro lado, se é certo que algumas das disciplinas elencadas no artigo 3º, nº 1, se afiguravam fulcrais para a protecção dos trabalhadores em destacamento, v. g. o período máximo de trabalho, o período mínimo de descanso, a remuneração salarial mínima e as férias anuais, é igualmente inegável que os custos subjacentes a cada uma delas se repercutem (também) na dimensão da concorrência. Daí que, por exemplo, o cálculo mensal ou semanal do salário com base no número de horas/semanas de trabalho foi tido em conta para evitar um ambiente concorrencialmente desleal no conspecto comunitário. Foi também em virtude disso que a Directiva não procurou “harmonizar” a matéria salarial, visando antes “coordená-la”.

Como se comprehende, o normativo comunitário não determina o âmbito substantivo dessas normas, remetendo-as antes aos Estados-membros, que as devem mediar por lei ou por instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho declarados de aplicação geral. A enunciação do nível de actuação dos países de acolhimento expressa claramente o modelo de coordenação (e já não de harmonização) pretendido pela Directiva, que busca com isso salvaguardar a plena autonomia daqueles na concretização das referidas normas⁵¹¹. Por outro lado, a ausência de um modelo de “harmonização” redunda em regimes internos assaz assimétricos. Interessa ainda notar que, do ponto de vista da relação juslaboral, o contrato de trabalho do trabalhador destacado sofre a ressonância de duas ordens jurídicas distintas; quer a do país em que foi celebrado (manutenção do vínculo com o empregador), quer a do território para o qual foi destacado (país de acolhimento).

Particularmente relevante para a efectivação do normativo comunitário são os conceitos axiais de “destacamento” e de “trabalhador destacado”. No que diz respeito ao primeiro, o artigo 1º, nº 3, abarca as seguintes hipóteses: destacamento no quadro da subcontratação de serviços; destacamento no contexto dos grupos empresariais transfronteiriços; destacamento por agências de trabalho temporário.⁵¹² Acresce que para serem

⁵¹¹ Neste sentido, v. Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 3, texto correspondente à nota 108.

⁵¹² Esta modalidade parece ter sido a mais problemática, desde logo pela relação de tensão que existia entre a Directiva 96/71 e a Directiva 2008/104/CE, relativa ao trabalho temporário. A primeira estabelecia o cumprimento, pelas agências de trabalho temporário, das regras de natureza imperativa, previstas no seu artigo 3º, nº 1, ao passo que a segunda enuncia, no seu artigo 5º, o princípio da igualdade de tratamento entre trabalhadores de agências temporárias e de utilizadoras, nos seguintes termos: “as condições de trabalho e emprego dos trabalhadores

subsumíveis ao artigo 1º, nº 1), os destacamentos devem ainda consubstanciar uma prestação transnacional de serviços, executada pelo trabalhador destacado em sintonia com o artigo 56º do TFUE. Aqui, como em tantos outros lugares⁵¹³, as dificuldades enfrentadas no âmago do conceito definitório de estabelecimento também se mostram presentes.⁵¹⁴

Na realidade, o artigo 1º, nº 1, cinge-se a estatuir que a Directiva “é aplicável às empresas estabelecidas num Estado-membro”. Surge de imediato a pergunta: o que significa estar estabelecido? O texto da Directiva não o diz, e esta omissão tem desencadeado comportamentos abusivos por parte de alguns prestadores de serviços. Note-se, aliás, que o ponto já foi objecto da apreciação do Tribunal de Justiça, concretamente no caso *Comissão contra Reino Unido*, onde se determinou que o conceito de estabelecimento “envolve a efectiva prossecução de uma actividade económica através de uma instalação estável noutra Estado-membro por um período indeterminado”⁵¹⁵.

temporários são, enquanto durar a respectiva cedência ao utilizador, pelo menos iguais às condições que lhes seriam aplicáveis se tivessem sido recrutados directamente pelo utilizador para ocupar uma mesma função”. Essa diferenciação viria entretanto a ser “corrigida” com a revisão da Directiva em 2018, conforme se verá adiante. Para mais desenvolvimentos sobre o destacamento de trabalhadores por agências de trabalho temporário, e a “colisão” entre aquelas duas Directivas, v. Alexandre Defossez, “Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services”, pp. 646-647; Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 3, texto correspondente à nota 133.

⁵¹³ Como se viu na segunda parte do nosso estudo, o conceito de empresa ou estabelecimento tem se repercutido noutras domínios normativos da União, designadamente o da transmissão de empresas. A este respeito veja-se, com outras referências, Pedro Oliveira, “Transmissão de empresas no direito laboral da União Europeia: novos desafios na delimitação conceptual de unidade económica.

⁵¹⁴ O artigo 1º, nº 1 cinge-se a estatuir que a Directiva “é aplicável às empresas estabelecidas num Estado-membro”. Deve perguntar-se: o que significa estar estabelecido? A Directiva não o diz, e esta omissão tem desencadeado comportamentos abusivos. No caso *Comissão contra Reino Unido* (Processo C-246/89), o Tribunal de Justiça formulou que o conceito de estabelecimento “envolve a efectiva prossecução de uma actividade económica através de uma instalação estável noutra Estado-membro por um período indeterminado”(21). No entanto, como bem salienta Alexandre Defossez, “Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services”, p. 645, “from a practical point of view, being “established in a Member State is not a huge threshold. It is well known that the creation of a company in some Member States only requires a mere registration”. O autor aponta como consequência dessa inexactidão conceptual a fraude às normas da segurança social, como ocorre por exemplo no caso de empresas fictícias.

⁵¹⁵ Acórdão *Comissão contra Reino Unido* (Processo C-246/89), nº 21.

Todavia, e como bem recorda Alexandre Defossez, “from a practical point of view, being ‘established in a Member State’ is not a huge threshold. It is well known that the creation of a company in some Member States only requires a mere registration”⁵¹⁶.

Uma das consequências dessa inexactidão conceptual consiste na fraude às normas da segurança social, como ocorre, por exemplo, no caso de empresas de fachada ou fictícias.

Por seu turno, o conceito definitório de trabalhador destacado vem enunciado no artigo 2º, nº 1: “qualquer trabalhador que, por um período limitado, trabalha no território de um Estado-membro diferente do Estado onde habitualmente exerce a sua actividade”.

Como se vê, a formulação normativa exige a verificação cumulativa de dois requisitos específicos, nomeadamente a existência da prestação da actividade laboral no país de origem do trabalhador, ficando daqui excluídas aquelas situações em que ele é contratado, de forma fraudulenta, unicamente para fins de destacamento, e, ainda, a temporalidade do período de destacamento.

Um primeiro aspecto problemático atinente à essa definição emerge da discrepância entre o artigo 2º da Directiva 96/71 e o artigo 12º do Regulamento 883/2004, relativo à coordenação das regras da segurança social na União. Enquanto aquele primeiro desiderato abrange somente trabalhadores destacados por conta de outrem, excluindo do seu âmbito subjetivo os trabalhadores por conta própria, o artigo 12º, nº 2, do referido Regulamento, admite a hipótese de um trabalhador desta categoria destacar-se a outro Estado-membro⁵¹⁷.

Igualmente complexo mostra-se o tratamento dado pelo areópago do Luxemburgo à questão da ligação entre o trabalhador e o país de acolhimento. Como se referiu, à luz do decidido no caso *Rush Portuguesa*, e posteriormente no caso *Finalart*, o Tribunal excluiu os trabalhadores destacados do âmbito de aplicação da livre circulação de trabalhadores, por considerar que os mesmos não acediam ao mercado de trabalho do país de acolhimento. Contudo, no Acórdão *Dobersberger*, veio a estabelecer-se o seguinte:

⁵¹⁶ Alexandre Defossez, “Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services”, p. 645.

⁵¹⁷ Sobre o ponto, v. Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 2.

um trabalhador não pode ser considerado destacado no território de um Estado-membro se a execução do seu trabalho não apresentar uma ligação suficiente com esse território. Esta interpretação decorre da sistemática da Directiva 96/71 e, nomeadamente, do seu artigo 3º⁵¹⁸.

A nosso ver, obrigar esses trabalhadores a comprovarem essa conexão parece um requisito pouco razoável, desde logo por ter sido o próprio Tribunal de Justiça a determinar a presunção segundo a qual um trabalhador destacado não acede ao mercado de trabalho do Estado-membro para o qual é destacado.

Uma outra dúvida que por décadas se suscitou em torno dessa matéria foi a seguinte: o que se deve entender por temporário? Até 2018, nem a jurisprudência nem a legislatura da União o diziam de forma inequívoca e sistemática. Com efeito, observamos que no caso *Rush Portuguesa* o Tribunal de Justiça cingiu-se a declarar que um prestador de serviços pode deslocar-se com o seu próprio pessoal *enquanto durarem os trabalhos a realizar*⁵¹⁹.

Não surpreende, por isso, que essa imprecisão tenha dado azo a práticas abusivas com grandes consequências laborais e concorrenciais – como o *dumping* social. Na realidade, tornou-se prática corrente destacar-se trabalhadores para outro Estado-membro para prestarem serviços por vários anos, pelo que o único elemento que diferenciava os trabalhadores destacados dos trabalhadores migrantes era o seu contrato de trabalho (e as condições nele vertidas). Conforme enfatiza Claire Kilpatrick, “socially, it is not difficult to imagine that long-stretches of life in a “typically more expensive” host-state on a minimum skeleton of a host-state labour standards can seem exploitative to posted workers and host-state inhabitants alike.”⁵²⁰

Para além dos falsos destacamentos, outro nódulo problemático que por largos anos potenciou condutas ilegítimas por banda dos prestadores de serviços resultava da inexistência de requisitos impostos às legislaturas nacionais a propósito do monitoramento e execução das garantias conferidas aos trabalhadores em destacamento. Apesar da Directiva enunciar

⁵¹⁸ Acórdão *Dobersberger*, No 31.

⁵¹⁹ Acórdão *Rush Portuguesa*, No 17.

⁵²⁰ Claire Kilpatrick, “British Jobs for British Workers? UK Industrial Action and Free Movement of Services in EU Law”, p. 27.

algumas linhas de orientação,⁵²¹ os Estados-membros eram livres para estabelecer, em sintonia com os ordenamentos jurídicos internos, os termos das informações, do monitoramento e da execução daquelas garantias. Na prática, o *standard* de direitos laborais domésticos vinha publicitado nas páginas eletrónicas dos governos, contudo a informação aí contida nem sempre estava completa, e os sítios web nem sempre eram acessíveis aos prestadores de serviços e aos seus encarregados. Além disso, a cooperação administrativa entre os países era praticamente nula, o que tornava o terreno ainda mais fértil para o incumprimento do regime legal.

As “letterbox companies”, ou “empresas de fachada”, constituem um exemplo conhecido de tais práticas. Não há, no Direito da União Europeia (incluindo aqui o ordenamento fiscal), uma definição desse “segmento” empresarial. De acordo com Massimo Palllini, as “letterbox companies” são empresas que operam num país diferente daquele em que declaram estar estabelecidas, dispondo aí tão somente de uma morada postal, mas cuja prestação de serviços é permanentemente realizada em outros Estados-membros⁵²².

Várias eram as vantagens subjacentes à utilização deste expediente no contexto do destacamento transfronteiriço de trabalhadores, particularmente dos “novos” para os “antigos” países da comunidade. Conforme se referiu, os trabalhadores destacados estavam sujeitos ao núcleo de regras mínimas previsto no artigo 3º, nº 1, da Directiva 96/71), auferindo correntemente a retribuição salarial mínima, ou seja, menos do que recebiam os trabalhadores locais do mesmo sector de actividade. Por outro lado, no que tange às contribuições devidas à segurança social, os trabalhadores destacados mantêm-se vinculados às regras do Estado-membro em que habitualmente laboram – no caso o país onde está situada a *letterbox company* – implicando assim custos mais reduzidos em comparação aos do país de acolhimento (entre 10 e 30 por cento inferiores). Em suma, custos laborais e contributivos mais reduzidos equivaleriam a uma mão-de-obra mais barata⁵²³, fazendo do destacamento um mecanismo ainda mais lucrativo.

⁵²¹ Cf. os artigos 4º, 5º e 6º da Directiva 96/71.

⁵²² Massimo Palllini, “Article 62 TFEU”, pp. 89-90: “letterbox companies” são “undertakings that do not really operate in the country in which they claim to be established, and in which they only have a postal address, while offering permanent services in another Member State”.

⁵²³ Com mais desenvolvimentos, v. Massimo Palllini, “Article 62 TFEU”, pp. 89-90 e Francisco Liberal Fernandes, *O destacamento de trabalhadores na União Europeia*, p. 57.

Nesse cenário, a delimitação de um conceito definitório de “remunerações salariais mínimas” revelava-se bastante complexa. Embora a Directiva remettesse essa tarefa aos Estados-membros, era tudo menos claro se eles deveriam estabelecer um conceito de ordenado mínimo que valesse para todos ou se podiam antes determiná-lo individualmente. Como é sabido, um ordenado mínimo pode integrar múltiplos elementos e revestir diversas formas; pode pautar-se por um determinado período temporal (mensal, semanal ou horário) ou até mesmo por certo nível de produtividade; pode assentar numa única retribuição prevista numa convenção colectiva aplicável a todos os trabalhadores de uma determinada empresa ou a diferentes retribuições salariais mínimas, consoante a categoria profissional, habilitações e funções desenvolvidas, nos termos dessas convenções; além de poder contemplar subsídios e bonificações variadas .

Não causa estranheza, pois, que a Directiva de 1996 não tenha conseguido “harmonizar” ou mesmo “coordenar” a matéria salarial, já que os Estados-membros seguiram rumos bastante distintos na sua mediação, cabendo ao Tribunal de Justiça a tentativa de resolução do problema de forma casuística⁵²⁴.

Entre outros aspectos, o Tribunal pronunciou-se sobre os elementos que podiam ser considerados incluídos na “remuneração salarial mínima”, sobre os métodos para aferir se os trabalhadores destacados auferiam ou não um ordenado correspondente ao ordenado mínimo do país de acolhimento; sobre se esse ordenado mínimo podia ou não ser determinado com base numa média estatística dos ordenados pagos num determinado sector; bem como sobre o género de elementos da retribuição que deviam ser excluídos do conceito de remuneração.

Refira-se, porém, que essa jurisprudência não respondeu, de forma inequívoca, ao significado do conceito de “remunerações salariais mínimas”. Na prática, o Tribunal de Justiça determinou que apesar de os Estados-Membros poderem definir livremente o conteúdo material das remunerações salariais mínimas na acepção da Diretiva 96/71, esta opunha-se à integração no salário mínimo de elementos de remuneração que modificam o nexo entre a prestação do trabalhador, por um lado, e a contrapartida que o mesmo recebe como remuneração dessa prestação, por outro.

⁵²⁴ Sobre o ponto, v. Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 3, texto correspondente à nota 116.

As dificuldades em torno do tema repousavam na circunstância de os critérios estabelecidos na judicatura comunitária não indicarem o género de elementos que poderiam ser incluídos no ordenado mínimo determinado pelo Estado-Membro de acolhimento.

No acórdão *Comissão contra Alemanha*, o Tribunal de Justiça estabeleceu que caso a entidade empregadora exigisse ao trabalhador que prestasse trabalho suplementar, o mesmo teria de ser compensado por esse trabalho adicional, sem que essa compensação fosse tomada em consideração para fins de cálculo da remuneração mínima. Na mesma ocasião, o Tribunal clarificou que para o cálculo da remuneração salarial mínima, não se deve ter em conta todos os seus diferentes elementos constitutivos, mas sim os montantes remuneratórios brutos.

O Tribunal de Justiça voltaria a debruçar-se sobre o ponto no acórdão *Isbir*, no qual entendeu que somente os elementos remuneratórios que não alterassem o nexo entre a prestação do trabalhador, de uma parte, e a contrapartida que o mesmo auferia como remuneração dessa prestação, de outra, podiam integrar o conceito definitório de ordenado mínimo, nos termos da Directiva 96/71. Assim, o Tribunal defendeu que não se podia considerar que a constituição de um capital de que o trabalhador viria a beneficiar a longo prazo se inscreveria na relação habitual entre a prestação de trabalho e a contrapartida financeira paga pela entidade empregadora por essa prestação.

Para aferir do poder de discricionariedade dos Estados-membros, o Tribunal procedia a uma distinção entre, por um lado, remuneração como contrapartida do trabalho prestado e, por outro, remunerações de outra natureza; problema que já decorria da própria textura legal da Directiva 96/71, concretamente do seu artigo 3º, nº 1, alínea c), que consignava, conforme vimos, a retribuição pelas horas extraordinárias como elemento constitutivo do ordenado mínimo. Ora, o pagamento das horas extraordinárias não pode ser considerado intrinsecamente ligado ao trabalho efectivamente prestado, desde logo por respeitar especificamente a essa prestação, aspectos claramente ignorados pelo Tribunal no caso *Isbir*.

O Tribunal estabeleceu ainda que, contrariamente ao que sucede com os abonos, o subsídio de férias constitui um elemento intrínseco da remuneração que o trabalhador recebe em contrapartida do serviço que presta.

As chamadas ajudas de custo, diárias fixas e a compensação pelo tempo de deslocação também suscitaron uma série de dificuldades interpretati-

vas, designadamente a de saber se tais abonos estariam ou não abrangidos pela noção de remunerações salariais mínimas nos termos da Directiva 96/71. Todos esses factores impediam a determinação do ordenado devido aos trabalhadores destacados, e punham em causa a própria implementação “correcta” da Directiva nas ordens jurídicas domésticas.

Foi somente em 2015, depois de quase duas décadas da adopção da Directiva 96/71, e após as duras críticas que recebeu na sequência dos julgamentos *Laval* e *Rüffert*, que o Tribunal de Justiça veio clarificar, por meio do Acórdão *Siihkoalojen ammattiliitto*, os elementos que devem ser tidos em conta para efeitos da efectivação do conceito de remuneração à luz do normativo comunitário.

Mais concretamente, ficou aí estabelecido que as ajudas de custo, diárias fixas e a compensação pelo tempo de deslocação estavam abrangidas pelo artigo 3º, nº 1, alínea c), da Diretiva 96/71. Porém, uma vez que a imposição do pagamento desses abonos às empresas estrangeiras que destacavam trabalhadores era susceptível de tornar a prestação de serviços economicamente menos atractiva, na medida em que implicavam despesas e encargos financeiros adicionais, cabia à judicatura nacional determinar se as convenções colectivas de aplicação geral em causa prosseguiam o objectivo de *protecção social dos trabalhadores* e verificar se não ultrapassavam o que era necessário para atingir esse objectivo.

Após a aprovação da Directiva sobre o destacamento em 1996, a Comissão e o Parlamento Europeu desencadearam uma série de medidas com vista a monitorar e aferir a implementação do normativo no contexto das legislaturas internas. A primeira avaliação teve lugar em 2003, identificando uma série de irregularidades no processo de transposição da Directiva. O cenário tornar-se-ia mais alarmante com o alargamento da União em 2004, que não só se traduzia numa excelente oportunidade para a expansão do mercado interno, como também num desafio para a integração de economias menos favorecidas.

O potencial da mão-de-obra barata dos “novos” países do Leste da Europa assumiria aqui um papel preponderante. 12 dos 15 Estados-membros, excepto o Reino Unido, a Irlanda e a Suécia, suspenderam a aplicação da livre circulação de trabalhadores (artigo 45º do TFUE) aos trabalhadores oriundos daqueles territórios, impedindo-os de aceder ao seu mercado de trabalho durante o período de transição. Isso não obstaria a que os empregadores dos “novos” países destacassem os seus trabalhadores para

os “antigos” Estados-membros. Antes pelo contrário, tal “acesso” viria a ocorrer pela “porta traseira”: os trabalhadores eram destacados no âmbito da livre prestação de serviços. Todos esses factores contribuíram para um aumento massivo do número de destacamentos e para a exploração desenfreada dessa tipologia de trabalhadores na União⁵²⁵.

Foi neste contexto que emergiu o controverso quarteto de casos *Laval*, que passamos agora a analisar.

3. O quarteto de casos *Laval*

3.1. Introdução

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria laboral destacam-se, sem dúvida, as decisões proferidas nos casos *Viking*⁵²⁶ e *Laval*⁵²⁷, *Riffert* e *Comissão contra Luxemburgo*. 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.⁵²⁸ 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 sobreponível⁵²⁹.

⁵²⁵ Neste sentido, v. Marta Markey, *Law, Precarious Work, and Posted Workers*, p. 60.

⁵²⁶ Acórdão *Viking* (Processo C-438/05).

⁵²⁷ Acórdão *Laval*, Processo C-341/05. A doutrina aqui firmada seria seguida pelo Tribunal de Justiça, formando o quarteto *Laval/Viking*, no Acórdão *Riffert* (processo C-346/06), e no Acórdão *Comissão Europeia contra Grão-Ducado do Luxemburgo* (processo C-319/06).

⁵²⁸ Assim, escreve Elena 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” p. 329: “Viking heritage continues to hold much their ground”. Na mesma linha, Stefano Giubboni, “Freedom to conduct a business and EU labour law”, p. 179, e Anne Davies, “How has the Court of Justice changed its management and approach towards the social *acquis*?", p. 154, consideram que a doutrina emergente dos casos *Viking* e *Laval* continua a ter seguimento na judicatura do areópago do Luxemburgo.

⁵²⁹ Não cabe no âmbito do presente estudo abordar esta delicada problemática. De todo o 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 de Estrasburgo. Sobre alguns problemas no âmbito

Sem surpresa, os arrestos *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Comissão contra Luxemburgo* motivaram uma amplíssima reflexão na literatura académica, que alguns compararam a um efeito sísmico⁵³⁰. 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 trabalhadores⁵³¹, 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

do diálogo entre essas duas jurisdições, veja-se R. Moura Ramos, “Situação e Desafios da Protecção dos Direitos Fundamentais na União Europeia”, pp. 16-19; Sofia Pais, *Estudos de Direito da União Europeia*, pp. 191-203; Christiaan Timmermans, “The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights”, p. 151 e ss. Para mais desenvolvimentos, cf. Laurent Sheeck, “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights”; Sionaith Douglas-Scott, “A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis”; Johan Callewaert, “The European Convention on Human Rights and European Union Law: a Long Way to Harmony”; Gabriel Moreno Gonzales, “Viking y Laval en el contexto del pluralismo constitucional y la posibilidad de dialogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

⁵³⁰ Os casos *Viking* e *Laval* tiveram enorme ressonância doutrinal. Para um estudo amplo na literatura estrangeira, com diferentes perspectivas, vejam-se os estudos coligidos em Marcus Freedland / Jeremias Prassl, *Viking, Laval and Beyond*. Uma leitura aprofundada, embora circunscrita à doutrina britânica, é a de Catherine Barnard, “The calm after the storm: time to reflect on EU (labour) law scholarship following the decisions in *Viking* and *Laval*”. Entre nós, cf. Bruno Mestre, “The ruling Laval un Partneri: clarification and innovation”; M. Regina Redinha, “A vol d’ oiseau: desenvolvimentos recentes no direito de greve na União Europeia”; Porfírio Moreira, “A inadequação do princípio da proporcionalidade ao direito à greve. Algumas notas da perspectiva do direito português”; Júlio Gomes, “Algumas notas sobre o direito à greve e a sua evolução ao nível europeu”; Helena Telino Neves / Raphaela Asfora, “Comentários aos Acórdãos *Viking* e *Laval*: o direito de greve na União Europeia”; Pedro Oliveira, “Alguns problemas sobre a tutela dos direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: os casos *Viking* e *Laval*”.

⁵³¹ Chamando a atenção para o problema, Christian Joerges / Florian Rödl “Informal Politics, Formalised Law and the “Social Deficit” of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*”, p. 2, escrevem: “‘Social Europe’, ie the ensemble of European social and labour law and policy and social rights, has become a wide and opaque field”.

Tribunal de Justiça, que parece emergir como o seu “ápice constitucional” (*constitutional apex*)⁵³².

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 Europeia⁵³³ e nas Constituições domésticas. Aliás, esta reflexão torna-se ainda mais urgente quando se atentem nas refracções 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.

3.2. Recordando os casos *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Comissão contra Luxemburgo*

Antes de passarmos às questões em causa nos arrestos *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Comissão contra Luxemburgo*, recorde-se o essencial do circunstancialismo factício.

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 União desde 1995) e Talin na Estónia (Estado-membro da União desde 2004).

⁵³² Assim, Stefano Giubboni, “The Rise and Fall of EU labour law”, p. 12. Em sentido próximo, mas já não em defesa dos trabalhadores e sim do mercado interno, v. Stephen Weatherill, “*Viking and Laval: The EU Internal Market Perspective*”, p. 23 e ss.

⁵³³ Sobre a Carta, veja-se, entre outros, Rui Moura Ramos, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais”; os estudos reunidos em *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada* (coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho), e *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, p. 2095 e ss. Com amplo desenvolvimentos sobre o texto da Carta no âmbito do direito laboral da União Europeia, cf. as anotações do *International and European Labour Law Article-by-Article Commentary* (editado por Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier), p. 195 e ss.; Catherine Barnard, “Are social “Rights” rights?”, Alexander Komezov, “Social Rights, the Charter, and the ECHR”; Ana Guerra Martinss, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os direitos sociais”, p. 189 e ss.; Sofia Pais, “Eficácia horizontal da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: o caminho faz-se caminhando”, p. 795 e ss.; idem, *Estudos de Direito da União Europeia*, p. 174 e ss.; Maria Luísa Duarte, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: natureza e meios de tutela”, p. 723 e ss.

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 13º da Constituição finlandesa. Além disso, o sindicato, na qualidade de afiliado da ITF,⁵³⁴ apelou à solidariedade desta no sentido de reportar os factos descritos aos 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.

⁵³⁴ Dentre outras coisas, a ITF dedica-se ao combate do chamado *re-flagging convenience*, como o que estava inscrito no caso *Viking*.

Por conseguinte, o sindicato sueco dos trabalhadores da construção (*Svenska Byggnadsarbetarförbundet – 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 Tribunal de Justiça as questões atinentes ao caso *sub judice*.

3.3. 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 49º e 56º do TFUE⁵³⁵. Em oposição, tanto o sindicato sueco em *Laval*, como o

⁵³⁵ 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 1º 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 nº 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

sindicato finlandês no caso *Viking*, invocaram, em defesa das acções colectivas postas em prática, o direito à greve, constitucionalmente reconhecidos nestes países.⁵³⁶

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 a 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*⁵³⁷. Segundo esta linha de raciocínio, o papel do Tribunal na formação daquele subsistema normativo 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 económicas⁵³⁸; (ii) invocasse o princípio da subsidiariedade, deixando a cargo dos Estados-membros a apreciação da colisão entre as ordens jurídicas nacionais e comunitária respeitantes ao direito de acção colectiva dos sindica-

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 Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, pp. 381-446. Sobre a interferência da livre prestação de serviços no contexto laboral, cf. ainda Massimo Pallini, "Article 62 TFEU, p. 77 e ss.

⁵³⁶ O direito à greve tem respaldo constitucional em 17 Estados-membros. Sobre o ponto, cf. Daniel Ulber, "Article 28 CFREU. Right of collective bargaining and action", p. 1460.

⁵³⁷ Assim, Brian Bercusson, *European Labour Law*, p. 674.

⁵³⁸ No Acórdão *Albany* (processo C-67/96), o Tribunal de Justiça considerou (nºs 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 seriamente comprometidos se os parceiros sociais estivessem sujeitos ao artigo 85º, nº1, 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 85º, nº 1, do Tratado".

tos e às liberdades económicas dos empregadores⁵³⁹; ou (iii) recusasse a aplicação das disposições concernentes às liberdades económicas contra os sindicatos (rejeição da eficácia directa horizontal)⁵⁴⁰. Em vez disso, e como se verá adiante, a doutrina seguida pelo tribunal nos casos *Viking* e *Laval* configurou o *opting-in*.

3.4. Análise crítica

3.4.1. *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 despiciendo aflorar. Trata-se daquilo que se designa na doutrina por *forum shopping*⁵⁴¹. É sabido que a transnacionalização das acções colectivas potencia o envolvimento das judicaturas de diferentes Estados-membros. Daqui podem resultar algumas dúvidas (que, diga-se de passagem, se fazem também sentir noutros domínios de

⁵³⁹ O nº 5 do artigo 153º 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*”.

⁵⁴⁰ É questionável se os empregadores teriam legitimidade para invocar as disposições do tratado (actuais artigos 49º e 56º do TFUE) com o propósito de obstar às acções colectivas promovidas pelos sindicatos. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, 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 *Footbal Association ASBL* (processo C-415/93), e o Acórdão *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV e Algemene Raad van de Nederlandse Orde vanAdvocaten* (processo C-309/99). Para uma análise da problemática sobre o efeito directo horizontal nos julgamentos dos casos *Viking* e *Laval*, v. Alan Dashwood, “*Viking and Laval: Issues of Horizontal Direct Effect*”, pp. 527-537; Derick Wyatt, “*Horizontal Effect of Fundamental Freedoms and the Right to Equality After Viking and Mangold and the Implications for Community Competences*”, pp. 5-12; Joanna Vamvaka, “*Horizontal effect of fundamental rights and freedoms: much Ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after Viking Line*”, e Eleanor Spaventa, “*The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law: a Constitutional Order of States?*”, pp. 111-112.

⁵⁴¹ Chamando a atenção para o problema no contexto dos casos *Viking* e *Laval*, cf. *Commentary on the EU Treaties*, p. 88; Christian Joerges e Florian Rodl, “*Informal Politics*”, p. 10; Anne Davies, “*One Step Forward, two steps back: The Viking and Laval Cases in the ECJ*”, p. 147; Brian Bercusson, *European Labour Law*, p. 678; Filip Dorssemont, “*The Right to take Collective Action v. Fundamental Economic Freedoms in the Aftermath of Laval and Viking: Foes are forever!*”, p. 53. Este autor (p. 54) utiliza a seguinte expressão: *party shopping*.

actuação)⁵⁴². 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 inglês⁵⁴³ 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 28º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵⁴⁴. Isto não significa, porém, que tal desiderato tenha constituído

⁵⁴² Referimo-nos à dimensão laboral da transmissão transfronteiriça de unidade económica (Directiva 2001/23/CE), que se focou na segunda parte do nosso estudo.

⁵⁴³ Conforme se pode ler em Brian 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”.

⁵⁴⁴ O artigo 28º 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 Jorge Leite, “Anotação ao artigo 28º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, p. 340, “à autotutela coletiva associa-se, com mais frequência, a greve, em alguns sistemas nacionais, também o locaute, mas várias outras formas de ação 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 Daniel Ulber, “Article 28 CFREU Right of collective bargaining and action”, pp. 1474-1476.

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, o Tribunal de Justiça, embora de forma “defensiva”⁵⁴⁵, 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 princípios⁵⁴⁶. 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”⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Neste sentido, cf. Anne Davies, “One Step Forward”, p. 139; Nikolett Hos, “The Principle of Proportionality in the Viking and Laval Cases: An Appropriate Standard of Judicial Review?”, p. 245; e Jonathon Moses, “Is Constitutional Symmetry Enough? Social Models and Market Integration in the US and Europe”, p. 826. Com uma leitura mais optimista, v. Matteo Corti, “Le decisión ITF e LAVAL della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro por l’Europa Sociale”, p. 249; Antonio Baylos, “El derecho de huelga en Europa puesto en cuestión: la sentencia del Tribunal de Justicia sobre el caso Viking”; e Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 3, texto correspondente à nota 186.

⁵⁴⁶ Escrevendo a este propósito, Rui Moura Ramos, “Situação e Desafios da Protecção”, 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 nº5 do artigo 52º da Carta, o qual Eleanor Spaventa, “The Horizontal Application of Fundamental Rights”, 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 27º a 38º), veja-se Catherine Barnard, “Are social “Rights” rights?”, 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. Filip Dorssemont, “The Right to take Collective Action”, p. 58. Bem diferente é a opinião de Daniel Ulber, “Article 28 CFREU Right of collective bargaining and action”, p.1462: “article 28 CFREU is a right and not only a general principle”, e de Tobias Lock, in *The EU Treaties*, p. 2183: “In substantive terms, it must be regarded as a right, not a mere principle”. Para mais desenvolvimentos, v. Alexander Komezov, “Social Rights, the Charter, and the ECHR”, p. 419 ss.

⁵⁴⁷ Segundo Anne Davies, “One Step Forward”, 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. Nikolett Hös, “The principle of proportionality”, p. 245, e Jonathon Moses, “Is Constitutional Symmetry Enough?”, p. 826. Entre nós, Regina Redinha, “A vol d’oiseau”,

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 Tribunal de Justiça, ao arrepio do que defendera anteriormente⁵⁴⁸, afirmou que as acções colectivas descritas no litígio não escapavam ao âmbito de aplicação do artigo 49º do TFUE (anterior artigo 43º do TCE). 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 liberdades⁵⁴⁹. 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 Tribunal 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

p. 4, enfatiza, de forma acertada, que o reconhecimento, pelo Tribunal de Justiça, 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. Neste sentido, v. Matteo Corti, “Le decisión ITF e LAVAL”, p. 249, e Antonio Baylos, “El derecho de huelga en Europa”. Em sentido oposto, a *European Trade Union Federation* publicou uma nota de repúdio em 11 de Dezembro de 2007. Sobre isto, Veja-se Christian Joerges e Florian Rodl, “Informal Politics”, 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”.

⁵⁴⁸ O Tribunal de Justiça, particularmente nos nºs 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*. Filip Dorssmont, “The Right to take Collective Action”, p. 81, considera que os argumentos apresentados pelo Advogado-Geral para a recusa desta analogia são “escolásticos e artificiais”. Sobre este ponto, cf. também Christian Joerges e Florian Rodl, “Informal Politics”, p. 11, e Anne Davies, “One Step Forward”, pp. 139-41.

⁵⁴⁹ V. nºs 45 e 46 do acórdão.

liberdade de estabelecimento⁵⁵⁰. 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”⁵⁵¹.

Outro ruído sistémico trazido à decisão do areópago do Luxemburgo 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 Tribunal de Justiça 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 competências, os Estados-membros devem respeitar o direito comunitário”⁵⁵².

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, designa-

⁵⁵⁰ V. nº 68 do acórdão. Parece mesmo verificar-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça 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, concretamente nos já analisados caso *Allemo-Herron* e *AGET Iraklis*. Estes arrestos, segundo Stefano Giubboni, “Freedom to conduct a business”, p. 180, finalizam “the explicitly neoliberal restyling regarding the internal market doctrine initiated by the famous quartet”. Com mais desenvolvimentos sobre o caso *Allemo-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”, p. 434 e ss.; Anne Davies, “How has the Court of Justice changed its management and approach towards the social *acquis*?", pp. 167-168; David Carvalho Martins, “Transfer of an economic unit Requirements, effects and recent CJEU ruling”, p. 42; e M. Bard e C. Leone, “Minimum Harmonisation after *Allemo-Herron*: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review”, p. 140 e ss. A propósito do caso *Iraklis*, cf. Giubboni, “Freedom to conduct a business”, pp. 185 ss e Anne Davies, “How has the Court of Justice changed its management and approach towards the social *acquis*?", p. 167 e ss.

⁵⁵¹ Neste sentido, v. Brian Bercusson, “The Lisbon Treaty and Social Europe”, p. 104.

⁵⁵² Acórdão *Viking*, nº 40.

damente, como resulta do artigo 136º, primeiro parágrafo, CE, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua igualização no progresso, uma proteção social adequada e o diálogo social”⁵⁵³.

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 simples⁵⁵⁴.

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 Tribunal de Justiça) parece ter conferido uma força exponencial às liberdades do mercado interno, em detrimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores⁵⁵⁵. 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”⁵⁵⁶.

No que diz respeito à eficácia directa horizontal do artigo 43º do TFUE, relativo à liberdade de estabelecimento, entendeu-se que o mesmo pode ser

⁵⁵³ Acórdão *Viking*, nº 79.

⁵⁵⁴ V. nº 23 das conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro.

⁵⁵⁵ Neste sentido, Brian Bercusson, “The Lisbon Treaty and Social Europe”, p. 104; Jonathon Moses, “Is Constitutional Symmetry Enough?”, p. 825; Pieter Peonovsky, “Evolutions in the Social Case Law of the Court of Justice – The follow-up cases of the Laval quartet: ESA and RegioPost”, p. 295; Reingard Zimmer, “Labour Market Politics through Jurisprudence: The Influence of the Judgements of the European Court of Justice (*Viking*, *Laval*, *Rüffert*, Luxembourg) on Labour Market Policies”, pp. 212 e 215; e Catherine Barnard, “EU Employment Law and the European Social Model: the Past, the Present and the Future”, pp. 203-204. Em sentido diverso, Joaquín Sarrión Esteve, “Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, 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. Júlio Gomes, “Algumas notas sobre o direito à greve”, p. 168.

⁵⁵⁶ Conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro, nº 58.

invocado pelos particulares (no caso, a empresa *Viking*) contra um terceiro (no caso, os sindicatos)⁵⁵⁷ quando estes particulares sejam confrontados com “um obstáculo que não podem razoavelmente evitar”⁵⁵⁸. Esta leitura do Tribunal de Justiça 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”⁵⁵⁹.

Pese embora o facto deste aspecto poder ter representado uma revolução copernicana na jurisprudência da União⁵⁶⁰, ele não esconde a já referida preocupação do Tribunal de Justiça em salvaguardar, a qualquer custo, a chamada harmonização “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 ações colectivas – legítimas a nível nacional – estão aptas a vulnerar as liberdades de circulação? Ora, esta dúvida faz todo o sentido se pensarmos

⁵⁵⁷ Não deixa de causar alguma estranheza o termo de comparação que o Tribunal de Justiça 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 Anne Davies, “One Step Forward”, 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”.

⁵⁵⁸ V. nº 48 das conclusões do Advogado-Geral Miguel Poiares Maduro e o nº 66 do acórdão. Para mais desenvolvimentos sobre este tema no contexto específico dos acórdãos *Viking* e *Laval*, cf. Filip Dorssemont, “The right to take collective action”, p. 81; Jónatas Machado, *Direito da União Europeia*, pp. 475-6; Anne Davies, “One Step Forward”, p. 136-7.

⁵⁵⁹ Acórdão *Viking*, nº 65.

⁵⁶⁰ Em sentido próximo, Júlio Gomes, “Algumas notas sobre o direito à greve”, p. 168. Por sua vez, Christian Joerges e Florian Rodl, “Informal Politics”, 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”.

no segmento específico das estruturas de representação colectiva dos trabalhadores, mais concretamente quanto à (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 accção 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 mínimo, susceptível de restringir o exercício pela *Viking* do seu direito de livre estabelecimento”⁵⁶¹.

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 efectividade⁵⁶². Na realidade, ao contrário da dissociação interpretativa feita pelo Tribunal, o direito fundamental de negociação colectiva, sem o direito à greve, reduzir-se-ia numa mera “pedinchagem” ou, simplesmente, numa “esmola” colectiva⁵⁶³.

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 57º. 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 subjetivo negativo, não podendo os trabalhadores ser proibidos ou impedidos

⁵⁶¹ Acórdão *Viking*, nº 73.

⁵⁶² Deve se ter presente, contudo, que a abordagem seguida pelo Tribunal de Justiça nos casos *Viking* e *Laval* caracteriza, conforme enfatiza Brian Bercusson, *European Labour Law*, p. 675, a volta ao século XIX, quando se perfilhava a primazia das normas do mercado único e a ilegitimidade das acções colectivas. Com mais desenvolvimentos críticos sobre esta leitura restritiva do tribunal, v. Patrick Perinetto, “*Viking and Laval: An Italian Perspective*”, p. 277; Anne Davies, “*One Step Forward*”, p. 127 e Reingard Zimmer, “*Labour Market Politics*”, p. 231.

⁵⁶³ Estas expressões lêem-se em Daniel Ulber, “Article 28 CFREU Right of collective bargaining and action”, p. 1459; Carmen La Macchia, “The protection of the strike in the internal national legal systems”, p. 4.

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 (nº1 do artigo 18º), 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)”⁵⁶⁴.

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 em causa⁵⁶⁵, em consonância com o princípio da proporcionalidade.⁵⁶⁶

Mas o Tribunal não ficou por aqui. De modo bastante contundente, ele “adiantou”, ao órgão jurisdicional de reenvio, que “o artigo 43º CE [actual artigo 49º do TFUE] deve ser interpretado no sentido de que acções colec-

⁵⁶⁴ J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, p. 756.

⁵⁶⁵ De acordo com o Tribunal de Justiça (nº 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 compressora do Tribunal, v. Júlio Gomes, “Algumas notas sobre o direito à greve”, p. 171; Nikolett Hos, “The principle of proportionality”, p. 245; Anne Davies, “One Step Forward”, pp. 144-145; Reingard Zimmer, “Labour Market Politics”, p. 221 e Stephen Weatherill, “*Viking* and *Laval*”, p. 36.

⁵⁶⁶ Para uma análise detalhada da aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos *Viking* e *Laval*, veja-se Nikolett Hös, “The principle of proportionality”, p. 236 e 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 Anne Davies, “One Step Forward”, p. 141-143; Porfírio Moreira, “A inadequação do princípio da proporcionalidade”, p. 152 e ss.; e Júlio Gomes, “Algumas notas sobre o direito à greve”, p. 173. Para mais desenvolvimentos sobre esse princípio no direito português, v. entre outros, J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, pp. 391-392.

tivas 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”⁵⁶⁷.

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 proporcionalidade⁵⁶⁸, seria, inaugural⁵⁶⁹ e “ironicamente”⁵⁷⁰, de um intérprete-julgador inglês.

Como resulta das observações contidas no caso *Viking*, o Tribunal de Justiça deixou à judicatura nacional uma margem de discricionariedade consideravelmente limitada,⁵⁷¹ e esta linha jurisprudencial seria reiterada (com maior robustez) em *Laval*.

⁵⁶⁷ Acórdão *Viking*, nº 90.

⁵⁶⁸ Sobre as diferenças de aplicação deste teste no conspecto europeu, cf. Júlio Gomes, “Algumas notas sobre o direito à greve”, p. 173.

⁵⁶⁹ Anne Davies, “One Step Forward”, p. 146, sublinha que a aplicação do princípio da proporcionalidade constituiria “a new development” na judicatura inglesa.

⁵⁷⁰ A expressão é de Christian Joerges e Florian Rodl, “*Informal Politics*”, 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. Coln O’Cinneide, “The European Social Charter and the UK: why it matters”, p. 276.

⁵⁷¹ Neste sentido, v. Stephen Weatherill, “*Viking and Laval*”, p. 234-5, 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

3.4.2. *Laval*

No caso *Laval*, a análise da questão suscitada no tribunal do trabalho sueco assumiu contornos mais complexos. De um modo bastante “intrigante”⁵⁷², o Tribunal de Justiça 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, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços⁵⁷³.

Em primeiro lugar, é importante recordar que, como se extrai do direito da União, as Directivas não têm eficácia horizontal directa⁵⁷⁴, 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 Tribunal de Justiça subscreveu a tese do Advogado-Geral P. Menghözzi, para quem era pertinente interpretar a Directiva 96/71 em conjugação com o artigo 49º do Tratado CE⁵⁷⁵. No entendimento deste, uma medida incompatível com a Directiva 96/71 será, *a fortiori*, contrária ao artigo 49º, o que não significa, porém, que uma medida consonante com esta mesma Directiva também o seja com o artigo 49º⁵⁷⁶.

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*.

⁵⁷² A expressão lê-se em Anne Davies, “One Step Forward”, p. 127, e em Filip Dorssemont, “The Right to take Collective Action”, p. 60. Sobre este tema, veja-se, entre nós, o estudo de Miguel Gorjão Henriques, *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, p. 306.

⁵⁷³ Para uma análise mais circunstanciada sobre a Directiva 96/71 no contexto do quarteto *Viking*, cf. The EU Treaties, p. 83 e ss.

⁵⁷⁴ 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 ponto, vejam-se, entre outros, Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, p. 553 e ss.; Richard Král, “Questioning the Limits of Invocability of EU Directives in Triangular Situations”, p. 239 e ss.; e Paul Craig, “The Legal Effect of Directives: Policy Rules and Exception”, p. 349 e ss. Para Alan Dashwood, “Viking and *Laval*”, pp. 537-539, o TJUE não reconheceu o efeito directo horizontal da Directiva 96/71 no caso *Laval*.

⁵⁷⁵ V. nº 121 das conclusões do Advogado-Geral Paolo Menghözzi.

⁵⁷⁶ Nº 150 das conclusões do Advogado-Geral Paolo Menghözzi.

Nesta linha, o areópago do Luxemburgo estabeleceu uma relação “enigmática” entre estes dois normativos⁵⁷⁷, admitindo, tal como sucedeu no caso *Viking*, o efeito directo horizontal das liberdades do mercado, *in casu*, da livre prestação de serviços⁵⁷⁸.

No Âmbito da Directiva 96/71, vimos que ressalta pela sua nuclear importância o nº 1 do artigo 3º, o qual tinha como escopo principal, pelo menos à partida⁵⁷⁹, 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 estado⁵⁸⁰. A maioria das suas regras mínimas, enumeradas no dispositivo referenciado, foi incorporada pela legislação sueca, com excepção da alínea *c*), que enunciava as remunerações salariais mínimas. Conforme é prática corrente no sistema jurídico da Suécia, a disciplina salarial reger-se-ia por convenções colectivas de trabalho. Importava assim para o Tribunal, apreciar a congruência do acto transpositor sueco com a Directiva 96/71⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ A expressão é de Filip Dorssemont, “The Right to take Collective Action”, p. 83.

⁵⁷⁸ Lê-se no nº 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 49º CE [actual artigo 56º 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”.

⁵⁷⁹ Escrevendo uma década antes do caso *Laval*, Paul Davies, “Posted Workers”, p. 571, trouxe para a boca-de-cena aquela que parecia ser a verdadeira intencionalidade subjacente a este desiderato, o que se veio a concretizar, repita-se, nos casos *Laval*, *Rüffert* e *Comissão contra Luxemburgo*.

⁵⁸⁰ Recorde-se o teor dos considerandos 6, 13, 17 e 22 da Directiva 96/71: “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”.

⁵⁸¹ No entender de Jonathon Moses, “Is Constitutional Symmetry Enough?”, p. 827, a Directiva 96/71 deixa a “porta escancarada” para o activismo judiciário do Tribunal de Justiça.

Curiosamente, o Tribunal, 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”⁵⁸².

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 fossem aplicadas aquelas regras de composição salarial. Não obstante, o Tribunal de Justiça alinhavou que a alínea c), do nº1 do artigo 3º 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 3º”⁵⁸³. Em outras palavras, o Tribunal transferiu para os sindicatos a responsabilidade pela “inadequação” do regime legal finlandês.

A isto se seguiria uma das formulações mais impressivas do órgão jurisdicional europeu⁵⁸⁴, que em linha com as conclusões do Advogado-Geral⁵⁸⁵, afirmou que as modificações normativas, constantes da ordem jurídica sueca, autorizadas pela Directiva⁵⁸⁶, poderiam representar um entrave à livre prestação de serviços⁵⁸⁷.

⁵⁸² Acórdão *Laval*, nº 68, sublinhado *noso*.

⁵⁸³ Acórdão *Laval*, nº 70.

⁵⁸⁴ Pierre Rodière, “Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective”, p. 65, descreve a decisão como sendo de “carácter sofisticado” (“character sofistiqué”), enquanto Carmen La Macchia, “The protection of the strike”, p. 21, descreve-a como “desconcertante e intimidante” (“disconcerting and intimidating”).

⁵⁸⁵ Para Brian Bercusson, “The Lisbon Treaty and Social Europe”, p. 103, tratou-se aqui de uma “interpretação bizarra” (“bizarre interpretation”). Já Anne Davies, “One Step Forward”, p. 129, considera que a visão do Tribunal de Justiça demonstra a “fundamental misunderstanding of the way in which collective bargaining works: it cannot be isolated from collective action”.

⁵⁸⁶ Como vimos, o nº 7 do artigo 3º da Directiva 96/71 consagra: “o disposto nos nºs 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. Catherine Barnard, “More Posting”, pp. 200-203.

Em outras palavras, é como se a Directiva 96/71 passasse a oferecer-se como uma “grelha rígida”, dotada de um *standard* máximo⁵⁸⁸, e já não mínimo como prevê o número 7 do seu artigo 3º⁵⁸⁹, ao qual, aliás, foi atribuído um cariz “minimalista”⁵⁹⁰.

À imagem do caso *Viking*, o Tribunal reiterou que os direitos de acção colectiva, como a greve, constituem direitos fundamentais (“parte integrante dos princípios gerais do direito comunitário”) que gozam de protecção constitucional em várias Constituições domésticas⁵⁹¹, mas que não estão imunes a sofrerem restrições⁵⁹², e isto apesar da competência para regular tais direitos estar expressamente subtraída do domínio da União (nº5 do artigo 153º do TFUE – antigo artigo 137º do TCE).

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 específico⁵⁹³. Note-se, contudo, que o Tribunal entendeu que as acções colectivas poderiam restringir a livre prestação de serviços enunciada no artigo 49º do TCE (actual artigo 56º do TFUE).

⁵⁸⁷ É o que escreveu o Tribunal de Justiça no nº 80 da decisão: “o artigo 3º, nº 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 já referida inflexão no modus operandi do Tribunal de Justiça em relação ao modelo da harmonização. Para mais desenvolvimentos sobre a crise deste modelo, veja-se Stefano Giubboni, “The rise and fall”, p. 11.

⁵⁸⁸ Neste sentido, v. Reingard Zimmer, “Labour Market Politics”, p. 217.

⁵⁸⁹ Segundo Brian Bercusson, “The Lisbon Treaty and Social Europe”, p. 103, o tribunal estava, desta forma, a trilhar um caminho perigoso para o futuro do progresso social da União Europeia.

⁵⁹⁰ Como reflecte Carmen 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”.

⁵⁹¹ Acórdão *Laval*, nº 95.

⁵⁹² Acórdão *Laval*, nº 91 e 95.

⁵⁹³ Acórdão *Laval*, nº 109.

De novo, o Tribunal de Justiça incumbiu o intérprete-julgador nacional da aplicação (para ele inédita) do princípio da proporcionalidade⁵⁹⁴, deixando-lhe uma margem limitadíssima de apreciação. Com efeito, o Tribunal, assim como sucedeu no caso *Viking*, dedicou várias passagens da decisão à (des)proporcionalidade, (des)necessidade e (des)adequação das ações colectivas promovidas pelos sindicatos.

Enquanto no caso *Viking* o areópago do Luxemburgo demonstrou algum “comedimento judiciário”, em *Laval*⁵⁹⁵ ele parece ter deixado uma mensagem muito clara aos trabalhadores europeus de que tenciona 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”⁵⁹⁶.

3.4.3. *Rüffert*

I) Matéria de facto

Em 2003, uma empresa de construção alemã (Objekt und Bauregion GmbH and Co.) foi adjudicada por meio de concurso público para a construção de um estabelecimento prisional em Niedersachsen, na Alemanha. Seguidamente, ela subcontratou a obra a uma empresa polaca do mesmo ramo. Os termos do contrato eram claros: os trabalhadores polacos destacados deveriam auferir os ordenados previstos na convenção colectiva do lugar de realização das obras.

Mais tarde, a Objekt und Bauregion descobriu que a empresa polaca estava a empregar trabalhadores com ordenados que não chegavam a metade do valor da remuneração mínima acordada com base na convenção colectiva aplicável, pelo que tanto a Objekt und Bauregion como o Land Niedersachsen rescindiram o contrato de empreitada que haviam celebrado entre si. Este último acusou a Objekt und Bauregion de ter violado a obriga-

⁵⁹⁴ Como sublinha Reingard Zimmer, “Labour Market Politics”, p. 221: “in Swedish law there is not even a proportionality test of industrial action, unions do have free choice of means”.

⁵⁹⁵ A propósito da decisão do caso *Laval*, Christian Joerges e Florian Rodl, “Informal Politics”, p. 17, criticam a amplitude das formulações do Tribunal de Justiça relativas à supremacia do direito da União. Em sentido próximo, v. Luke Mason, “Constitutionality of Labour Rights: an Historical Tipology of the Judicial Treatment of the Constitutional Legality of Labour Legislation”, p. 28.

⁵⁹⁶ Assim, Patrick Perinetto, “Viking and Laval”, p. 275.

ção contratual de respeitar o referido acordo colectivo, o qual não era de aplicação geral, e o caso acabou na instância judicial do Tribunal de Justiça.

II) Análise crítica

A questão agora em causa já não envolvia o exame da proporcionalidade de uma acção colectiva, mas antes da legalidade em reivindicar salários mais altos que o mínimo estabelecido na esfera dos contratos públicos.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça concentrou-se nas diferenças de remuneração local por meio de uma interpretação restritiva da Directiva 96/71, a qual, nas palavras deste órgão (e diversamente do que se disse acima), “busca em particular promover a livre prestação de serviços, que é uma das liberdades fundamentais garantidas pelo tratado”⁵⁹⁷.

O Tribunal considerou ainda ser evidente que a capacidade de oferecer salários mais reduzidos se traduz, no quadro do mercado comum, num importante factor de concorrência de um Estado-membro, e que, portanto, exigir de uma empresa estrangeira o pagamento dos salários estabelecidos no local de realização das obras pode significar a perda por esta de uma vantagem concorrencial, consequentemente afectando a sua liberdade de circulação⁵⁹⁸.

Ao aferir da justificação da restrição desta liberdade, o Tribunal examinou os seguintes motivos justificativos: I) pelo objectivo da protecção dos trabalhadores⁵⁹⁹, II) pelo objectivo de garantir a protecção da organização autónoma da vida profissional pelos sindicatos⁶⁰⁰, ou III) pelo objectivo da estabilidade financeira dos regimes da segurança social⁶⁰¹. Contudo, nenhum deles foi reconhecido pelo Tribunal.

Após ter reiterado algumas das matérias referenciadas no caso *Laval*⁶⁰², o órgão jurisdicional europeu proferiu a decisão nos termos seguintes:

a Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, interpretada à luz do artigo 49º CE, opõe-se, numa situação como a que está em causa no processo principal, a uma medida de

⁵⁹⁷ V. nº 36 do acórdão.

⁵⁹⁸ V. nºs 14 e 15 do acórdão.

⁵⁹⁹ V. nºs 38, 39 e 40 do acórdão.

⁶⁰⁰ V. nº 41 do acórdão.

⁶⁰¹ V. nº 42 do acórdão.

⁶⁰² V. nºs 32, 33 e 34 do acórdão.

carácter legislativo, adoptada por uma autoridade de um Estado-membro, que obriga a entidade adjudicante a só adjudicar contratos de empreitada de obras públicas a empresas que, no momento da apresentação das propostas, se obriguem por escrito a pagar aos seus trabalhadores, em contrapartida da execução das prestações em causa, pelo menos, a remuneração prevista na convenção colectiva aplicável no lugar de execução destas⁶⁰³.

3.4.4. *Comissão Europeia contra Grão-Ducado do Luxemburgo*

I) Matéria de facto

Em 2004, A Comissão Europeia notificou o governo luxemburguês sobre o incumprimento do estabelecido na Directiva 96/71, uma vez que a Lei luxemburguesa de 20 de Dezembro de 2002, impunha as empresas com sedes noutras Estados-membros e que destacavam trabalhadores para prestarem serviços no Luxemburgo condições de trabalho e emprego mais favoráveis que aquelas consignadas naquele diploma comunitário.

Em resposta, o Luxemburgo alegou que tais condições constituíam “disposições de ordem pública”, na acepção do parágrafo primeiro do nº 10 do artigo 3º da Directiva.

Não satisfeita, a Comissão, com base no artigo 226 do TCE, intentou uma acção de incumprimento no Tribunal de Justiça em face do governo luxemburguês.

II) Análise crítica

Novamente, a Directiva 96/71, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços, estava no âmago da controvérsia. Nesse momento, porém, a disposição normativa em causa já não era o nº 1 do seu artigo 3º, mas sim o nº 10 do mesmo, o qual dispõe:

A presente directiva não obsta a que, no respeito pelo Tratado, os Estados-membros imponham às empresas nacionais e de outros Estados, de forma igual:

– condições de trabalho e emprego relativas a matérias que não as referidas no nº 1, na medida em que se trate de disposições de ordem pública (...).

⁶⁰³ V. nº 43 do acórdão.

No entanto, o Tribunal declarou que esta regra assenta numa exceção as matérias taxativamente consignadas no nº 1 do artigo 3º, e numa derrogação ao princípio da livre prestação de serviços, porquanto deve ser interpretada de forma estrita⁶⁰⁴.

Ainda de acordo com o Tribunal, estariam aqui abrangidas unicamente aquelas disposições de ordem pública vinculativas que não podem sofrer derrogações e que, nas palavras da Advogada-Geral, “pela sua natureza e objectivo, respondem as exigências imperativas do interesse público”⁶⁰⁵.

E foi precisamente esta a interpretação do legislador luxemburguês, ao criar normas que permitiriam lograr uma tutela mais efectiva dos trabalhadores destacados. Com efeito, o Luxemburgo havia declarado que algumas das previsões laborais impondo regras mais rígidas que as contidas na lista do nº 1 do artigo 3º da Directiva, tinham natureza de ordem pública, por exemplo, por exigir, para os trabalhadores em destacamento, um contrato sob forma escrita ou outro documento escrito equivalente, e isto quer para os trabalhadores em regime de part time, quer em full time.

Todavia, o Tribunal de Justiça, subscrevendo a tese da Comissão, pontuou que o conceito de ordem pública aqui em causa, “não pode ser definido unilateralmente por cada Estado-membro”⁶⁰⁶, devendo antes passar pelo crivo do controlo das instituições da comunidade europeia⁶⁰⁷.

Além disso, o órgão jurisdicional europeu, a semelhança do que fez em *Laval*, reiterou o escopo do nº 1 do artigo 3º da Directiva 96/71 no sentido de assegurar um núcleo mínimo de proteção das regras laborais, e que, neste contexto, a legislação luxemburguesa, de cariz mais protector, era susceptível de dissuadir outros Estados-membros a não exercerem a sua liberdade de prestação de serviços⁶⁰⁸.

Finalmente, e sem causar espanto algum, atalhou o Tribunal, neste aresto, que o Grão-Ducado do Luxemburgo “não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 3º, nº 1, da Directiva 96/71, em conjugação com o nº 10 deste artigo, e dos artigos 49º CE e 50º CE”.

⁶⁰⁴ V. nº 31 do acórdão.

⁶⁰⁵ V. nº 45 das conclusões da Advogada-Geral.

⁶⁰⁶ V. nº 16 do acórdão.

⁶⁰⁷ V. nº 50 do acórdão.

⁶⁰⁸ V. nº 41 do acórdão.

4. Em busca da reconciliação entre liberdades económicas e direitos laborais fundamentais

A repercussão dos arestos *Viking* e *Laval*, bem como dos seus sucessores⁶⁰⁹, foi bastante variável no conspecto europeu⁶¹⁰, sendo que os exemplos mais expressivos da sua interferência, em termos legislativos e jurisprudenciais, parecem ter sido aqueles Estados-membros de onde eles emergiram⁶¹¹. Por outro lado, a irradiação desses casos (e do critismo exacerbado contra eles) verificou-se ainda ao nível legiferante da União⁶¹², 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 acção colectiva no contexto da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços⁶¹³.

Vale a pena, a este propósito, transcrever o conteúdo do artigo 2º da proposta, epografado “Princípios Gerais”, *in fine*:

⁶⁰⁹ Para além dos casos *Rüffert* e *Comissão contra Luxemburgo*, verificam-se alguns afloramentos dessa orientação jurisprudencial no Acórdão *Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha* (processo nº C-271/08), no qual a Advogada-Geral Verica Trstenjak frisa que “é possível inferir do acórdão *Rüffert* os primeiros indícios de que é necessário modular a linha jurisprudencial seguida nos acórdãos *Viking Line* e *Laval un Partneri*.” (nº 192 das conclusões). Sobre este Acórdão, cf. as anotações feitas por Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 205. Veja-se ainda o Acórdão *Bundesdruckerei GmbH contra Stadt Dortmund* (processo C-549/13) e, a respeito deste, Pieter Peonovsky, “Evolutions in the Social Case Law”, p. 301.

⁶¹⁰ Michal Bobek, “EU Law in National Courts: Viking, Laval and Beyond”, p. 323 e 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”.

⁶¹¹ Sobre as modificações introduzidas nas ordens jurídicas sueca, dinamarquesa e luxemburguesa após os julgamentos, v. Reingard Zimmer, “Labour Market Politics”, 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 *Tarifreueerklärunken* introduzidas por força do caso *Rüffert*. Sobre os efeitos previsíveis dos casos *Viking* e *Laval* no sistema britânico, Cf. Anne Davies, “One Step Forward”, pp.145-146.

⁶¹² 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 acções colectivas dos trabalhadores.

⁶¹³ Proposta nº 52012PC0130, de 21 de Março de 2012. Disponível em linha: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0130:FIN:PT:PDF>

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”⁶¹⁴.

A proposta consignava ainda, no seu artigo 4º, 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, 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 ação 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

⁶¹⁴ 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 caráter 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 caráter 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”.

dela resultaria uma liberalização das acções colectivas. E muitos Estados-membros receavam da sua excessiva interferência nas ordens juslaborais internas. O desfecho aqui, previsivelmente, não poderia ter sido outro senão a sua plena rejeição parlamentar⁶¹⁵, o que, note-se, pôs em xeque a própria capacidade regulatória da União⁶¹⁶.

A complexa interacção entre liberdades económicas e direitos laborais carece de um processo de reconfiguração que permita atenuar as dessintonias com as tradições dos ordenamentos jurídicos domésticos. Mais do que reafirmar a natureza dos direitos laborais enquanto direitos fundamentais na articulação com as liberdades do mercado interno – a abordagem de “equilíbrio” dessa relação tem implicado num juízo de prognose compreensor de tais direitos –, é imperioso rever da qualificação dessas liberdades, na medida em que as mesmas foram desajustadamente revigoradas pela judicatura comunitária em moldes que vão para além dos limites comportáveis pelo direito primário da União, como acima se demonstrou. De facto, o efeito directo horizontal pleno atribuído às liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços tem como consequência a mitigação dos direitos colectivos dos trabalhadores europeus. A interpretação constitutiva do areópago do Luxemburgo potencia o receio de que o valor desses direitos, que são resultado, como vimos, de lutas e conquistas civilizacionais históricas, possa ser, afinal, objecto de uma reorientação que não se coaduna com as finalidades e funções do direito do trabalho.

5. Um caminho ainda *in fieri*

Os arrestos *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Comissão contra Luxemburgo* tocaram em expedientes complexos, que não se circunscrevem à oposição entre o económico e o social. Na verdade, vimos que estes litígios esbarram noutrios nódulos problemáticos, designadamente a dimensão técnico-metodológica das interpretações do areópago do Luxemburgo sobre o direito derivado

⁶¹⁵ Para uma análise detida sobre a proposta, Cf. The Adoptive Parents, “The Life of a Death Foretold: The Proposal for a Monti II Regulation”, in *Viking, Laval and Beyond*, p. 99 e 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. Catherine Barnard, “The calm after the storm”, p. 22, que escreve: “it was the political process that eventually killed the proposal”. Sobre o ponto, veja-se ainda Stephen Weatherill, “Viking and Laval”, p. 36.

⁶¹⁶ Assim, Catherine Barnard, “EU Employment Law”, p. 206.

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 arrestos acentuaram a fragilidade de questões constitucionais mais profundas, concretamente o equilíbrio das competências entre os Estados-membros e a União em matéria laboral. 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 nº 5 do artigo 153º do TFUE,⁶¹⁷ 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 57º), como também da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 28º)⁶¹⁸.

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 jurisprudência tem se esbatido noutros arrestos como os já analisados casos *Allemo-Herron* e *AGET Iraklis*⁶¹⁹; e julgamos que essas ondas de choque continuarão presentes num futuro próximo, isto é, após a transposição da Directiva 2018/957, a qual, na incisiva formulação de Matteo Botero, não só deixa em aberto questões fulcrais suscitadas no contexto do primitivo enquadramento normativo, como cria ainda novas incongruências sistémicas⁶²⁰.

⁶¹⁷ 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”.

⁶¹⁸ Como acertadamente enfatizam Christian Joerges e Florian Rodl, “Informal Politics”, 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”.

⁶¹⁹ Para uma aproximação à discussão em torno desses arrestos (casos *Allemo-Herron* e *Iraklis*), vejam-se as partes I e II do nosso estudo.

⁶²⁰ Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 8, texto correspondente à nota 4.

6. A Directiva UE/2014/67

Ao longo da década de 2010, a “Europa Social” seguiu uma trajectória em forma de “U”. O Tratado de Lisboa atribuiu à União objetivos claros e ambiciosos: progresso social, pleno emprego, um alto nível de protecção, inclusão e não discriminação, social justiça, igualdade entre mulheres e homens, bem como solidariedade entre gerações e a proteção dos direitos das crianças. A coesão económica, social e territorial e a solidariedade entre os Estados-membros também foram explicitadas no Tratado. O Tratado de Lisboa foi interpretado como um trampolim para o fortalecimento do longo processo de abertura mútua e convergência entre Estados-membros, lançando as bases para uma economia dinâmica e, ao mesmo tempo, social e politicamente sustentável de aproximação dos povos europeus. A crise financeira e a grande recessão que se seguiu interromperam essa trajectória de conciliação, exumando a lógica do “economicismo socialmente frígido”. As prioridades passaram a ser a estabilidade fiscal e a conformidade ao mercado, apoiadas por um novo quadro jurídico baseado em estrita vigilância supranacional, disciplina fiscal, condicionalidade e ameaça de sanções financeiras. Surgiram tensões crescentes em torno da livre circulação, em especial no acesso aos mercados de trabalho domésticos e nos benefícios sociais para outros cidadãos da União Europeia, para não falar nos nacionais de um país terceiro.

A necessidade premente de combater a utilização fraudulenta do destacamento reclamava a adopção de uma medida legislativa concreta⁶²¹, mas ainda não ao ponto de se rever o regime⁶²². Nessa linha, o Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram uma Directiva de execução (2014/67/UE⁶²³)

⁶²¹ Nas palavras de Francisco Liberal Fernandes, “esta lacuna tornou-se evidente na sequência da detecção por parte das entidades de inspecção do trabalho dos diferentes EMs de numerosos casos de destacamento irregular, designadamente a aplicação de condições de trabalho (salários, tempo de trabalho, falta de registos) inferiores às garantidas pela Directiva 96/71, a manipulação das regras relativas à determinação do EM de residência ou de estabelecimento do prestador, assim como a existência de situações de abuso que não eram juridicamente puníveis em virtude da imprecisão ou do carácter lacunoso do texto da Directiva”. (*O destacamento de trabalhadores na União Europeia*, p. 61).

⁶²² Como sustenta Catherine Barnard, *EU Employment Law*, p. 237, “there was little appetite in the Commission to reopen the substance of the PWD”. A medida então proposta suscitou as mesmas críticas referenciadas na nota anterior. Assim, Catherine Barnard, “The calm after the storm”, p. 23.

⁶²³ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia a 28 de Maio de 2014. Para uma análise detida do texto e dos problemas suscitados no contexto desta Directiva, Cf. Sébastien Richard, “The

que visava precisamente o melhoramento e o reforço da transposição, implementação e execução da Directiva 96/71 pelos Estados-membros. à imagem desta última, a Directiva de Execução teve como base jurídica os artigos 53º, nº 1, e 62º do TFUE, disposições regulador das regras do mercado interno.

Como resposta ao criticismo de que sofrera o Tribunal de Justiça em particular, e a dimensão social da União em geral, em virtude das decisões do quarteto Laval, o artigo 1º, nº 2, da Directiva de Execução prevê expressamente que a mesma não prejudica de forma alguma o exercício dos direitos fundamentais reconhecidos pelos Estados-membros e a nível da União, incluindo o direito ou a liberdade de greveou a liberdade de desencadear outras ações abrangidas pelos sistemas de relações laborais específicas dos Estados-membros, em conformidade com o direito e/ou as práticas nacionais; 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 nacionai. Particularmente importante neste cenário é o reconhecimento conferido aos sindicatos da competência para apresentação de queixas e para intervenção nos processos em que estejam em causa os direitos dos trabalhadores destacados.

Por sua vez, o artigo 3º desse normativo obriga os Estados-membros a criarem autoridades competentes cuja missão é a de monitorar a efectiva execução da Directiva 96/71, incluindo a cobrança de sanções administrativas e de contraordenações aplicadas. Note-se que este dever já vinha previsto na Directiva originária, contudo a Directiva de Execução veio conferir novos poderes de fiscalização a essas entidades.

Entre outros aspectos importantes, a Directiva indica uma série de elementos factuais que devem ser tidos em consideração por essas autoridades locais na identificação de um destacamento genuíno e na prevenção de abusos e evasões fiscais como sucede no caso das chamadas *letterbox companies*⁶²⁴ (artigo 4º); estabelece regras relativas à transparência da informação

implementing directive on posted workers: and what now?", p. 1 e ss.; Alexandre Defossez, "Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services", pp. 677-691; Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 4.

⁶²⁴ Entre as práticas abusivas mais comuns, destacam-se: o trabalho não declarado (incluindo a prática de pagar parte dos salários em mão, sem recibo), a ausência de inscrição no sistema de segurança social no Estado-membro de origem, o não cumprimento das condições de trabalho (assim, as horas de trabalho e os tempos de descanso), de saúde e segurança em

constante das páginas electrónicas das autoridades locais que permitam informar as empresas prestadoras de serviços das regras laborais domésticas aplicáveis aos trabalhadores destacados (artigo 5º), bem como sobre a melhoria da cooperação administrativa entre Estados-membros (artigo 6º).

Os objectivos inscritos nesse instrumento legal dependiam, porém, do esforço político para fiscalizar, algo que, para muitos países, se afigurava financeiramente dispendioso. Por outro lado, as autoridades inspetivas nacionais estariam sempre confinadas ao seu território, dado que não teriam legitimidade para deslocarem-se a outro Estado-membro para efeitos fiscalizadores.

Além disso, as preocupações com o modelo social europeu começavam a acentuar-se, sobretudo em função do impacto negativo sentido pelo mercado de trabalho dos Estados-membros na sequência da adopção pelos mesmos de medidas de austeridade que haviam sido encorajadas pela União para fazer face à crise financeira de 2008. Antes mesmo da crise, os alargamentos de 2004 e 2007 agudizaram as assimetrias salariais entre Estados-membros, tornando a exploração de mecanismos como o destacamento ainda mais atrativo, já que a Directiva 96/71 impunha às empresas tão somente o pagamento da remuneração salarial mínima em vigor no país de acolhimento, o que fomentava a segmentação entre trabalhadores destacados e trabalhadores locais, bem como entre empresas estrangeiras e nacionais.

Já em 2017, um ano depois de a Comissão Europeia ter reconhecido a necessidade da convergência social na União⁶²⁵, foi aprovado o Pilar Euro-

vigor no Estado-membro de acolhimento, a não participação dos acidentes de trabalho, etc.; o destacamento por empresas de fachada (falsas empresas ou empresas meras “caixa de correio”, isto é, por empresas criadas num outro Estado-membro (em regra com custos laborais baixos) pelas empresas utilizadoras (geralmente com sede em Estados-membros com custos laborais mais elevados) para aí recrutar pessoal para trabalhar no Estado-membro onde exercem a sua actividade. Trata-se de empresas que não exercem uma autêntica actividade económica e que não possuem um vínculo económico real com o Estado-membro onde formalmente estão sediadas; o falso trabalho independente (em que os trabalhadores destacados são abusivamente declarados como trabalhadores por conta própria) e as cadeias de subcontratação ligadas a sociedades de fachada localizadas em diferentes Estados-membros. (Francisco Liberal Fernandes, *O destacamento de trabalhadores na União Europeia*, pp. 62-63).

⁶²⁵ Identifica-se aí mais um momento que ilustra a crise do modelo de harmonização normativa. “Num contexto institucional caracterizado por uma multiplicidade de níveis de atuação, o regresso da União a *intervenções harmonizadoras fortes* mostra-se pouco provável. O princípio da subsidiariedade que se afirmou em Maastricht consolidou uma lógica de aautocontenção e co-

peu dos Direitos Sociais, que estabelece vinte princípios que constituem o quadro para uma Europa social, princípios que viriam a ser concretizados pelo Plano de Acção da Comissão Europeia em 2021, no qual se reafirmou a ambição de alcançar uma Europa Social que visa, entre outras coisas, privilegiar o emprego, designadamente por meio do combate de relações de emprego que conduzam a condições de trabalho precárias⁶²⁶. Na mesma

ordenação. Em vez do surgimento de um direito social unificado em nível europeu, os sistemas sociais nacionais tornam-se cada vez mais “europeus”. Em sentido “vertical”, reforçaram-se as estratégias de descentralização e contiveram-se as intervenções supranacionais diretas; em sentido “horizontal”, saírem favorecidas formas negociadas de desregulação, na linha de um modelo de solidariedade (...) em que as políticas sociais são instrumentais a um processo de estímulo à transformação do indivíduo em agente empresarial conforme a perspetiva neoliberal” (Salvador Laurino, *O Modelo Social Europeu e a legitimação da União Europeia*, p. 669).

⁶²⁶ V. Capítulo II, d), p. 5 do Pilar Europeu dos Direitos Sociais. Apesar de saudar a iniciativa, como uma tentativa de reintegrar a política social na evolução do processo de integração económica e monetária da União, Frank Vandenbroucke chama a atenção para a falta de clareza na relação entre os meios e os fins visados pelo Pilar Social, bem como para o facto de a expressão “direitos” criar expectativas incertas: “if the perception is that the Pillar is merely a replay of earlier initiatives based on soft coordination, without tangible consequences, the initiative will frustrate expectations and create a backlash” (“The Idea of a European Social Union”, p. 15). Na mesma linha, Salvador Laurino considera que embora represente um avanço importante, o Pilar Social não é por si só suficiente para reconciliar a Europa com a dimensão social. Em que pese o mérito de retomar o debate sobre a “questão social”, o programa deixa problemas essenciais em aberto. Primeiro, é genérico, pelo que há o risco de elevar as expectativas e ao final consagrar uma compreensão estreita do conceito de direitos sociais. Depois, há as limitações de um programa em que os objetivos sociais parecem estar subordinados a objectivos económicos e fiscais. Em terceiro lugar, a formulação dos direitos é demasiadamente vaga e, em alguns casos, refere direitos já existentes e que foram simplesmente reformulados. Por fim, há a questão do estatuto jurídico e da ausência de competência da União em matéria social, o que pode limitar ainda mais as possibilidades de implementação eficaz do “Pilar Social Europeu”. Em vez de aspirar à constitucionalização dos direitos sociais, como fizeram documentos anteriores, o Pilar Social, de maneira paradoxal, explicita uma tendência de “desconstitucionalização”, que, de todo modo, não é novidade na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Além disso, a proposta de politizar a “nova questão social europeia” como forma de responder aos grandes desafios da União é contraditoriamente atribuída a um documento redigido no estilo clássico de uma carta de direitos, mas sem uma adequada infraestrutura de políticas sociais concretas destinadas à efetivação desses mesmos direitos, o que revela uma significativa diferença em relação ao ambicioso programa que a Comissão DELORS adotou na sequência da Carta Social de 1989. Ou seja, apesar das expectativas que cria, o Pilar Social opera uma paradoxal “desconstitucionalização” da dimensão social, sem, contudo, avançar com uma verdadeira “repolitização” da “dimensão social” da União Europeia” (*O Modelo Social Europeu e a legitimação da União Europeia*, pp. 670-671). Certo, porém, é que tanto a Directiva (UE) 2019/1158, do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Junho de 2019, relativa á

altura, foi criada a Autoridade Europeia do Trabalho (AET), que tem por finalidade assegurar uma mobilidade laboral justa no conspecto europeu e apoiar os Estados-membros e a Comissão na coordenação dos sistemas de Segurança Social na União⁶²⁷.

Neste horizonte comprehensivo, a Comissão apresentou, antes mesmo do esgotamento do prazo de transposição da Directiva 2014/67, uma nova proposta de Directiva sobre o destacamento, com vista ao reforço das garantias laborais dos trabalhadores, bem como das regras da concorrência, que desde 2004 esstavam desajustadas por força da entrada dos países de leste na União e pelas significativas assimetrias salariais existentes entre trabalhadores destacados e trabalhadores locais em alguns sectores de actividade, como o da construção.

7. A Directiva (UE) 2018/957

À semelhança do processo legiferante do qual resultou a aprovação do desiderato primevo sobre o destacamento transfronteiriço de trabalhadores (Directiva 96/71/CE), a discussão em torno da nova Directiva foi marcada por um clima de tensão e de vozes dissonantes. Sem surpresa, dez parlamentos nacionais opuseram-se à proposta legislativa por meio do mecanismo de controlo da subsidiariedade: eles invocavam a exclusão da competência da União para legislar em matéria salarial (artigo 153º, nº 5 do TFUE), bem como o facto de o princípio “salário igual para trabalho igual no mesmo lugar”, juntamente com o desenvolvimento do conceito de remuneração, colocarem em causa as suas vantagens competitivas⁶²⁸.

conciliação da vida profissional e a vida familiar, e a Directiva (UE) 2022/2041 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Outubro de 2022, relativa a salários mínimos adequados na União Europeia, tiveram como pano de fundo o referido Pilar Social. Com mais desenvolvimentos, cf. Marta Markey, *Law, Precarious Work, and Posted Workers*, p. 68; Sebastiano Sabato / Francesco Corti, “The Times they are a-changin’? The European pillar of social rights from debates to reality check”, pp. 51 ss.; Maurizio Ferrera, “The European Social Union: how to piece it together?”, pp. 21 ss.

⁶²⁷ A Autoridade Europeia do Trabalho foi instituída pelo Regulamento 2019/1149, cujos objectivos estão previstos no seu artigo 2º. Sobre esta agência, v. As interessantes considerações de Sofia Fernandes, “What is our ambition for the European Labour Authority”. Para mais desenvolvimentos, cf. Stefan Clauwert, “A new legislative agenda for the EU: putting meat on the bones after all?”, pp. 83-86.

⁶²⁸ Refira-se que os divergentes pontos de vista não estiveram confinados aos Estados-membros, repercutindo-se também ao nível dos parceiros sociais europeus e nacionais.

Em resposta aos pareceres, a Comissão rejeitou todos os argumentos apresentados por entender que a proposta observava o princípio referenciado, e a Directiva (UE) 2018/957 acabou por ser adoptada⁶²⁹.

O novo instrumento procura adequar a realidade jurídica às transformações verificadas na União após a década de 90, bem como reforçar os mecanismos de controlo da Directiva de Execução 2014/67. Refira-se que o âmbito substantivo daquele primeiro instrumento difere do segundo, na medida em que foca três áreas principais: remuneração dos trabalhadores destacados, incluindo situações de subcontratação; regras sobre trabalhadores destacados por agências de trabalho temporário e as respeitantes a destacamentos de longa duração⁶³⁰.

7.1. Escopo

A primeira novidade trazida pelo novo diploma respeita aos fins visados pela Directiva, nos termos do seu artigo 1º, onde se lê:

A presente Directiva assegura a proteção dos trabalhadores destacados durante o seu destacamento no que respeita à livre prestação de serviços, estabelecendo disposições imperativas relativas às condições de trabalho e à proteção da saúde e da segurança dos trabalhadores que devem ser respeitadas.

Aquela que parecia constituir a mudança paradigmática comparativamente ao anterior figurino normativo, que se reportava, conforme se disse, a um objectivo duplo, com prevalência do económico sobre o social, revelar-se-ia problemática, uma vez que a Directiva mantivera o seu enquadramento (artigos 53º, nº 1, e 62º do TFUE), relativos à livre prestação de

Assim, de um modo geral, os sindicatos defendiam a revisão da Directiva 96/71, enquanto as estruturas de representação empresarial defendiam a sua manutenção. Sobre o ponto, v. Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 8, texto correspondente à nota 13; Francisco Liberal Fernandes, *O destacamento de trabalhadores na União Europeia*, p. 83.

⁶²⁹ Com mais desenvolvimentos sobre esse processo, veja-se Daniel Carter, “Equal Pay for Equal Work in the same Place?”, p. 56; Alexandre Defossez, “Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services” pp. 649-650; Marta Markey, *Law, Precarious Work, and Posted Workers*, p. 69 e ss.; Stefan Clauwert, “A new legislative agenda for the EU”, p. 86 e ss.; Matteo Botero, *Posting of Workers*, capítulo 8, secção 8.2.

⁶³⁰ Ficou excluída do âmbito de aplicação da Directiva 2018/957 a matéria os destacamentos no contexto do transporte rodoviário, que se encontra actualmente regulada na Directiva 2020/1057.

serviços⁶³¹), e apesar da dimensão social introduzido no mesmo (artigo 3º do TEU e 9º do TFUE – promoção da justiça social).

Com efeito, a questão foi suscitada perante o Tribunal de Justiça em dois recursos, interpostos pelos governos polaco e húngaro, os quais reclamavam a anulação da Directiva 2018/957, designadamente em função de a mesma não ter sido adoptada à luz de um desiderato de dimensão social (artigo 153º do TFUE), em conformidade com os fins a que ora se dirigia.

Não obstante ter concordado com a Hungria quanto à circunstância de os objectivos e o conteúdo da nova Directiva se dirigirem, sobretudo, à protecção dos direitos dos trabalhadores destacados, o Advogado-Geral Manuel Sánchez-Bordona enfatizou que a mesma não tinha necessariamente de ser aprovada ao abrigo do artigo 153º do TFUE, e admitiu que ela procedera “a uma alteração, *importante mas limitada*, da Directiva 96/71”⁶³². Esta afirmação acabaria por estreitar, em certa medida, a visão relativa ao alcance da alteração legislativa.

Segundo o entendimento do Tribunal de Justiça, os instrumentos normativos aprovados no âmbito dos artigos 53º, nº 1, e 62º, do TFUE, visam não apenas facilitar o exercício da livre prestação de serviços, mas também assegurar, quando necessário, a proteção de outros interesses fundamentais que podem ser afetados pela referida liberdade⁶³³. Porém, a dúvida que desde logo se pode aqui colocar, é a de saber se as liberdades económicas, *in casu*, a livre prestação de serviços, continuarão a contar, afinal, com o estatuto de primazia sobre outros “interesses fundamentais”, nomeadamente os laborais.

Em relação ao duplo objectivo prosseguido pela Directiva, o Tribunal precisa que o legislador da União procurou, ao adoptar a directiva 2018/957,

⁶³¹ Os relatórios parlamentares europeus que estiveram na base da proposta da Comissão recomendavam o alargamento do enquadramento jurídico da Directiva a fim de contemplar o artigo 151º e 153º, n. 1, a) e b) do TFUE sobre os direitos dos trabalhadores. Também frisavam a necessidade de transparéncia e melhoria na informação em caso de destacamento realizado no conspecto da subcontratação ou por agências de trabalho temporário. Por fim, sugeriam a incorporação de uma cláusula semelhante à *Monti*, que proibisse a intervenção da nova Directiva no direito de greve e de negociação colectiva dos trabalhadores europeus. Sobre isto, v. Matteo Botero, *Posting of Workers*, Capítulo 8, texto correspondente à nota 60. Francisco Liberal Fernandes, *O destacamento de trabalhadores na União Europeia*, p. 46, defende que o artigo 153º, nº 2, do TFUE deve ser considerado uma base jurídica adicional da Directiva.

⁶³² Processo C-620/18, Conclusões do Advogado-Geral Manuel Campos Sánchez-Bordona, nº 74-5, sublinhados nossos.

⁶³³ Cf. Processo C-620/18 (Hungria), nº 48 e processo C-626/18 (Polónia), nº 51 e 52.

assegurar a livre prestação de serviços numa base equitativa, a saber, num quadro regulamentar que garanta uma concorrência que não se baseie na aplicação, num mesmo Estado-membro, de condições de trabalho e de emprego de um nível substancialmente diferente consoante o empregador esteja ou não estabelecido nesse Estado-membro, ao mesmo tempo que oferece maior proteção aos trabalhadores destacados, constituindo essa proteção, por outro lado, como afirma o considerando 10 dessa Directiva, o meio de “salvaguardar a liberdade de prestação de serviços numa base equitativa”⁶³⁴.

No tocante a uma suposta violação das regras da concorrência, o Tribunal enfatiza que o novo normativo, ao garantir uma proteção acrescida dos trabalhadores destacados, se destina a assegurar o cumprimento da livre prestação de serviços na União no âmbito de uma concorrência que não depende de diferenças excessivas nas condições de trabalho e de emprego aplicadas, num mesmo Estado-membro, às empresas de diferentes Estados-membros⁶³⁵.

O Tribunal observa ainda que a Directiva de 2018 procede a um reequilíbrio dos fatores à luz dos quais as empresas estabelecidas nos diferentes Estados-Membros podem entrar em concorrência, sem, todavia, suprimir a possível vantagem competitiva de que teriam beneficiado os prestadores de serviços de certos Estados-membros, uma vez que, contrariamente ao que a República da Polónia sustenta, a referida diretiva não tem de modo nenhum por efeito eliminar toda e qualquer concorrência baseada nos custos. Com efeito, a Directiva prevê que seja assegurada aos trabalhadores destacados a aplicação de um conjunto de condições de trabalho e de emprego no Estado-membro de acolhimento, entre as quais os elementos constitutivos da remuneração tornados obrigatórios nesse Estado. Essa diretiva não tem, portanto, efeito noutrios elementos de custos das empresas que destacam esses trabalhadores, como a produtividade ou a eficiência desses trabalhadores, que são mencionados no seu considerando 16⁶³⁶.

Ao “arrepio” do defendido na sua jurisprudência anterior, concretamente no contexto do já analisado quarteto de casos Laval, o Tribunal em 2020 vem reconhecer, tal como fizera o Advogado-Geral Mengozzi no

⁶³⁴ Cf. Processo C-620/18 (Hungria), nº 50 e 51; processo C-626/18 (Polónia), nº 104.

⁶³⁵ Cf. Processo C-620/18 (Hungria), nº 127; processo C-626/18, nº 105.

⁶³⁶ Cf. processo C-620/18 (Hungria), nº 128; Processo C-626/18 (Polónia), nº 106.

âmbito daquela jurisprudência – leitura que foi rejeitada pelo Tribunal na ocasião, por entender que a dimensão económica da Directiva prevalecia sobre a social –, no sentido de que o objectivo dual inscrito na Directiva é o de facilitar não um ambiente concorrencial sem quaisquer barreiras, mas um ambiente que seja pautado por uma concorrência leal.

Nesta medida, o Tribunal parece pretender reestabelecer o equilíbrio entre as liberdades económicas e os direitos laborais, além de mitigar o que defendera em sede do caso *Laval*, nomeadamente quanto a importância dos custos salariais como factor de concorrência entre Estados-membros.

7.2. Conteúdo

O novo regime do destacamento sofreu modificações em três domínios principais, a saber: normas relativas aos destacamentos no contexto das subcontratações e das empresas de trabalho temporário; remuneração dos trabalhadores destacados (por incorporação do princípio “trabalho igual para salário igual no mesmo lugar”); e regras aplicáveis aos destacamentos de longa duração.

Começando por aquela que parece ter constituído a mudança nuclear do regime, expressão da preocupação do legislador europeu em combater as práticas de “*dumping social*”, o desenvolvimento do conceito de remuneração veio atender a um apelo decenário. Vimos que sob o advento do anterior figurino legal, ao trabalhador em destacamento era garantida a remuneração salarial mínima do país de acolhimento, ou seja, trabalhadores destacados de Estados-membros com custos laborais baixos (normalmente os que aderiram mais tarde à comunidade), para países como a França, a Bélgica ou a Alemanha, muitas vezes auferiam como contrapartida da prestação laboral um ordenado consideravelmente inferior ao dos homólogos locais. Ora, a lógica era simples, e o texto normativo assim o permitia: o trabalhador local auferia um salário compatível com a sua categoria profissional – montante por vezes bem superior à retribuição mínima –, ao passo que o colega destacado do estrangeiro recebia apenas o correspondente ao ordenado mínimo. A ausência de uma regra definitória de remuneração potenciava também a diluição das despesas inerentes ao destacamento nos salários, atingindo-se assim mais “facilmente” o seu montante mínimo.

Em contraste, a Directiva de 2018 não só abandonou a referência a remunerações salariais mínimas, substituindo-a por um termo mais abran-

gente, máxime, remuneração (artigo 3º, nº 1, c), como também desenvolveu o conceito desta, espelhando (ou codificando) os termos determinados pelo Tribunal de Justiça nos referidos casos *Comissão contra Alemanha, Isbir* e, principalmente, no caso *Siihkoalojen ammattiliitto*.

Na concretização da remuneração devida pelo destacamento, comparativamente àquela que efectivamente é paga ao trabalhador, a nova Directiva prevê, no seu Considerando 18, que se devem ter em conta os montantes totais brutos da remuneração, e não os seus elementos constitutivos individuais. Paralelamente a isso, o artigo 1º, nº 1, alínea c), consigna a solução que já resultava da Directiva 96/71, segundo a qual os subsídios e abonos inerentes ao destacamento, exceptuando os que disserem respeito a despesas efectuadas por força do mesmo, fazem parte da remuneração. Verificada esta excepção, deve considerar-se que a totalidade do subsídio ou abono é paga a título de reembolso de despesas, não podendo, tal como sucede com as horas extraordinárias, trabalho adicional ou prestado aos domingos, ser tido em consideração no cálculo da remuneração devida ao trabalhador destacado.

Deste modo, os trabalhadores destacados fruem dos mesmos elementos remuneratórios e subsídios reconhecidos aos trabalhadores do país de acolhimento por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, ou por convenções colectivas ou decisões arbitrais que tenham sido declaradas de aplicação geral nesse território.

Diversamente do que acontecia no contexto da Directiva originária, o destacamento pode agora ser cumulativamente regulado através de convenções colectivas e decisões arbitrais que se apliquem a todas as empresas de uma determinada área geográfica, ou que pertençam a determinado grupo ou empresa, ou que tenha sido concluída pela organização de empregadores e trabalhadores mais representativa a nível nacional e tenham ampla eficácia. No tocante àquelas convenções com efeitos erga omnes, a nova Directiva alargou o seu Âmbito de aplicação a todos os sectores de actividade económica, enquanto a Directiva primitiva abrangia, como vimos, somente o sector da construção.

Igualmente importante, a Directiva de 2018 passou a assegurar a igualdade remuneratória *stricto sensu* entre trabalhadores destacados e trabalhadores do país de acolhimento, mas também a igualdade de tratamento quanto ao alojamento localizado em lugar diferente daquele em que habitualmente laboram. E o mesmo se verifica no caso dos abonos e reembolsos

de despesas relacionadas com viagem e alimentação de um trabalhador que é destacado por mais de uma vez. A nova Directiva consagra ainda, no seu artigo 3º, nº 7, que tais despesas não são deduzidas do ordenado dos trabalhadores, estando excluídas do conceito de remuneração, e devem ser reembolsadas pelo empregador nos termos da legislação que rege o vínculo laboral.

Recorde-se, aliás, que o Tribunal de Justiça estabeleceu, no caso *Siihko-alojen ammattiilaitto*, que os vales de alimentação também estão excluídos dos elementos abrangidos pelo conceito de remuneração, devendo o seu pagamento ao trabalhador destacado ser feito à parte.

Apesar das relevantes modificações incorporadas à Directiva de 2018, o Tribunal de Justiça teve já ocasião de se pronunciar sobre a alteração da noção de remuneração, concretamente no Acórdão *Polónia contra Parlamento Europeu*, rejeitando o argumento esgrimido pelo governo polaco de que o normativo revisto impunha uma igualdade de tratamento entre os trabalhadores destacados e os trabalhadores do país de acolhimento, visto que, na óptica do Tribunal, nem a regra agora em vigor consegue colocar os primeiros numa situação idêntica ou análoga a dos últimos⁶³⁷. No dizer do Tribunal:

essas alterações não implicam a aplicação de todas as condições de trabalho e de emprego do Estado-membro de acolhimento, uma vez que apenas algumas dessas condições são, em todo o caso, aplicáveis a esses trabalhadores em aplicação do artigo 3º, no. 1, da Directiva 96/71 alterada⁶³⁸.

Como se vê, o Tribunal não explicita que o princípio da igualdade salarial tenha constituído um passo importante no sentido de assegurar a igualdade de tratamento dos trabalhadores destacados, ou mesmo que a Directiva se tenha dirigido a isso. Essa ideia aparece reforçada no referido Acórdão no tocante ao modelo articulatório subjacente à Directiva:

Tendo em conta a própria natureza da Directiva 96/71 alterada, a saber, a de um instrumento de coordenação das legislações dos Estados-Membros em matéria de condições de trabalho e de emprego, esta implica que os prestadores de serviços que destacam trabalhadores para um Estado-Membro diferente

⁶³⁷ Cf. processo C-626/18 (Polónia), n. 111.

⁶³⁸ Processo C-6218 (Polónia), n. 112.6

daquele em que estão estabelecidos estão sujeitos não só à regulamentação do seu Estado-Membro de origem mas também à do Estado-Membro de acolhimento desses trabalhadores. O encargo administrativo e económico suplementar que daí pode resultar para esses prestadores decorre dos objetivos pretendidos aquando da alteração da Diretiva 96/71, a qual, enquanto instrumento de coordenação das legislações dos Estados-Membros em matéria de condições de trabalho e de emprego, implicava, de resto, mesmo antes dessa alteração, que os prestadores de serviços que destacam trabalhadores estivessem simultaneamente sujeitos às regulamentações do seu Estado-membro de origem e do Estado-membro de acolhimento”⁶³⁹.

Na realidade, o princípio da igualdade remuneratória não assegura uma paridade de custos do trabalho, em virtude das diferenças a nível das contribuições para a segurança social nos diferentes Estados-membros. Com efeito, nos dois anos subsequentes ao destacamento, continua a ser aplicado ao trabalhador destacado o regime de segurança social do Estado-membro de envio (artigo 12º, nº 1, do Regulamento 883/2004), pelo que as empresas dos Estados-membros com encargos mais reduzidos conservam um certo grau de competitividade face aos Estados-membros com custos sociais mais elevados⁶⁴⁰.

Outra preocupação (há muito reclamada) prendeu-se com a já referida indeterminação do critério tempo de duração dos destacamentos. É o que se infere da leitura do considerando 9 da nova Directiva:

o destacamento é por natureza temporário. Os trabalhadores destacados regressam habitualmente ao Estado-membro a partir do qual foram destacados após a conclusão do trabalho para o qual foram destacados. No entanto, tendo em conta a longa duração de alguns destacamentos e reconhecendo a ligação entre o mercado de trabalho do Estado-membro de acolhimento e os trabalhadores destacados por períodos tão longos, em caso de destacamento por períodos superiores a 12 meses, os Estados-membros de acolhimento deverão assegurar que as empresas que destacam trabalhadores para o seu território lhes garantam um conjunto suplementar de condições de trabalho

⁶³⁹ Processo C-626/18 (Polónia), nº 102 e 103. Veja-se também nº 126-127.

⁶⁴⁰ Francisco Liberal Fernandes, *O destacamento de trabalhadores na União Europeia*, p. 86. Com mais desenvolvimentos sobre o problema, cf. Frank Vandenbroucke, “The idea of a European Social Union”, p. 39.

e emprego obrigatoriamente aplicáveis aos trabalhadores no Estado-membro onde o trabalho é executado.

De facto, a nova Directiva estendeu os direitos dos trabalhadores afectados por um destacamento com duração superior a doze meses, garantindo-lhes, para além do núcleo de regras mínimas previsto no artigo 3º, nº1, quase todas as condições de trabalho e emprego aplicáveis que sejam fixadas no território do Estado-membro onde o trabalho for executado.⁶⁴¹ É de notar, porém, que aquele período poderá vir a ser alargado até o limite de dezoito meses, devendo para tanto o empregador indicar um motivo justificador. Se assim for, os trabalhadores destacados só gozarão da preconizada igualdade de tratamento após esse período.⁶⁴² Essa estatuição afasta-se claramente do *market access approach* invocado pelo Tribunal de Justiça no caso *Rush Portuguesa*, na medida em que agora os trabalhadores destacados entram no mercado de emprego do país de acolhimento findo um determinado lapso temporal. Uma segunda excepção ao referido desiderato é que o alargamento das garantias conferidas aos trabalhadores não abrange procedimentos, formalidades e condições de celebração e cessação do contrato de trabalho, incluindo cláusulas de não concorrência e regimes profissionais complementares de pensões.

Entende-se agora que, decorridos aqueles períodos, já existe uma ligação significativa dos trabalhadores destacados ao mercado de trabalho do Estado-membro de acolhimento, justificando-se, por isso, que, em termos de condições de trabalho e emprego, passem a ser tratados como quase trabalhadores migrantes⁶⁴³.

De nuclear importância para a mobilização da nova regra, é a aplicação do referido limite temporal de 12 ou 18 meses aos trabalhadores sucessivamente destacados. Mais concretamente, o cálculo daquele período deve ter em conta a substituição pela empresa de um trabalhador destacado por outro para desempenho das mesmas funções no mesmo local. Nestes

⁶⁴¹ Cf. artigo 3º, nº 1, primeiro parágrafo. Excluem-se daqui as seguintes matérias: a) Procedimentos, formalidades e condições de celebração e cessação do contrato de trabalho, incluindo cláusulas de não concorrência; b) Regimes profissionais complementares de pensões.

⁶⁴² Extrai-se daqui um choque entre a nova Directiva e o Regulamento de Roma referenciado, visto que este estabelece que quando não haja acordo entre trabalhador e empregador quanto à lei aplicável, aplicar-se-á a legislatura do país de origem.

⁶⁴³ Francisco Liberal Fernandes, *O destacamento de trabalhadores na União Europeia*, p. 102.

casos, considera-se que a duração do destacamento é una, verificando-se, por isso, uma cumulação entre o destacamento dos trabalhadores substituído e substituto (artigo 3º, n.º 1-A, quarto parágrafo). Importa ter presente, contudo, que a Directiva 2018/957, à semelhança da Directiva originária, não regula especificamente as condições e os limites da renovação do destacamento, omissão que poderá dar azo a situações menos claras ou transparentes de aplicação do direito comunitário⁶⁴⁴.

A propósito do alcance do novo desiderato, Matteo Botero sublinha:

As to the specific substance of the additional set of host state's terms and conditions of employment applicable to postings exceeding twelve or, when applicable, eighteen months, Preamble Recital 10 of the new Directive reminds the necessary compatibility of whatever national provision with the freedom to provide services. In light of the Court's settled case law, only restrictions which are justified by overriding reasons of public interest and which, at the same time, respect the principle of proportionality are permitted. Nevertheless, if, on the one hand, it is certain that the Member States are not allowed to prohibit posting assignments longer than twelve (or eighteen) months, on the other hand, it remains rather unclear to what extent the host state's additional impositions should still comply with the so called 'market access' test forbidding any restriction 'which is liable to prohibit, impede or render less advantageous the activities of a provider of services established in another Member State where he lawfully provides similar services.

A Directiva de 2018 veio ainda dar mais fôlego ao núcleo de condições de trabalho e emprego dos trabalhadores destacados. Foram incluídas ao artigo 3º, nº 1, duas novas alíneas, a saber: h) Condições de alojamento dos trabalhadores caso o empregador disponibilize alojamento aos trabalhadores afastados do seu local de trabalho habitual; i) Subsídios e abonos ou reembolsos de despesas para cobrir as despesas de viagem, de alimentação e de alojamento para os trabalhadores longe do seu domicílio por motivos profissionais.⁶⁴⁵

⁶⁴⁴ Francisco Liberal Fernandes, *O destacamento de trabalhadores na União Europeia*, p. 103.

⁶⁴⁵ A regra acrescenta que "a alínea i) é aplicável exclusivamente às despesas de viagem, de alimentação e de alojamento efetuadas por trabalhadores destacados que tenham de se deslocar de e para o seu local de trabalho habitual no Estado-membro em cujo território estão destacados, ou que sejam enviados temporariamente pelo seu empregador desse local de trabalho habitual para outro local de trabalho".

O novo normativo também reforçou a protecção dos direitos colectivos por meio do aditamento do seu artigo 1º, que faz agora referência expressa à salvaguarda dos direitos fundamentais dos trabalhadores, nomeadamente o de greve e o de acção colectiva. À semelhança do que se disse a propósito da Directiva de Execução, essa regra traduz uma tentativa de reduzir a tensão entre os ordenamentos nacionais e o da União resultante da jurisprudência do Tribunal de Justiça no quarteto de casos *Laval*. Todavia, ela foi já mitigada pelo Tribunal na sua decisão proferida no Acórdão *Hungria contra Parlamento Europeu*, na qual se lê:

Ora, embora esta disposição indique que a Diretiva 96/71 alterada “em nada afeta o exercício dos direitos fundamentais reconhecidos pelos Estados-Membros e a nível da União”, não tem de modo nenhum por consequência que o exercício desses direitos não esteja sujeito ao direito da União. Bem pelo contrário, ao fazer referência aos direitos fundamentais reconhecidos ao nível da União, a diretiva impugnada implica que o exercício dos direitos de ação coletiva dos trabalhadores, no âmbito de um destacamento de trabalhadores sujeito às disposições da Diretiva 96/71 alterada, deve ser apreciado à luz do direito da União, conforme interpretado pelo Tribunal de Justiça”⁶⁴⁶.

O Tribunal retomava assim a argumentação expendida no controverso Acórdão *Laval*, que sujeitou, conforme observamos, o exercício do direito de acção colectiva aos critérios (rígidos) estabelecidos no Direito da União, e, ao fazê-lo, está também a desencorajar, uma vez mais, os trabalhadores europeus a lançarem mão de um dos seus direitos fundamentais.

Com vista a combater os abusos da subcontratação, a proposta da Comissão em facultar aos países a possibilidade de obrigar as empresas a realizar uma subcontratação com empresas utilizadoras que assegurassem aos seus trabalhadores a mesma proteção legal da que era conferida pelo contratante principal não foi acolhida pela versão final do diploma⁶⁴⁷. Em vez disso, o texto em vigor prevê unicamente um dever genérico de os Estados-membros adoptarem medidas adequadas à responsabilização pela subcontratação em conformidade com as disposições estatuídas no artigo 12º da Directiva de Execução 2014/67. Foi no entanto assumida uma solução de compromisso assente na avaliação, pela Comissão, da necessidade

⁶⁴⁶ Processo C-620/18 (*Hungria*), n. 168.

⁶⁴⁷ Matteo Botero, *Posting of workers*, Capítulo 8, texto correspondente à nota 138.

de criar regras com o escopo de reforçar a concorrência entre empresas e tutelar a situação dos trabalhadores na hipótese de subcontratação⁶⁴⁸.

Por sua vez, a proposta da Comissão em garantir a igualdade de tratamento entre trabalhadores destacados e residentes de empresas de trabalho temporário no que toca à remuneração e as condições de trabalho mereceu a confirmação do texto final da Directiva. Efectivamente, com o parágrafo I aditado ao artigo 3º da Directiva 2018/957, aqueles primeiros gozam de certas garantias de trabalho e emprego dos trabalhadores locais contratados por empresas de trabalho temporário ou agências de colocação. Em termos práticos, enquanto o nível de proteção da Directiva 2008/104 sobre trabalho temporário tinha de ser transposta para o país de acolhimento em ordem à sua aplicação, ela vem agora incorporada na Directiva 2018/957. Assim, aqueles trabalhadores beneficiam do artigo 5º (princípio da igualdade de tratamento) da Directiva 2008/104, cujo nº 1 determina que as condições fundamentais de trabalho e de emprego aplicáveis aos trabalhadores temporários destacados deverão ser pelo menos idênticas às que seriam aplicáveis se os mesmos fossem contratados directamente pela entidade utilizadora para exercer idêntica função (artigo 3º, nº 1-B, primeiro parágrafo, da Directiva 96/71). No entanto, e como bem enfatiza Liberal Fernandes, o facto de este último preceito mandar aplicar aos trabalhadores temporários destacados noutro Estado-membro o disposto no artigo 5º da Directiva 2008/104 significa que os Estados-membros podem igualmente, nos termos dos nºs 2 e 3 deste mesmo artigo, consagrar derrogações à referida igualdade de tratamento e de remuneração⁶⁴⁹. De todo o modo, a empresa utilizadora fica obrigada a informar à empresa de trabalho temporário ou agência de colocação acerca das condições de trabalho e remuneração que reconhece aos seus próprios trabalhadores temporários, extensíveis também aos trabalhadores em destacamento.

A Directiva de 2018 também inovou ao regular a situação dos chamados “destacamentos duplos”, que ocorrem quando um trabalhador é contratado por uma empresa de trabalho temporário ou por uma agência de colocação que o destaca para outro Estado-membro somente com o intuito de destacá-lo novamente para um terceiro país, de forma a contornar o regime protectivo do normativo comunitário, as empresas de trabalho temporário

⁶⁴⁸ O prazo para tal avaliação acontecesse findou a 30 de Julho de 2023.

⁶⁴⁹ Francisco Liberal Fernandes, *O destacamento de trabalhadores na União Europeia*, pp. 91-92.

e as agências de colocação ficam agora obrigadas ao cumprimento das disposições legais aplicáveis em caso de destacamento de trabalhadores para outro Estado-membro, considerando-se que o trabalhador está destacado pela Empresa ou pela agência, consoante o caso⁶⁵⁰, e por isso deve assegurar o disposto na Directiva 2018/957 e na Directiva de Execução 2014/67. Além disso, a empresa utilizadora deve comunicar à empresa de trabalho temporário primeva, ainda antes do início da prestação transnacional de serviços, quais os trabalhadores temporariamente destacados para o estrangeiro a fim de que as condições de trabalho mais favoráveis lhes sejam aplicadas.

8. Conclusão

Da evolução normativa sobre a disciplina do destacamento transfronteiriço de trabalhadores na União Europeia pode concluir-se que o regime agora em vigor potencia uma tutela mais efectiva dos trabalhadores destacados para prestarem a sua actividade num Estado-membro diferente daquele em que habitualmente laboram. O desenvolvimento da noção de remuneração, por meio da discriminação de todos os seus elementos constitutivos, e o dever de publicização, nos sítios web oficiais internos, de tais esses elementos e de outras condições de trabalho e emprego aplicáveis, tendem a aumentar, de forma justa e equilibrada, as remunerações salariais auferidas por esses trabalhadores, e, nos casos de destacamentos prolongados, garantir-lhes-á uma verdadeira igualdade de tratamento.

De todo o modo, o alcance de boa parte das novas medidas parece circunscrito àqueles países que não haviam implementado a Directiva originária sobre o destacamento na sua plenitude, ou mediado o conceito de remuneração em consonância com a jurisprudência comunitária, nomeadamente com o caso *Siihkoalojen ammattiliitto*.

A aplicação extensiva das convenções colectivas *erga omnes* a todos os sectores de actividade afigura-se como mais um vector decisivo para a determinação dos ordenados devidos aos trabalhadores destacados. Contudo, e tal como já foi enfatizado, os efeitos dessa solução estão confinadas principalmente a países como a Alemanha, Chipre, Irlanda e Luxemburgo, na medida em que a possibilidade de extensão das convenções colectivas e decisões arbitrais a trabalhadores de outros sectores de actividade,

⁶⁵⁰ Artigo 1º, nº 3, C).

estatuída no segundo parágrafo do artigo 3º, nº 10, da Directiva 96/71, já havia sido flanqueada pelos Estados-membros que mais acolhem trabalhadores destacados.

O mesmo se pode afirmar relativamente à revisão das regras dos destacamentos operados por empresas de trabalho temporário e agências de colocação, que visou reduzir as possibilidades de as últimas contornarem o regime protectivo com recurso aos chamados “destacamentos duplos”, e que incorporou *expressis verbis* na Directiva a igualdade de tratamento entre trabalhadores destacados e trabalhadores do país de acolhimento que desempenham funções em favor de uma empresa de trabalho temporário. Na verdade, o princípio da igualdade referenciado já havia sido incluído na maioria das ordens jurídicas domésticas para esse tipo de situações.

A nova Directiva pode, por outro lado, conduzir a situações de incerteza jurídica, nomeadamente quanto à determinação do quadro remuneratório aplicável aos trabalhadores destacados, cuja legitimidade pertence aos Estados-membros. Se bem vemos, a extensão aos trabalhadores destacados das regras respeitantes ao conceito de remuneração, as quais devem ser justificadas por razões imperativas de ordem pública, designadamente a protecção legal do trabalhador, não podendo, no entanto, constituírem restrições inadequadas ou desproporcionadas às liberdades económicas do mercado interno, como a livre prestação de serviços transfronteiriça, permite-nos afirmar que a validade dessas regras continuará dependente da interpretação constitutiva do areópago do Luxemburgo⁶⁵¹.

⁶⁵¹ Razão tem Daniel Carter, “Equal Pay for Equal Work in the same Place?”, p. 31, ao referir que “the Revised Directive will likely mitigate the more damaging consequences arising from the Court’s *acquis*, although given the more fundamental challenges that exist this may be limited”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No percurso acima trilhado, em sintonia com o título da dissertação, procurou-se apresentar de modo muito concreto a evolução e as mutações do processo de harmonização do Direito do Trabalho da União Europeia. Este segmento específico constitui, é óbvio, apenas um dos aspectos reveladores da crise vivida por aquele subsistema normativo dentro de um contexto assaz amplo e complexo, em que conflituam outros pontos “fracturantes”, designadamente no que diz respeito às suas funções, legitimidade, eficácia, etc.⁶⁵²

⁶⁵² Como se sabe, esta dilatada situação de crise do direito do trabalho europeu constitui não somente sinal e sintoma, mas ainda sismógrafo de uma mais profunda (e preocupante) crise do próprio modelo político-constitucional europeu, uma crise, como se escreveu já, *na Europa e da Europa* (“Michael A. Wilkinson, “The Specter of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union”, p. 527: “*crisis in and of the European Union*”). Estava fora das intenções e possibilidades do presente estudo considerar esse contexto problemático, tão denso e multiforme, embora o procurássemos ter presente ao longo do percurso em torno da harmonização em matéria laboral na União Europeia. Juntamente com vários outros domínios ou, melhor, em interpenetração com essas outras dimensões do *corpo constitucional* europeu, também no âmbito do direito do trabalho se reflecte a mutação ou fractura em paradigmas fundacionais da construção europeia, sobretudo o querer ser uma *comunidade de direito* (community of law), em que a *integração* se realiza *por meio da lei*. Todavia, “some of the main tenets of the ‘integration through law’ paradigm have been progressively weakened and eroded. The actual integrity of those principles is now being challenged, as never before, by the Union’s ‘existential crisis’ (Stefano Giubboni, “Europe’s Crisis-Law and the Welfare State. A Critique”, pp. 8-9). Como se sabe, crise significa um ponto crítico de indefinição, a resolver mediante uma decisão que impulsiona o processo de superação. Num texto iluminante, Habermas explicitava o teor essencial dessa decisão com que a União Europeia se defronta: “the European Union must decide between transnational democracy and post-democratic executive federalism” (Jürgen Habermas, *The Crisis of the European Union – A Response*, p. 12).

Contrariamente ao que se poderia pensar, pelo menos à primeira vista, as tensões verificadas na articulação entre o Direito da União e as ordens jurídicas domésticas no domínio laboral não são recentes. De facto, vimos que o entendimento perfilhado na génese comunitária era o de que a harmonização dos sistemas internos de política social, incluindo o laboral, seria fruto não de uma acção programática e concertada por parte das comunidades, mas antes da expansão do mercado comum europeu, que quase como em “passe de magia” conduziria, nos ditames do Tratado de Roma, à melhoria das condições de trabalho no conspecto comunitário. Daqui resultou uma demarcação de competências: a integração do mercado seria levada a efeito pela comunidade, ao passo que a realização da política social e laboral era relegada aos Estados-membros.

Porém, a remoção das barreiras às liberdades económicas constitutivas colocou os vários sistemas laborais e de bem-estar a competirem entre si, criando com isso um ambiente de escolha de mercado no qual os Estados adoptam as formas de regulamentação mais eficientes. Ora, países com custos laborais mais baixos atraem mais investimento; isso, por sua vez, gera maior demanda por salários mais altos e melhores condições de vida e de trabalho. Essa argumentação, frequentemente utilizada contra a harmonização das normas laborais e o estabelecimento de quadros mínimos de protecção do trabalhador, parecia plenamente sintonizada com o panorama comunitário menos assimétrico nos primeiros tempos de vida de uma Comunidade formada por poucos países, geográfica e economicamente próximos.

No entanto, as possibilidades do mercado comum vieram revelar os seus limites não muitos anos depois, à medida que o espaço comunitário se ia expandindo e passava a incluir Estados mais contrastantes do prisma económico-social. Daí que à “ingénua” expectativa inicial de uma “terra prometida” já ao alcance veio a suceder a desilusão de que, afinal, o caminho se fazia ainda pelo “deserto”.

Na verdade, o passar do tempo acentuaria as assimetrias nas condições de vida e de trabalho no cada vez mais amplo contexto comunitário, revelando, *hèlas!*, que o avanço do mercado comum não seria condição bastante para harmonizar os sistemas sociais internos, descredibilizando assim o próprio projecto europeu.

A emergência da crise energética dos anos de 1970 agudizou os desníveis nos regimes laborais da Comunidade – a necessidade de combater o

aumento do desemprego e de preservar o tecido empresarial conduziria à paulatina introdução do modelo social europeu, informado, agora sim, por um modelo de harmonização.

Compreender os momentos fulcrais de tradução normativa deste processo implicava considerar o Direito Primário e o Direito Derivado da União, mas impunha, ainda, um olhar sobre os modos de realização que se mediaram na *soft-law*. E mostrava claramente que (também) neste domínio, parte essencial do discurso era moldado na continuada jurisprudência do Tribunal de Justiça. Só uma leitura integrada destes multiformes patamares que interagem em articulação, mas também em confronto, que são necessariamente dialogantes, mas não escapam também ao ruído, só essa leitura integrada, dizíamos, permite uma visão cabal sobre os diversos modelos operatórios da articulação entre os sistemas jurídicos laborais domésticos e o direito da União Europeia.

E é esse confronto que julgamos dever ser feito de modo continuado em relação ao direito do trabalho em geral e ao direito do trabalho europeu em particular. São muitas e de largo espectro as transformações sofridas no domínio jurídico-laboral nas últimas décadas: os fenómenos da globalização e da digitalização, a expansão da precariedade laboral, a desmaterialização da empresa e as novas formas de organização do trabalho, a fungibilidade da prestação laboral num quadro de neoliberalismo económico extremado, e os desafios agora acutilantes decorrentes da Inteligência Artificial, constituem realidades que não podem ser escamoteadas.

No nosso campo de observação, estes vectores repercutem-se na arquitectura do mercado único europeu. Significa tudo isto, em nosso entender, que para olhar o futuro se mostra indispensável regressar aos fundamentos: o *aggiornamento* requer um contemplar do dia originário, vale por dizer, da matriz constitutiva do direito do trabalho, assente em princípios axiológicos orientados à dignidade de cada pessoa na sua refracção de direito à realização pelo trabalho, e densificada nas funções que o configurem como resposta eficaz ante a voragem estritamente economicista.

Nesse sentido, recordou-se a tríade principiológica do direito do trabalho: princípio da proteção; princípio de que o trabalho não é uma mercadoria; princípio da coexistência entre direitos do trabalhador e do empregador. Conforme se sustentou, esses princípios encontram expressão em diferentes modelos de normatividade, e cada um pode ser *associado* a uma função específica deste ramo jurídico.

A primeira dessas funções, a função *protectiva*, manifesta-se normativamente em regras prescritivas que impõem garantias mínimas de salvaguarda dos trabalhadores, como sejam as regras sobre o salário mínimo, a jornada de trabalho e a protecção em caso de despedimento. Quando o modelo de direito do trabalho é informado por um paradigma protectivo, ele prossegue uma função tuitiva. Deste modo, o modelo em questão não só assegura o princípio de protecção dos trabalhadores e de que o trabalho não é uma mercadoria, como não coloca em causa o princípio da coexistência, pois salvaguarda as liberdades mínimas do empregador, como seja o direito (regulado) a usar o despedimento, a reestruturação de empresas e o poder de renegociar os contratos de trabalho.

A segunda função do direito laboral traduz-se no reforço do poder negocial dos trabalhadores, por meio das associações sindicais e da negociação colectiva. Diversamente da anterior, esta segunda função pressupõe para a sua máxima realização que o Estado se abstenha de intervir nos mecanismos colectivos, e também de impor *standards* de proteção mínima.

Já a terceira função do direito do trabalho consiste em reconciliar o progresso económico e o social. Na senda desta função, o ramo jurídico-laboral pode ser usado para reconciliar os interesses económicos sociais e para assegurar que os direitos dos trabalhadores vão de par em par com a produtividade.

É neste horizonte de valoração que há-de aferir-se a análise político-dogmática sobre o direito do trabalho europeu. Ora, a função de protecção do trabalhador éposta em causa quando o direito do trabalho é perspectivado, sobretudo, como instrumento do mercado de trabalho. E este é precisamente um dos problemas que sucede no cenário da União Europeia – a União tem uma capacidade limitada (subsidiária) para promover níveis de proteção em matéria laboral. Por outro lado, e secundando ou amplificando o problema, os Estados-membros devem regular as regras de proteção dentro de certos limites (proporcionalidade), no respeito pelas liberdades económicas do mercado.

Essa divisão de tarefas, densificada na jurisprudência do Tribunal de Justiça no sentido de que o direito comunitário deve ter precedência sobre o direito dos Estados-membros, teve o efeito de instituir uma priorização constitucional de objetivos económicos e de criação do mercado acima dos laborais.

Não surpreende, pois, que o domínio juslaboral constitua uma das áreas que tem suscitado mais dificuldades regulatórias à União; elas decorrem das assimetrias sistémicas existentes nas diversas ordens jurídicas internas, tributária de matrizes distintas, seja romano-germânica, seja anglo-saxónica, ou nórdica, informadas por uma maior ou menor intervenção estatal e/ou de outros actores sociais (como os sindicatos), e por variadas fontes legais (v. g. normativos, convenções colectivas, etc.). As descontinuidades sistémicas são igualmente potenciadas pela fragmentação dos níveis de exercício da competência no âmbito laboral (supranacional ou nacional), bem como pela escolha do mecanismo jurídico por meio do qual a última se instrumentaliza.

Sem dúvida, e tal como sustentámos, a diversidade de métodos de criação dos *standards* laborais domésticos “forçou” a União a ser “criativa” e “flexível” na adopção dos seus expedientes normativos de intervenção no contexto social-laboral, desde mecanismos imperativos (*hard law*), como sucede no caso das Directivas e dos Regulamentos, a soluções não-vinculativas (*soft law*), como é o caso das Recomendações, Pareceres, ou dos Métodos Abertos de Coordenação.

No concernente aos instrumentos de *hard law*, vimos que os Regulamentos, directamente aplicáveis nos âmbitos nacionais, constituem uma clara excepção no direito do trabalho da União Europeia; já as Directivas, que conferem uma maior margem de discricionariedade na sua mediação pelos Estados-membros, representam a regra.

Partiu-se do pressuposto que a natureza normativamente incompleta das Directivas permitiria aos países da União salvaguardarem a sua competência para desenhar e organizar os sistemas laborais internos. Deste modo, as Directivas exprimem ou realizam um modelo de “competência partilhada”, facilitando, por conseguinte, a coexistência entre o direito comunitário e as legislações nacionais. Insitamente vocacionadas para a harmonização dos sistemas, potenciam, destarte, a abertura (e comunicabilidade) entre eles, sem se dirigirem, pois, à sua estrita uniformização.

Dessa forma, a competência dos Estados-membros sobre o domínio laboral não se preclude, pelo menos em princípio: eles continuam a poder intervir normativamente em termos complementares à União, pese embora as instituições europeias e o Tribunal de Justiça venham assumindo atitude limitativa do respeito pelo espaço de liberdade dos Estados-membros, conforme ficou evidenciado na análise do quarteto de casos *Laval*, bem como

no casos *Alemo-Herron*, que apesar de terem tido na sua origem a Directiva sobre a transmissão de empresa e a Directiva sobre destacamento de trabalhadores, constituem exemplos do “paradigma uniformizador”.

O fenómeno da harmonização normativa no campo laboral, desvalorizado, como vimos, na génese comunitária, passou a assumir um papel preponderante nesse domínio durante a década de 1970, procurando mitigar as assimetrias legislativas entre ordenamentos nacionais e comunitário, por um lado, e entre as decisões dos tribunais nacionais e as do Tribunal de Justiça, por outro, além de servir como mecanismo de suporte ao bom funcionamento do mercado e, ao mesmo tempo, de protecção de outros interesses, como os dos trabalhadores europeus.

Tal desiderato, isto é, o propósito de uma aproximação normativa suscita, já o dissemos, múltiplas e complexas questões, seja no plano político, seja ao nível jurídico. Saber como aferir quais os interesses prevalentes (e a medida da respectiva articulação), ou quem deve, em última análise, ser “beneficiado” pela harmonização, se a União ou os Estados-membros (pois é desajustado supor que por ser a União uma realidade compósita há identidade de interesses entre o “todo” e os “componentes”), ou, ainda, saber até que ponto é vantajoso para os Estados-membros verem os seus *standards* nacionais serem substituídos por um *standard* de direito da União, e qual deva ser o nível de harmonização que se pretende alcançar (v. g. total ou mínima), constituíram alguns dos problemas no horizonte da dissertação

Como referimos, o mecanismo da harmonização está presente na União há mais de 50 anos, manifestando-se nas suas opções políticas e técnicas legislativas. Apesar disso, não se estabeleceu um sentido unívoco para o termo “harmonização”, imprecisão que tem ressonância tanto nos instrumentos normativos, como também na jurisprudência e na doutrina comunitárias. A dificuldade definitória aqui identificada parece agudizada pelo uso indistinto de outros vocábulos semelhantes, tais como “aproximação”, “unificação”, “convergência” e “europeização”, pelo que uma interpretação puramente literal deve ser afastada.

Da nossa parte, recorremos a outros parâmetros, nomeadamente o da sua função, resultado e procedimento. Desse modo, a harmonização materializa-se tanto por meio de instrumentos de Direito Primário e Derivado, como ainda pelos princípios gerais de Direito da União, e pela interpretação (conformadora) que deles faz o Tribunal de Justiça e pode ser concebida como um processo que tem como ponto de partida a criação de um

standard a nível europeu com a intenção de potenciar o desenvolvimento de um direito europeu comum. Esse *standard* traduz o quadro em torno do qual as legislaturas nacionais se deverão aproximar, isto é, uma vez adoptada a medida de harmonização, os Estados-membros deixam de poder justificar a sua modificação *in pejus* ou, em determinadas modalidades, mesmo *in melius*.

O processo harmonizador convoca ainda a incorporação do *standard* nas ordens legais domésticas, através de diferentes expedientes normativos, e a sua mediação, que pode ou não assemelhar-se ao enquadramento original, mas que é comumente aplicável em todos os países da União. Esta tarefa é realizada, principalmente, pela cooperação entre as judicaturas nacionais e comunitária, por via de mecanismos específicos do ordenamento comunitário, designadamente o reenvio prejudicial, a interpretação conforme, e os procedimentos sancionatórios e de responsabilização estatal.

A harmonização, como se intui, pretende atingir um determinado resultado, *verbi gratia*, a criação de um direito da União tão uniforme quanto necessário. Todavia, mais decisiva do que a similitude textual das normas transpostas para os ordenamentos nacionais é a aplicação harmonizada do *standard* em toda a União. Como horizonte último ou fundante, a harmonização está ao serviço de uma função ou intencionalidade: a de concretizar a missão da União Europeia, como o estabelecimento e funcionamento do mercado interno.

Pois bem. O carácter sensível da harmonização no domínio laboral reside na circunstância de os regimes visarem salvaguardar, em primeira linha, os interesses do mercado interno, reconduzindo a um plano subordinado os dos trabalhadores europeus. Nesta linha de tensão, a função protectora ou garantista do direito do trabalho é posta em causa, dando certa prevalência à da regulação do mercado.

Não surpreende, por conseguinte, a variabilidade de mecanismos normativos ensaiados no contexto europeu em ordem ao objectivo da *harmonização*, moldados em função do grau de flexibilidade e de discricionariedade pretendidos pela União. Vimos que eles podem ser classificados como exaustivo, opcional, mínimo e reflexivo.

A harmonização exaustiva, assente na substituição de soluções jurídicas internas por uma única regra europeia, que não pode ser modificada pelos Estados-membros, está constitucionalmente vedada no domínio laboral. Com efeito, o artigo 153º, n.º 4, do TFUE, dispõe que as regras de harmoni-

zação “não obstam a que os Estados-membros mantenham ou introduzam medidas de protecção mais estritas”. Esta regra foi criada com o advento do Acto Único Europeu, a partir do qual as instituições comunitárias passaram a promover a ideia de que não se pretendia uma harmonização exaustiva dos sistemas jurídico-laborais domésticos, mas apenas a coexistência harmónica das suas disparidades. Do receio de uma eventual interferência excessiva da comunidade no âmbito laboral resultou, aliás, a previsão expressa, no Acordo sobre Política Social de Maastricht, de princípios limitadores da actuação comunitária, designadamente o da subsidiariedade e o do respeito pela diversidade dos sistemas nacionais, que visavam assegurar uma exponencial reserva da competência estadual nessa área.

O arquétipo de harmonização mais usual no ramo jurídico-laboral é o da harmonização mínima, assente na adopção de prescrições mínimas de protecção que autorizam a sua alteração *in melius* pelos Estados-membros. A sua popularidade em Directivas de âmbito laboral decorre sobretudo da circunstância de as mesmas contribuírem para o reequilíbrio da concorrência intracomunitária (por meio de *standards* mínimos) e acomodarem regras domésticas assimétricas (que disponham de protecção superior ao mínimo).

Desta forma, essas Directivas estatuem o terreno em que as ordens jurídicas domésticas deverão movimentar-se, porquanto este “mínimo” se torna exaustivamente harmonizado. Não quer isto dizer, contudo, que por serem “mínimas” essas normas devam assumir um carácter “minimalista”, no sentido de que os países não devam ser encorajados a criarem soluções mais favoráveis do que as consagradas nos regimes comunitários. Por conseguinte, a harmonização mínima traduz uma solução de compromisso, entre a integração do mercado interno e a salvaguarda de uma margem de discricionariedade aos Estados-membros na conformação dos sistemas laborais internos⁶⁵³.

Se, de acordo com a textura do próprio tratado (artigo 151º, nº 1, do TFUE), a União e os Estados-membros assumem como objectivo a “pro-

⁶⁵³ Conforme se viu, o enquadramento directo do modelo de harmonização constitucional mínima do direito do trabalho encontra-se enunciado num capítulo próprio (Título X do TFUE), enquanto o modelo da harmonização mínima por via derivada ou subordinada consta de disposições genéricas de harmonização dos sistemas jurídicos nacionais (artigos 114º e 115º do do TFUE), que também servem para realizar estas matérias. O tratamento de uma modalidade ou outra pelo Tribunal de Justiça é diferente, conforme se depreendeu da apreciação dos casos *Borsana* e *AGET Iraklis*.

moção do emprego, a melhoria das condições de vida e do trabalho, de modo a permitir a sua harmonização”, o retrocesso social que se possa pretender não encontra aqui qualquer compatibilidade – o objectivo de prosseguir o caminho do progresso social não deveria permitir que pelo estabelecimento de *standards* comunitários algum ou alguns dos Estados-membros com um modelo de protecção social mais elaborado pudessem acabar por reduzir o nível de protecção consagrado⁶⁵⁴.

Mas como se explicitou, a “pureza” do modelo não se manteria incólume: o espaço de manobra concedido pela fórmula da harmonização mínima viria a ser limitado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, designadamente nos Acórdãos *Viking*, *Laval*, *Ruffert*, *Comissão contra Luxemburgo*, *Alemo-Herron* e *AGET Iraklis*. Ou seja, para o Tribunal, o *Spielraum* normativo do modelo não deve ser irrestrito: os desvios *in melius* pretendidos pelo legislador nacional não podem significar um entrave ao bom funcionamento do mercado interno, estando, por conseguinte, a sua admissibilidade subordinada ao escrutínio judicial do teste da proporcionalidade em conformidade com os critérios próprios (e rígidos) da jurisprudência da União.

Para a explanação deste “modelo de harmonização” ou de protecção mínima escolhemos dois eixos problemáticos: a transmissão *ope legis* do contrato individual de trabalho ou de uma relação de trabalho para o transmissário em caso de transferência de empresa; e o destacamento transfronteiriço de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços. Mas fizemo-lo, conforme se verificou, não como *objectos* da dissertação: teriam de ser várias as dissertações para uma análise das suas múltiplas reparações. A consideração destes temas e destas Directivas foi feita, se assim o podemos dizer, de modo *instrumental*, enquanto domínios de realização (e limites) do modelo⁶⁵⁵.

Neste conspecto, procurou-se explicitar os elementos essenciais decorrentes da *Directiva dos Direitos Adquiridos* e da *Directiva sobre o Destacamento*

⁶⁵⁴ Neste sentido, Sabina Santos, *Direito do Trabalho e Política Social*, p. 101.

⁶⁵⁵ Como qualquer escolha, também esta implicou deixar de fora, pelo menos de forma explícita, outros frutuosos campos de observação, como sejam a Directiva 2003/88/CE, de 4 de Novembro de 2003, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho, ou as recentes Directivas constituintes da chamada *Agenda do Trabalho Digno* (Directiva 2019/1152, de 20 de Junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia e Directiva 2019/1158, de 20 de Junho de 2019, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores).

de Trabalhadores, tanto nos seus fundamentos e intencionalidade, como sobretudo nos modos de concretização nos distintos direitos nacionais e na mediação jurisprudencial. Buscámos reflectir, igualmente, sobre o quão ambiciosa terá sido (ou não) essa disciplina normativa por comparação com os *standards* domésticos previamente consagrados, bem como sobre a questão de saber se os actos transpositores dos Estados-membros teriam ou não conferido uma tutela mais efectiva aos trabalhadores europeus, porventura através da adopção de regras *in melius*.

Para o efeito, analisámos algumas formas de mediação levadas a cabo pelos Estados-membros. Daí as breves incursões de Direito Comparado, não tanto para descrever os termos legais dos diferentes sistemas, mas principalmente para saber se e em que medida as similitudes e divergências traduziriam ou não homologias ou contrastes substantivos.

Nesta linha, a dissertação deu devido relevo a alguns pontos particularmente problemáticos, como seja o conceito de transferência, e à questão do chamado “direito de oposição” do trabalhador à transmissão do seu contrato de trabalho. A consideração mais detida da recente solução legislativa portuguesa (Lei 14/2018) mostrou como este “tópico” representa, na sua medida, mais um sinal de “fractura” no processo de harmonização do direito laboral da União Europeia. Com efeito, demos conta da diversidade dos regimes legais domésticos existentes, designadamente o alemão, que há muito reconhece o direito de o trabalhador recusar a transferência automática do seu contrato para o adquirente, com a consequente manutenção do vínculo com o transmitente, sem que para isso tenha de invocar e comprovar quaisquer motivos justificativos, e que por esta razão se afasta da rigidez da regra portuguesa, e de tantos outros ordenamentos europeus onde sequer se prevê essa possibilidade.

O carácter heterogéneo que o cenário europeu nos revela permite constatar como a harmonização pretendida pela Directiva dos Direitos Adquiridos conduziu, em muitos casos, a uma certa uniformização minimalista das regras nela estabelecidas. Na verdade, a maior parte dos Estados-membros optou por não elevar os níveis de protecção do trabalhador, o que pode ter impacto tanto ao nível da concorrência, simplesmente porque as empresas tendem a operar em países com protecção laboral mais reduzida, como ainda no caso de transmissão transfronteiriça de empresa.

Conclusão semelhante pode ser extraída do exame da matéria sobre o destacamento transfronteiriço de trabalhadores no enquadramento ori-

ginário que encontrou no direito comunitário. A maioria esmagadora das legislaturas domésticas não só não elevou a fasquia de protecção dos trabalhadores destacados, como a implementação deficitária da Directiva por muitas delas deu azo a expedientes fraudulentos e à exploração do desacramento como instrumento de competitividade empresarial.

Claramente, o instável cenário europeu, agudizado com as assimetrias resultantes dos alargamentos a Leste, já não era informado por um modelo social, mas sim pelo *dumping* social. E os Estados-membros com formas de regulamentação mais protectivas viram-se obrigados, pela judicatura comunitária, a reduzi-las ao mínimo denominador comum.

Neste contexto, analisou-se, detidamente, os famosos arrestos do Tribunal de Justiça sobre os casos *Viking* e *Laval*. Estes julgamentos, e subsequente jurisprudência, tiveram, tal como vimos, um efeito sísmico na doutrina especializada, por terem representado um ponto de viragem na lógica de protecção do trabalhador europeu. As decisões revelam a inflexão metodológica das interpretações levadas a cabo pelo areópago do Luxemburgo no horizonte do Direito Primário e Derivado, com reflexos em questões constitucionais profundas, como o equilíbrio das competências entre Estados-membros e a União Europeia, e o alcance do modelo da harmonização ou de protecção mínima que, até então, se pretendia gizar.

A análise circunstanciada da jurisprudência da União permitiu vermos com mais abstração a maneira pela qual o Tribunal se posiciona em face das componentes sociais e económicas do direito do trabalho. Fica claro que o Tribunal de Justiça é um dos responsáveis pelo “enfraquecimento” deste ramo jurídico, principalmente por força das decisões proferidas nos casos *Viking*, *Laval*, *Ruffert*, *Comissão contra Luxemburgo* e *Alemo-Herrón*. Os arrestos condensam uma interpretação desreguladora que promove a visão neoliberal clássica, sustentadora de uma abordagem “minimalista” do domínio jurídico-laboral.

Outro Acórdão incontornável sobre essas “ondas de choque” reveladoras da crise da harmonização do direito do trabalho da União Europeia por via dos poderes interventivos do Tribunal de Justiça foi exarado no caso *AGET Iraklis*. Nele, o Tribunal seguiu o mesmo modelo tendencial dos casos *Viking*, *Laval*, *Ruffert*, *Comissão contra Luxemburgo* e *Alemo-Herron*. Em todos eles, o teste da proporcionalidade conduziu a um resultado negativo, e o Tribunal decidiu que as legislaturas nacionais em causa impunham uma limitação excessiva à liberdade de empresa da entidade patronal.

Na sequência desses julgamentos do Tribunal de Justiça, as regras jurídicas laborais domésticas em causa foram alteradas e a proteção acrescida dos trabalhadores foi suprimida. Assim, os Acórdãos *Laval*, *Ruffert*, *Comissão contra Luxemburgo*, *Alemo-Herron* e *AGET Iraklis* tiveram como consequência a limitação do modelo da *harmonização mínima*, impedindo a transposição das Directivas para o respectivo direito nacional numa forma que iria reforçar a sua função protectora.

Como se infere dessa linha jurisprudencial, o modelo da harmonização ou da proteção mínima pode produzir os mesmos efeitos práticos do da harmonização exaustiva, na medida em que não se admite a modificação do *standard* de proteção europeu (paradigma uniformizador).

Note-se que a fundamentação do Tribunal nesses casos expressa uma atitude comum em relação ao direito do trabalho. Em todos os casos, as normas laborais nacionais foram aferidas em face da liberdade de empresa do empregador e foram desprovidas da sua função protectora. Além disso, as decisões revelam uma opção ideológica do Tribunal, que foi visto novamente como um “actor político”, ao usar a sua autoridade interpretativa e judicial para prosseguir um modelo socioeconómico. Não deixa de ser paradoxal que o Tribunal se possa envolver, ainda que de forma implícita, em políticas que partem do princípio de que o trabalho tem um estatuto similar ao de uma qualquer mercadoria.

Impõe-se, pois, uma mudança de paradigma, *rectius*, no rumo jurisprudencial do Tribunal de Justiça, de modo a respeitar os direitos dos trabalhadores europeus. Ora, a referida jurisprudência revela que mesmo o reconhecimento pelo Direito Primário da União de direitos laborais nacionais reforçados não garante *de per si* a proteção substantiva desses mesmos direitos.

O Tribunal tem um papel fulcral a desempenhar na apreciação dos conflitos, definindo o conteúdo de direitos que, imersos no direito da União, sofrem um processo de mutação “morfológica” perante os contextos axiológicos das constituições internas, que ao contrário da ordem jurídica comunitária, não são dominados pelos valores da integração económica⁶⁵⁶.

A evolução do processo legiferante passou ainda pela consideração do modelo da harmonização reflexiva, por meio do qual a lei não procura atingir os seus objectivos através de prescrições directas, designadamente

⁶⁵⁶ Salvador Laurino, *O Modelo Social Europeu e a legitimação da União Europeia*, p. 688.

Directivas, mas sim por via da criação de poderes dirigidos aos diferentes actores nacionais e europeus, com vista à promoção de métodos regulatórios dinâmicos que permitam a adaptação periódica dos objectivos e das orientações económicas e sociais. Vimos que o MAC constitui um exemplo do modelo de “harmonização reflexiva” do direito do trabalho da União Europeia, porém com carácter não vinculativo (*soft law*). Trata-se de um mecanismo assente na fixação de directrizes, baseadas em indicadores quantitativos e qualitativos e em *benchmarks* que permitem à União identificar as melhores práticas domésticas realizadas no âmbito da política social, nomeadamente laboral. Uma vez estabelecidas essas linhas de orientação europeias, as mesmas são convertidas em políticas nacionais, e são objecto de monitorização periódica, avaliação e revisão por pares. Assim, o MAC traduz-se numa técnica de experimentação e aprendizagem mútuas. A extravasaçāo das competências da União, a ausência de escrutínio do Tribunal de Justiça e a inexistência de sanção contra Estados-membros que não acolhessem as linhas de orientação foram apenas alguns aspectos que contribuíram para os resultados decepcionantes do MAC no contexto da Estratégia Europeia para o Emprego.

Ainda que o modelo funcionasse perfeitamente, entendemos que a harmonização por meio de mecanismos de *hard law* continuaria a mostrar-se necessária⁶⁵⁷. Na realidade, em certos domínios jurídicos, como o laboral, os instrumentos vinculativos revelam-se fulcrais para o desenvolvimento de uma agenda política mais expressiva. A título exemplificativo, uma Directiva que proíbe a discriminação em razão da deficiência, não só confere um vector de defesa em favor dos trabalhadores que se sintam discriminados com base na sua deficiência, mas também oferece um importante indício de que a política de inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho constitui um compromisso sério da União. Dessa forma, a legislação estabelece os pilares para o alargamento das iniciativas programáticas nesta matéria (v. g. programas, estratégias, medidas de *soft law*, etc.).

Em suma, consideramos que a legislação, o diálogo social e o método aberto de coordenação, mais do que mecanismos compartimentados,

⁶⁵⁷ Fritz Scharpf, “The European Social Model: Coping with the Challenges of Legitimate Diversity”, p. 64; David Trubek / Louise Trubek, “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination”, p. 364; Claire Kilpatrick, “Hard and Soft Law in EU Employment Regulation”; Gráinne De Burca, “The Constitutional Challenge of New Governance”.

podem (e devem) ser incrementados conjuntamente no contexto laboral da União.

Não obstante a evolução constitucional da União, que de um código genético económico avançou no sentido político e social, o desequilíbrio entre os valores e os fins proclamados nos tratados e no conjunto de políticas europeias subsiste⁶⁵⁸. A disparidade existente entre “law in books” e “law in practice” não deriva somente da complexidade dos objectivos a alcançar e da fragilidade dos mecanismos de controlo das políticas europeias, mas sobretudo da falta de empenho político em encontrar um consenso sobre o modelo social europeu. Bem vistas as coisas, a debilidade dos meios de actuação do direito laboral da União ilustra o desinteresse dos actores políticos europeus em iniciativas comuns no domínio social que visem fazer face às assimetrias nesse campo. O reforço dos valores e objectivos sociais não se reflecte, aliás, em instrumentos adequados a concretizá-los. Daí que, apesar da constitucionalização das matérias de dimensão social, as políticas sociais e laborais seguem com um papel subordinado e complementar ao das políticas económicas, evidenciando com clareza que a dimensão social continua a ser o “weakest link” do projecto de integração. De todo o modo, a eficácia, intencionalidade e funções dos normativos estarão dependentes da interpretação conformadora que deles faz o Tribunal de Justiça.

Num contexto que se caracteriza pela contestação das conquistas historicamente alcançadas pelos trabalhadores, o futuro da política social europeia passa, em nosso entender, por um mercado de trabalho com uma legislação efectivamente *harmonizada no progresso*, mas, também, por um protagonismo sindical actuante, no fundo, por um poder político democrático, não só em termos estritamente políticos, como ainda em termos sociais e económicos.

Isto quer dizer que a União Europeia exige, de facto, que seja prosseguido o modelo de desenvolvimento histórico que é, sem dúvida, um dos elementos constitutivos da sua identidade, enquanto espaço de valores e de ideais humanistas⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ Como se viu, o preâmbulo do Tratado de Lisboa definiu os princípios sociais fundamentais da construção europeia, merecendo destaque o da justiça e protecção social, o da coesão social e a solidariedade entre os Estados-membros.

⁶⁵⁹ Enfatizando precisamente esta dimensão humanista do projecto europeu, v. José João Abrantes, “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão”, p. 175.

Ao longo da dissertação, procurámos explicitar o facto de a integração económica sem harmonização social implicar uma pressão incomportável para o desenvolvimento social dos Estados-membros mais desenvolvidos. Embora no passado o espectro do *dumping* social em larga escala não se tenha materializado, na União Europeia de hoje ocorrem casos flagrantes de condições de trabalho ilegais e de exploração da mão-de-obra barata – o destacamento de trabalhadores é um claro exemplo – resultantes da existência de lacunas na implementação doméstica da protecção social e laboral nos diferentes Estados-membros, redução da soberania legal dos Estados-membros e ausência de padrões sociais comuns numa União cada vez mais heterogénea⁶⁶⁰.

A superação desta realidade passa pela construção de um espaço que congrega os diversificados sistemas sociais e laborais internos, e pelo aprofundamento da integração económica e monetária já alcançada. A ausência de um apoio directo e efectivo aos sistemas sociais internos torna improvável a sustentabilidade de um “projecto neoliberal” assente numa moeda e num mercado único, como aliás o crescimento dos movimentos soberanistas têm vindo a demonstrar. Cabe à União desenvolver um modelo solidarístico de relações entre Estados-membros, baseado na partilha equilibrada e proporcionada dos custos e benefícios associados à pertença União⁶⁶¹.

Esse modelo, designado na doutrina por “*União Social Europeia*”, deve assentar em duas vertentes de solidariedade: solidariedade pan-europeia entre países e cidadãos da União, centrada em instituições supranacionais; solidariedade nacional, focada nas instituições locais⁶⁶². A discussão gravita em torno de argumentos normativos e funcionais: na primeira dimensão, destacam-se os princípios de solidariedade transnacional com fundamento na rede de laços de ligação entre Estados-membros; para a segunda frente, sustenta-se que a União monetária e o mercado único apenas podem fun-

⁶⁶⁰ O cenário caracteriza-se pelo aumento desenfreado das desigualdades e da precariedade das relações laborais e das condições de trabalho. O caminho mais consentâneo com a identidade europeia para superá-lo seria através do abandono da ideia de solidariedade competitiva e no avanço em direcção a uma União Social, que permita corrigir assimetrias – entre países credores e países devedores, entre governação monetária e políticas fiscais e orçamentais, entre direitos sociais e liberdades económicas. Neste sentido, Maurizio Ferrera, “The European Social Union”, p. 26 e ss.

⁶⁶¹ Salvador Laurino, *Direito do Trabalho e Política Social*, p. 692.

⁶⁶² Cf. os estudos compilados em *A European Social Union after the crisis*.

cionar de maneira adequada se existirem certos corolários sociais, nomeadamente a combinação de riscos e a existência de alguma correção de mercado por meio de uma “mão visível” centralizada.

Os elementos de suporte da solidariedade entre Estados seriam essencialmente dois: a fixação de *standards* mínimos comuns em matéria social e laboral; a previsão de formas institucionalizadas de transferência fiscal e redistribuição parcial de recursos entre Estados, quer para enfrentar crises económico-financeiras com impactos assimétricos, através de estabilizadores automáticos financiados por um adequado orçamento comum, quer para assegurar a coesão social e territorial europeia, tendo em vista o desenvolvimento equilibrado e sustentável de todos os países da União⁶⁶³.

“The European Union is a union of countries that aspire to be welfare states”⁶⁶⁴. Não se trata de uma utopia com mero valor retórico ou, pior, propagandístico, mas que prontamente se descarta em nome da *harsh reality* do economicismo, da *Realpolitik* tida por inevitável em face da globalização desregulada: realidade sempre *in fieri*, a União é também *decisão* a tomar, ajustando o processo de integração. A União não deve assentar num mercado estribado no *dumping* social, mas antes na coesão e convergência social, e no respeito pelos direitos laborais. A construção da União não pode fazer-se sem os trabalhadores nem muito menos contra eles.

⁶⁶³ Sobre o ponto, v. Maurizio Ferrera, “The European Social Union”, p. 27.

⁶⁶⁴ Frank Vandenbroucke, “The Idea of a European Social Union: Normative Introduction”, p. 1.

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

[Nota: Os casos são ordenados alfabeticamente]

Abler e outro – Processo C-340/01
ADIF – Processo C-509/14
Allen e outro – Processo C-234/98
Arblade – Processos apensos C-369/96 e C-376/96
Asklepios – Processo C-680/15
Berg / Besselen – Processos apensos C-144/87 e 145/87
Botzen e outros – Processo C-186/83
Bundesdruckerei – Processo C-549/13
Cassis de Dijon – Processo C- 20/78
Cátia Correia Moreira – Processo C 317/18
Čepelnik – Processo C-33/17
CLECE – Processo C-463/09
Collino e Chiappero – Processo C-343/98
Comissão contra Alemanha – Processo C-490/04
Comissão contra Alemanha – Processo C-244/04
Comissão contra Alemanha – Processo C-341/02
Comissão contra Áustria – Processo C-168/04
Comissão contra Bélgica – Processo C-355/98
Comissão contra Bélgica – Processo C-577/10
Comissão contra Conselho (IVA) – Processo C-533/03
Comissão contra Luxemburgo – Processo C-319/06
Comissão contra Luxemburgo – Processo C-445/03
Danieli, C. Officine Meccaniche e outros – Processo C-18/17
Danmols Inventar – Processo C-105/84
De Clercq e outros – Processo C-315/13
Dobersberger – Processo C-16/18
Dos Santos Palhota e outros – Processo C-515/08
D'Urso – Processo C-362-89

Essent Energie Productie – Processo C-91/13
Européces – Processo C-399/96
Ferreira da Silva e Brito – Processo C-160/14
Foreningen – Processo C-105/84
Finalarte – Processo C-49/98
Gebhard (Processo C-76/90^a).
Guiot – Processo C-272/94
Hernandez Vidal e o. – Processos apensos C-127/96, C-229/96 e C-74/97
Hidalgo – Processo C-173/96
Isbir – Processo C-522/12
Jouini – Processo C-458/05,
Juuri – Processo C-396/07
Katsikas e o. – Processos apensos C-132/91, C-138/91 e C-139/91
Klarenberg – Processo C-466/07
Laval – Processo C-341/05
Likenne – Processo C-172/99
Martin Meat – Processo C-586/13
Mazzoleni – Processo C-165/98
Merckx e Neuhuys – Processos C-171/94 e C-172/94
Österreichischer Gewerkschaftsbund – Processo C-328/13
Piscarreta Ricardo – Processo C-416/16
Portugaia – Processo C-164/99
Redmond Stichting C-29/91
RegioPost – Processo C-115/14
Rüffert – Processo C-346/06
Rush Portuguesa – Processo C-113/89
Rygaard – Processo C-48/94
Ságer – Processo C-76/90
Sähköalojen ammattiliitto Ry – Processo C-396/13
Scattolon – Processo C-108/10
Schmidt – Processo C-392/92
Securitas – Processo 200/2016
Silva e Brito e outro – Processo C-160/14
Sonia Govaerts – Processo C-344/18
Spijkers – Processo 24/85
Süzen – Processo C-13/95
Temco – Processo C-51/00
Unger –
Unionen – Processo C-36/15
Vander Elst – Processo C-43/93
Vicoplus – Processo C-307/09-309/09
Viking –Processo C-438/05
Wolff e Müller – Processo C-60/03

BIBLIOGRAFIA

1. Comentários

- The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary.*
Manuel Kellerbauer, Markus Klamert, and Jonathan Tomkin (eds). Oxford, Oxford University Press, 2019.
- International and European Labour Law. A Article-by-Article Commentary.*
Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, and Sophie Robin-Olivier (eds). Baden-Baden, Nomos, 2018.

2. Estudos

- Abrantes, José João. “Do Direito Civil ao Direito do Trabalho. Do liberalismo aos nossos dias”, *Direito do Trabalho – Ensaios*, Lisboa, Edições Cosmos, 1995, pp. 17-38.
- Abrantes, José João. “Do Tratado de Roma ao Tratado de Amsterdam – a caminho de um Direito do Trabalho europeu”, *Questões Laborais*, 16 (2000), pp. 162-175.
- Abreu, J. M. Coutinho de. *Empresa e o Empregador em Direito do Trabalho* (Separata dos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro), Coimbra, 1982.
- Amado, João Leal. *Contrato de trabalho*, 4^a ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- Amado, João Leal. *Contrato de Trabalho. Noções básicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

Amado, João Leal. “Transmissão da empresa e contrato de trabalho: algumas notas sobre o regime jurídico do direito de oposição”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 147º (2018), nº 4010, pp. 290-300.

Amado, João Leal. “Notas Introdutórias”, in *Direito do Trabalho – Relação Individual* (João Leal Amado, Catarina Gomes Santos, Milena Silva Rouxinol, Teresa Coelho Moreira e Joana Nunes Vicente), 2^a ed., Coimbra, Almedina, 2023, pp. 13-33.

Andenas, Maas / Andersen, Camilla Baasch / Ascherof, Ross “Towards a theory of harmonisation”, in *Theory and Practice Of Harmonization* (ed. by Maas Andenas and Camilla Baasch Andersen), Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 572-594.

Antunes, Margarida. “A economia social e o modelo económico europeu: o caso do mercado de trabalho”, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2011, pp. 1-23. Disponível em: <https://www.uc.pt/feuc/ceces/recursos/antunes2011>

Apps, Katherine. “Damages claims against trade unions after Viking and Laval”, *European Law Review*, 34 (2009), 1, pp. 141-154.

Arnall, Antony / Chalmers, Damien (eds.). *The Oxford Handbook of European*

- Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Arthurs, Harry. "Labour Law After Labour", in *The Idea of Labour Law* (ed. by Guy Davidov and Brian Langille), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 13-28.
- Arrigo, Gianni. *Diritto del lavoro dell'Unione Europea. Parte generale*, Varazze, PM edizioni, 2018.
- Parte generale Ashiagbor, Diamond / Countouris, Nicola / Lianos, Ioannis. *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Ashiagbor, Diamond. "EMU and the Shift in the European Labour Law Agenda: From 'Social Policy' to 'Employment Policy'", *European Law Journal*, vol 7, nº 3, (2001), pp. 311-330.
- Ashiagbor, Diamond. *Soft Harmonisation: Labour Law, Economic Theory and the European Employment Strategy*, Firenze, European University Institute, 2002.
- Ashiagbor, Diamond. *The European Employment Strategy: Labour Market Regulation and New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Ball, Sally. "The European Employment Strategy: The Will But Not the Way?", *Industrial Legal Journal*, vol. 30, nº 4, 2001, pp. 353-374.
- Baptista, Manuel Nascimento. "A jurisprudência do Tribunal de justiça da União Europeia e a defesa dos direitos dos trabalhadores no caso de transferência de empresas ou estabelecimentos", *Revista do Ministério Público*, nº 62, 1995, pp. 89-105.
- Baquero Cruz, Julio. *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- Barber, N. W. / Cahill, Maria / Ekins, Richard. (eds.). *The Rise and Fall of the European Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2019.
- Barcevičius, Egidijus / Weishaupt, J. Timo / Zeitlin, Jonathan. "Tracing the Social OMC from Its Origins to Europe 2020", in *Assessing the Open Method of Coordination: Institutional Design and National Influence of EU Social Policy Coordination* (ed. by Egidijus Barcevičius, J. Timo Weishaupt, and Jonathan Zeitlin), Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 16-39.
- Barcevičius, Egidijus. "Is the Social OMC Fit for Purpose? Adequacy and Institutional Design, 2006–2010", in *Assessing the Open Method of Coordination: Institutional Design and National Influence of EU Social Policy Coordination* (ed. by Egidijus Barcevičius, J. Timo Weishaupt, and Jonathan Zeitlin), Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 40-86.
- Barnard, Catherine / Deakin, Simon. "A year of living dangerously? EC social rights, employment policy, and EMU", *Industrial Relations Journal: European Annual Review* 30, No 4, (1999), pp. 355-372.
- Barnard, Catherine / Deakin, Simon. "Negative and Positive Harmonization of Labour Law in the European Union", *Columbia Journal of European Law* 8 (2002), pp. 389-412.
- Barnard, Catherine / Deakin, Simon / Morris, Gillian. (eds.). *The Future of Labour Law, Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2004.
- Barnard, Catherine. "EU Citizenship and The Principle of Solidarity", in *Social Welfare and EU Law*, (ed. by Eleanor Spaventa and Michael Dougan), Oxford and Portland, Hart Publishing, 2005, pp. 157-180.
- Barnard, Catherine. "Solidarity and New Governance in the Field of Social Policy",

- in *New Governance and Constitutionalism in Europe and the US* (ed. by Gráinne de Búrca and Joanne Scott), Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 153-178.
- Barnard, Catherine. (ed.). *The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2007.
- Barnard, Catherine. "Employment Law, the EC Treaty and the Services Directive", in *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations. Comparative and Interdisciplinary Perspectives* (ed. by Mia Rönnmar), Kluwer, 2008, pp. 137-68.
- Barnard, Catherine. "Viking and Laval: An Introduction", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 10 (2008), pp. 463-492.
- Barnard, Catherine. "Social Dumping or Dumping Socialism?", *The Cambridge Law Journal*, 67 (2008), No 2, pp. 262-264.
- Barnard, Catherine. "Internal Market v. Labour Market: A Brief History", in *European Union Internal Market and Labour Law: friends or foes?* (ed. by Marc De Vos), Portland, Intersentia, 2009, pp. 19-44.
- Barnard, Catherine. "Social Policy and the Shifting Sands of the Constitutional Order: The Case of Posted Workers", in *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood* (ed. Anthony Arnall, Catherine Barnard, Michael Dougan and Eleanor Spaenza), London, Hart Publishing, 2011, pp. 321-340.
- Barnard, Catherine. *EU Employment Law*, 4^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Barnard, Catherine. "The Charter, the Court – and the Crisis", Paper 18, Legal Studies Research – Paper Series, University of Cambridge – Faculty of Law, 2013, pp. 1-17.
- Barnard, Catherine. "EU Employment Law and the European Social Model: The Past, the Present and the Future", *Current Legal Problems*, 67 (2014), pp. 199-237.
- Barnard, Catherine. "More Posting", *Industrial Law Journal*, 43 (2014), No 2, pp. 194-2011.
- Barnard, Catherine. "The Silence of the Charter: Social Rights and the Court of Justice", in *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument. Five Years Old and Growing* (ed. Sybe de Vries, Ulf Bernitz, Stephen Weatherill), Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 173-188.
- Barnard, Catherine. "The calm after the storm: time to reflect on EU (labour) law scholarship following the decisions in *Viking* and *Laval*", in *Research Handbook on EU Labour Law* (ed. A. Bogg, C. Costello, A. Davies), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 337-359.
- Barnard, Catherine. *The Substantive law of the EU: the four freedoms*, 6^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.
- Barnard, Catherine. "Are social 'Rights' rights?", *European Law Journal*, 11, No 4 (2020), pp. 1-13.
- Bartl, Marija / Leone, Candida. "Minimum Harmonisation after Alemo-Herron: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review", *European Constitutional Law Review* 11 (2015), pp. 140-154.
- Baylos, Antonio. "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].
- Bercusson, Brian / Deakin, Simon / Koistinen, Pertti / Kravaritou, Yota / Mückenberger, Ulrich / Supiot, Alain / Veneziani, Bruno. "A Manifesto for

- Social Europe”, *European Law Journal* 3 (1977), pp. 189-205.
- Bercusson, Brian. “Democratic Legitimacy and European Labour Law”, *Industrial Law Journal* 28 (1999), pp. 153-170.
- Bercusson, Brian. “The Dynamic of European Labour Law after Maastricht”, *Industrial Law Journal* 23 (1994), pp. 1-31.
- Bercusson, Brian. “The Full Monti: Stripping Away Strikers’ Rights”, *Thompson’s Labour and European Law Review*, 20 (1998), pp. 4-5.
- Bercusson, Brian. “Labour Regulation in a Transnational Economy”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 6 (1999), pp. 244-270.
- Bercusson, Brian. *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Baden- Baden, Nomos, 2006.
- Bercusson, Brian. “The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day”, *European Law Journal* 3 (2007), pp. 279-308.
- Bercusson, Brian. “Collective Action and Economic Freedoms: Assessment of the Opinions of the Advocates General in Laval and Viking and Six Alternative Solutions”, Brussels, European Trade Union Institute, 2007.
- Bercusson, Brian. “The Lisbon Treaty and Social Europe”, *ERA Forum*, 10 (2009), pp. 87-105.
- Bercusson, Brian. *European Labour Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Bernard, Nick. “Between a Rock and a Soft Place: Internal Market versus Open Co-ordination in EU Social Welfare Law”, in *Social Welfare and EU Law* (ed. by Eleanor Spaventa and Michael Dougan), Oxford and Portland, Hart Publishing, 2005, pp. 262-286.
- Biagi, Marco. “The “Posted Workers’ EU Directive””, in *The Bulletin of Comparative* *Labour Relations in the European Union* (ed. by R. Blanpain), 1998, pp. 173-180.
- Biondi, Andrea / Rubini, Luca. “Aims, Effects and Justifications: EC State Aid Law and Its Impact on National Social Policies”, *Social Welfare and EU Law* (ed. by in E. Spaventa and M. Dougan), Oxford and Portland, Hart Publishing, 2005, pp. 79-103.
- Blackett, Adell. “Emancipation in the Idea of Labour Law”, in Guy Davidov and Brian Langille (eds), *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 420-435.
- Blanpain, Roger. *European Labour Law*, 14^a ed., Kluwer, 2014.
- Bobek, Michael, “The Court of Justice of the European Union”, in *The Oxford Handbook of European Union Law*, (ed. by Anthony Arnulf and Damien Chalmers), Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 153-177.
- Bobek, Michal. “EU Law in National Courts: Viking, Laval and Beyond” in *Viking, Laval and Beyond* (ed. by Marc Freedland and Jeremias Prassl), Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 323-337.
- Bogaard, Hélène, “The Netherlands”, in *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (ed. by Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, and Tim Marshall), Berlin, Springer, 2016, pp. 287-312.
- Bogg, Alan / Costello, Cathryn / Davies, Anne / Prassl, Jeremias. (eds.). *The Autonomy of Labour Law*, Oxford, Hart Publishing, 2015.
- Boodman, Martin. “The Mith of Harmonizations of Laws”, *American Journal of Comparative Law*, 39 (1991), No 4, pp. 699-724.
- Bottero, Matteo. *Posting of Workers in EU Law: Challenges of Equality, Solidarity*

- and Fair Competition* (Bulletin of Comparative Labour Relations Volume 108), Kluwer, 2020.
- Brameshuber, Elisabeth. "Balancing vs. Preservation of Rights under the Acquired Rights Directive", *Industrial Law Journal* (2016), pp. 1-12.
- Bruun, Niklas / Laulom, Sylvaine. "Restructuring of Companies", in *European Labour Law* (ed. by T. Jaspers, F. Penning, and S. Peters), Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 309-372.
- Bruun, Niklas / Lörcher, Klaus / Schömann, Isabelle. (eds.). *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- Bruun, Niklas / Lörcher, Klaus / Schömann, Isabelle. *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2014.
- Bruun, Niklas. "The European Employment Strategy and the 'Acquis Communautaire' of Labour Law", *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* 17 (2011), No 3, pp. 309-324.
- Busby, Nicole / Zahn, Rebecca. "European labour law in crisis: the demise of social rights", *Contemporary Issues in Law* 12, No 2 (2013), pp. 173-192.
- Büchs, Milena. *New Governance in European Social Policy. The Open Method of Coordination*, New York, Palgrave Macmillan, 2007.
- Bücker, Andreas / Warneck, Wiebke. *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking*, Berlin, Nomos, 2011.
- Burroni, Luigi / Keune, Maarten. "Flexicurity: A conceptual critique", *European Journal of Industrial Relations* 17 (2011), No 1, pp. 75-91.
- Callewaert, Johan. "The European Convention on Human Rights and European Union Law: a Long Way to Harmony", *European Human Rights Law Review*, 2009, pp. 768-783.
- Campos, J. Mota de / Campos, João Luís. *Manual de Direito Europeu*, 6^a ed., Coimbra, 2010.
- Canotilho, J. J. Gomes / Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa*, 4^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- Canotilho, Mariana. "Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação", in *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União* (coord. de Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Froufe), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 883-944.
- Carinci, Franco / Pizzoferrato, Alberto (a cura di). *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, 2^a ed., Giappichelli, 2018.
- Carter, Daniel. "Equal Pay for Equal Work in the same Place? Assessing the Revision to the Posted Workers Directive", *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2018, pp. 31-68. [disponível em <https://hrcak.srce.hr/file/317577>]
- Caruso, Bruno. "I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?", Biblioteca '20 Maggio' 2(2008), pp. 38-69.
- Carvalho, Catarina O. "Admissibilidade de um acordo entre transmitente e transmissário no sentido de excluir a transmissão de contratos de trabalho", *Questões Laborais* 10 (2003), No 21, pp. 99-105.
- Carvalho, Catarina O. "Algumas questões sobre a empresa e o Direito do Trabalho no novo Código do Trabalho", in *A reforma do Código do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 462-474.
- Carvalho, Sónia. "Algumas notas acerca das consequências juslaborais decorrentes da cisão e fusão das sociedades", *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* 83 (2017), No 4, pp. 339-365.

- Clauwert, Stefan. "A new legislative agenda for the EU: putting meat on the bones after all?", in *Social policy in the European Union: state play 2018* (edited by Bart Vanhercke / Dalila Ghailani / Sebastian Sabato), European Trade Union Institute (ETUi)/ European Social Observatory (ESZO), Brussels, 2018, pp. 73-96.
- Collins, Hugh. "The Impossible Necessity of a European Labour Law", in *The Law of the Future and the Future of Law* (ed. by Sam Muller, Stavros Zouridis, Morly Frishman, and Laura Kistemaker), Oslo, Torkel Opsahl, 2011, pp. 453-466.
- Collins, Hugh. "Theories of Rights as Justification for Labour Law", in *The Idea of Labour Law* (ed. by Guy Davidov and Brian Langille), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 137-155.
- Cordeiro, A. Menezes. *Direito do Trabalho – II – Direito individual*, Coimbra, Almedina, 2019.
- Corti, Matteo "Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro per l' Europa sociale", *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 27 (2008), pp. 249-286.
- Cosio, Roberto. "Appalti e trasferimenti d'impresa. Il trasferimento dell'impresa a due cessionari", pp. 1153-1159.
- Countouris, Nicola. "European Social Law as an Autonomous Legal Discipline", *Yearbook of European Law* 28, No.1, (2009), pp. 95-122.
- Countouris, Nicola / Englbom. "Civilising the European Posted Workers Directive", in *Viking, Laval and Beyond* (ed. by Marc Freedland and Jeremias Prassl), Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 279-293.
- Craig, Paul. "The Legal Effect of Directives: Policy Rules and Exception", *European Law Review*, 34 (2009), pp. 349-377.
- Craig, Paul / De Burca, Grainne (eds). *The Evolution of EU Law*, 2^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Cremers, Jan / Dølvik, Jon Erik / Bosch, Gerhard. "Posting of workers in the single market: attempts to prevent social dumping and regime competition in the EU", *Industrial Relations Journal* 6 (2007), pp. 524-541.
- Cremers, Jan. *In Search of Cheap Labour in Europe: Working and living conditions of posted workers*, Brussels: CLR/EFBWW/ International Book, 2011.
- Cremona, Marise (ed.) *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Cremona, Marise / Kilpatrick, Claire (eds.). *EU Legal Acts. Challenges and Transformations*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- Cunha, Paulo de Pitta e. (2013). *Sombras sobre a integração europeia*. Coimbra: Coimbra Editora.
- D'Antona, Massimo. (1996). "Sistema giuridico comunitario", in *Dizionario di diritto del lavoro comunitario* (ed. Antonio Baylos Grau, Bruno Caruso, Massimo D'Antona and Silvana Sciarra), Mondadori, pp. 3-46.
- Danise, Philippe / Béthenod, Marie-Astrid. "France", in *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (ed. by Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, and Tim Marshall), Berlin, Springer, 2016, pp. 181-204.
- Dashwood, Alan. (2008). "Viking and Laval: Issues of Horizontal Direct Effect", *Cambridge YearBook of European Legal Studies*, pp. 525-540.
- David, René, L'avenir des droits européens: unification ou harmonisation", in *Le droit compare: droits d'hier, droits de demain*, Paris, Economica, 1982, pp. 295

- Davidov, Guy, "Re-Matching Labour Laws with their Purpose", in *The Idea of Labour Law* (ed. by Guy Davidov and Brian Langille), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 179-189.
- Davies, Anne. "How has the Court of Justice changed its management and approach towards the social *acquis*? ", *European Constitutional Law Review*, 14, (2018), pp. 154-171.
- Davies, Anne. "One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ", *Industrial Law Journal*, 37, No 2 (2008), pp. 126-148.
- Davies, Paul. "Posted Workers: Single Market Or Protection of National Labour Law Systems?", *Common Market Law Review*, 34 (1997), No 3, pp. 571-602.
- Davies, Paul. "Transfer of Undertakings. Part I. Preliminary Remarks", in *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice* (ed. by Silvana Sciarra), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 131-144.
- Dawson, Mark. / Enderlein Henrik / Georges, Christian. (eds.). *Beyond the Crisis. The Governance of Europe's Economic, Political and Legal Transformation*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Dawson, Mark. *New Governance and the Transformation of European Law: Coordinating EU Social Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- De Búrca, Gráinne (ed.). *EU Law and the Welfare State: In search of Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- De Búrca, Grainne / De Witte, B. (eds.). *Social Rights in Europe*, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- De Búrca, Gráinne / Weiler, Joseph H. (eds.). *Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- De Schutter, Oliver / Deakin, Simon. (eds.). *Social Rights and Market Forces: Is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe?*, Brussels, Bruylant, 2005.
- De Vos, Marc. "Flexicurity and the European Globalisation Adjustment Fund: Propaganda or Panacea", in *European Union Internal Market and Labour Law: friends or foes?*, (ed. by Marc De Vos), Portland, Intersentia, 2009, pp. 105-133.
- Deakin, Simon / Rogowski, Ralf. "Reflexive Labour Law, Capabilities and the Future of Social Europe", in *Transforming European Employment Policy – Labour Market Transitions and the Promotion of Capability* (ed. by R. Rogowski, R. Salais, and N. Whiteside), Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 229-254.
- Deakin, Simon. "'Capability' Concept and the Evolution of European Social Policy", in *Social Welfare and EU Law* (ed. by Eleanor Spaventa and Michael Dougan), Oxford and Portland, Hart Publishing, 2005, pp. 2-23.
- Deakin, Simon. "Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy", in *European Community Labour Law: Principles and Perspectives: Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton*, ed. by Paul Davies, Antoine Lyon-Caen, Silvana Sciarra, and Spiros Simitis, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 75.
- Deakin, Simon. "The contribution of Labour Law to Economic and Human Development", in *The Idea of Labour Law* (ed. by Guy Davidov and Brian Langille), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 156-178.
- Deakin, Simon. 2012. "The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's 'Social Market

- Economy”, in *The Lisbon Treaty and Social Europe* (ed. by Niklas Bruun, Klaus Lörcher, and Isabelle Schömann), Oxford, Hart Publishing, pp. 19–43.
- Defossez, Alexandre. *Le dumping social dans l’Union européenne*, Brussels, Larcier, 2014.
- Defossez, Alexandre. “Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services”, in *International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary* (ed. by Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, and Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden, Nomos, pp. 643-664.
- Defossez, Alexandre. “Directive 2014/67/EU on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services”, in *International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary* (ed. by Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, and Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden, Nomos, pp. 643-664
- Dembour, Marie-Benedict. “Harmonisation and the Construction of Europe: Variations away from a Musical theme”, *EuI Working Paper 4* (1996), European University Institute, San Domenico, pp. 2-29.
- Dorssemont, Filip / Jaspers, Teun / Hoek, Aukje van (eds.). *Cross-Border Collective Actions in Europe: A Legal Challenge. A Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective*, Portland, Intersentia, 2007.
- Dorssemont, Filip. “The right to take collective action v. fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking: Foes are forever!”, in *European Union Internal Market and Labour Law: friends or foes?* (ed. by Marc De Vos), Portland, Intersentia, 2009, pp. 45-101.
- Dougan, Michael / Spaventa, Eleanor. (eds.). *Social Welfare and EU Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005.
- Dougan, Michael. “Minimum Harmonization and the Internal Market”, *Common Market Law Review* 37 (2000), pp. 853-885.
- Dougan, Michael. *National Remedies Before the Court of Justice: Issues of Harmonisation and Differentiation*, Oxford, Hart Publishing, 2004.
- Douglas-Scott, Sionaidh. “A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis”, *Common Market Law Review*, 43 (2006), pp. 629-665.
- Duarte, Maria Luísa. *Direito da União Europeia: lições desenvolvidas*, Lisboa, AAFDL Editora, 2021.
- Duarte, Maria Luísa. *União Europeia. Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*, Vol. I, 4^a reimpr., Coimbra, Almedina, 2017.
- Duarte, Maria Luísa. “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: natureza e meios de tutela”, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço* (coord. Rui Manuel de Moura Ramos et al.), Vol. I, Coimbra, Almedina, 2002, pp 723-755.
- Duarte, Maria Luísa, “Direito de residência dos trabalhadores comunitários e medidas de exceção: Reflexão sobre o significado do estatuto de trabalhador-cidadão na União Europeia”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* Vol. 39, no 2 (1998), pp. 497-509.
- Duarte, Maria Luísa. *A cidadania da União e a responsabilidade dos estados por violação do direito comunitário*, Lex, 1994.
- Dukes, Ruth. “Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law”, in *The Idea of Labour Law* (ed. by Guy Davidov and Brian Langille), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 57-68.

- Enes, M. Graça. *Unidade e Diferenciação no Direito da União Europeia – A diferenciação como um princípio estruturante do sistema jurídico da União*, Coimbra, Almedina, 2017.
- Englebrekt, Antonina Bakardjieva, / Grousot, Xavier (eds.). *The Future of Europe. Political and Legal Integration Beyond Brexit* (Swedish Studies in European Law, XIII), Oxford, Hart Publishing, 2019.
- Enkigaard, Jonas / Friss, Kristine. “Denmark”, in *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (ed. by Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, and Tim Marshall), Berlin, Springer, 2016, pp. 145-180.
- Estlund, Cynthia L. “The Death of Labor Law?”, *Annual Review of Law and Social Sciences* 2 (2006), pp. 105–123.
- Evju, Stein. “Revisiting the Posted Workers Directive: Conflict of Laws and Laws in Contrast”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 12 (2010), pp. 151-182.
- Evju, Stein. “Labour is not a commodity: Reappraising the origins of the maxim”, *European Labour Law Journal*, 4 (2013), No 3, pp. 222-229.
- Falcão, David / Tomás, Sérgio Tenreiro. “Transmissão da Unidade Económica e suas Implicações no Contrato de Trabalho: Jurisprudência do TJUE e Jurisprudência Nacional”, *Questões Laborais*, nº 50 (2017), pp. 19-36.
- Falcão, David / Tomás, Sérgio Tenreiro. “Algumas notas sobre o regime jurídico aplicável à transmissão de empresa ou estabelecimento à luz da Lei nº 14/2018, de 19 de Março”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2018, I, pp. 105-116.
- Falkner, Gerda / Treib, Oliver / Hartlapp, Miriam / Leiber, Simone. *Complying with Europe: EU Harmonisation and Soft Law in the Member States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Faro, Antonio Lo. “Judicial Developments of EC Social Policy and Intra-community Institutional Dialogues: How to Define a “Legal Transfer”?”, in *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice* (ed. by Silvana Sciarra), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 210-229.
- Feeenstra, Sjoerd. “How can the Viking / Laval conundrum be resolved? Balancing the Economic and the Social: One Bed for Two Dreams?”, in *a European Social Union After the Crisis* (edited by Frank Vandenbroucke / Catherine Barnard / Geert De Baere), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 406-408.
- Fehéa, Helga. “Hungary”, in *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (ed. by Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, and Tim Marshall), Berlin, Springer, 2016, pp. 235-260.
- Fernandes, António Monteiro. “A europeização do Direito do Trabalho”, in *Novos Territórios do Direito: Europeização, Globalização e Transformação da Regulação jurídica*, ed. Maria Eduarda Gonçalves e Pierre Guibentif, Lisboa, Principia, 2008, pp. 63-84.
- Fernandes, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 18^a ed., Coimbra, Almedina, 2017.
- Fernandes, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 19^a ed., Coimbra, Almedina, 2019.
- Fernandes, António Monteiro “Alguns aspectos do novo regime jurídico laboral da transmissão de empresa ou estabelecimento”, *Questões Laborais*, 25 (2018), nº 53 pp. 7-41.
- Fernandes, Francisco Liberal, *O conceito de trabalhador no direito social comunitário*, Gestlegal, 2019.

- Fernandes, Francisco Liberal, *O Destaqueamento de Trabalhadores na União Europeia. (Directiva 96/71 Revista)*, Gestlegal, 2021.
- Fernandes, Francisco Liberal. “Aspectos da interferência do direito social comunitário no direito laboral português, in *Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 417-494.
- Fernandes, Francisco Liberal. “Harmonização social no direito comunitário: a directiva 77/187/CEE, relativa à transferência dos trabalhadores de empresa. Suas implicações no direito português”, in *AB VNOAD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 1323-1354.
- Fernandes, Francisco Liberal. “Transferência de trabalhadores e denúncia de convenção colectiva – o problema da aplicação do artigo 9º do DL nº 519-C1/79, de 29-12”, *Questões Laborais* 3 (1996), No. 7, pp. 95-114.
- Fernandes, Francisco Liberal. “Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do art. 37º da LCT conforme o direito comunitário”, *Questões Laborais* 6 (1999), No. 14, pp. 213-240.
- Fernandes, Sofia. “What is our ambition for the European Labour Authority?”, Notre Europe Jacques Delors Institute, Policy Paper, 219, Brussels, 2018. Disponível em: WhatAmbitionfortheEuropeanLabourAuthority-Fernandes-March18.pdf (institutdelors.eu)
- Ferrera, Maurizio. “The European Social Union: how to piece it together?”, in *Social policy in the European Union: state of play 2018* (edited by Bart Vanhercke / Dalila Ghailani / Sebastian Sabato), European Trade Union Institute (ETUI)/ European Social Observatory (ESZO), Brussels, 2018, pp. 17-34.
- Ferrari, Delia / Cortese, Fulvio. (eds.). *The EU Social Market Economy and the Law. Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, Abingdon, Routledge, 2019.
- Frantziou, Eleni. “Case C-176/12 Association de Médiation Sociale: Some Reactions on the Horizontal Effect of the Charter and the Reach of Fundamental Employment Rights in the European Union”, *European Constitutional Law Review* 10 (2014), No. 2, pp. 332-348.
- Frantziou, Eleni. “Most of the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable ECJ 6 November 2018, Joined Cases C-569/16 and C-570/16”, *European Constitutional Law Review* 15 (2019), pp. 306-323.
- Frantziou, Eleni. “The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality”, *European Law Journal* 21 (2015), No. 5, pp. 657-679.
- Freedland, Mark / Prassl, Jeremias. “*Viking, Laval and Beyond: An Introduction*”, in *Viking, Laval and Beyond* (ed. by Marc Freedland and Jeremias Prassl), Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 1-20.
- Freire, Paula Vaz. “A União Europeia em busca de um modelo de economia social de mercado”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha* (coord. Jorge Miranda et al.), Vol. 1, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 1021-1031.
- Fudge, Judy. “Labour as a ‘Fictive Commodity’: Radically Reconceptualizing Labour Law”, in *The Idea of Labour Law* (ed. by Guy Davidov and Brian Langille), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 120-136.
- Garben, Sacha / Govaere, Inge (eds.). *The EU Better Regulation Agenda. A Critical*

- Assessment, Oxford, Hart Publishing, 2018.
- Garben, Sacha. "The European Pillar of Social Rights: An Assessment of its Meaning and Significance", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 21 (2019), pp. 101-127.
- Garde, Amandine / Mahé, Sophie. "L'affaire Viking: dans quelle mesure une action syndicale collective peut-elle constituer un obstacle à la liberté d'établissement?", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* No. 525 (2009), pp. 97-106.
- Garde, Amandine. "Partial Harmonisation and European Social Policy: A Case Study on the Acquired Rights Directive", *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 5 (2002), pp. 173-93.
- Giubboni, Stefano. *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution: a Labour Law Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- Giubboni, Stefano. "Social Rights and Market Freedom in the European Constitutional: a Re-Appraisal", *European Labour Law Journal* 1 (2010) pp. 161-184.
- Giubboni, Stefano. "Europe's Crisis-Law and the Welfare State. A Critique", *European Labour Law Journal* 6 (2015) pp. 5-19.
- Giubboni, Stefano. "Being a worker in EU law", *European Labour Law Journal* 20 (2018), pp. 1-13.
- Giubboni, Stefano. "Freedom to conduct a business and EU labour law", *European Constitutional Law Review* 14 (2018), pp. 172-190.
- Giubboni, Stefano. "The Rise and Fall of EU Labour Law", *European Law Journal* 24 (2018), pp. 7-20.
- Gomes, José Luís Caramelo. *Lições de Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2016.
- Gomes, Júlio "O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão do estabelecimento do direito do trabalho: o art. 37º da LCT e a Directiva de 14 de Fevereiro de 1977, 77/187/CEE", *Revista de Direito e de Estudos Sociais* 11 (1996), pp. 77-194.
- Gomes, Júlio. "A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão das empresas, estabelecimentos ou partes de estabelecimentos: inflexão ou continuidade?", *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, 1, 2001, p. 481 ss.;
- Gomes, Júlio. "Algumas notas sobre o direito à greve e a sua evolução ao nível europeu", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Monográfico 1 (2017), pp. 157-189.
- Gomes, Júlio. "Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho" in *Novos estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 89-119.
- Gomes, Júlio. "Comentário de urgência", *Revista de Direito e Estudos Sociais* 45 (2004), pp. 213-219.
- Gomes, Júlio. "Algumas reflexões críticas sobre a Lei nº 14/2018 de 19 de março", *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2018, I, pp. 75-104.
- Gomes, Júlio. "Quando a lei parte e reparte o contrato de trabalho – anotação ao acórdão do TJ de 26 de março de 2020, Processo C-344/18, ISS Facility Services NV contra Sonia Govaerts, Atalian NV, anteriormente Eurocean NV", *Revista Internacional de Direito do Trabalho* 1 (2021), No 2, pp. 409-442. (disponível em linha, https://idt.fduisboa.pt/wp-content/uploads/2021/08/ridt2_11.pdf)
- Gomes, Júlio. "Albran Catering e a relação laboral sem contrato", *Questões Laborais* 39 (2012), pp.127-135.

- Gomes, Júlio. "ADIF e Asklepios – algumas notas sobre dois Acórdãos do TJ em matéria de transmissão de unidade económica", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2017, pp. 107-116.
- Gomes, Júlio / Frada, António Carneiro da. "Algumas questões – e poucas respostas – sobre a transmissão transfronteiriça de unidade económica", *Prontuário do Direito do trabalho*, 2018, pp. 131-155
- Gorjão-Henriques, Miguel. *Direito Comunitário*, 5^a ed., Coimbra, 2008.
- Gorjão-Henriques, Miguel. *Direito da União: história, direito, mercado interno e concorrência*, 9^a ed., Coimbra, Almedina, 2019.
- Graells, A. (ed.). *Smart Public Procurement and Labour Standards. Pushing the Discussion after RegioPost*, Oxford, Hart Publishing, 2018.
- Govaere, Inge. "Modernisation of the Internal Market: Potential Clashes and Crossroads with other Policies", in *European Union Internal Market and Labour Law: friends or foes?* (ed. by Marc De Vos), Portland, Intersentia, 2009, pp. 3-17.
- Habermas, Jürgen. *The Crisis of the European Union. A Response*, Cambridge, Polity Press, 2012.
- Hall, Mark. "The Social Charter Action Programme: Progress and Prospects", *Industrial Law Journal* 20 (1991), pp. 147.
- Hantel, Peter. *Europäisches Arbeitsrecht: Mit zahlreichen Beispielsfällen aus der Rechtsprechung des EuGH*, 2. Aufl., Wien, Springer, 2019.
- Hardy, Stephen / Painter, Richard. "Revising the Acquired Rights Directive", *Industrial Law Journal*, 25 (1996), No 2, pp. 160-168.
- Hatzidaki-Dahström, Lea. "The Latvian building worker: social dumping or social protectionism? The ambiguities of the Laval case", *Revue Hellénique de Droit International* 60 (2007), pp. 139-151.
- Hatzopoulos, Vassilis. "Why the Open Method of Coordination is Bad for you: A Letter to the EU", *European Law Journal*, Vol. 13, n. 3, 2007, pp. 309-342.
- Heidenreich, Martin / Zeitlin, Jonathan. (eds.). *Changing European Employment and Welfare Regimes: The Influence of the Open Method of Coordination on National Reforms*, London, Routledge, 2010.
- Hellsten, Jari. *From Internal Market Regulation to European Labour Law* (Ph. D. dissertation, Faculty of Law, University of Helsinki), 2007.
- Henckel, Kirsten. *Cross-Border Transfers of Undertakings: A European Perspective*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2017.
- Hendrickx, Frank. "A Post-Laval Case: Esa And Minimum Wages For Posted Workers", *European Labour Law Journal* 6 (2015), No. 1, pp. 2-4.
- Hendrickx, Frank. "Regulating new ways of working: From the new 'wow' to the new 'how'", *European Labour Law Journal* 9 (2018), No 2, pp. 195-205.
- Hendrix, C. "The Services Directive and Social Dumping: National Labour Law under Strain", in *The Services Directive – Consequences for the Welfare State and the European Social Model* (ed. by Ulla Boegh Neergaard, Ruth Nielsen, and Lynn M. Roseberry), Copenhagen, DJOF Publishing, 2008, pp. 243-258.
- Henriques, Fabrícia Almeida. "Transmissão do estabelecimento e flexibilização das relações de trabalho", *Revista da Ordem dos Advogados* 61 (2001), pp. 969-1038.
- Hepple, Bob (ed.). *The making of Labour Law in Europe*, London and New York, Mansell, 1986.
- Hepple, Bob. "Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe", in *The Idea of Labour Law* (ed. by Guy Davidov and Brian Langille), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 30-41.

- Hepple, Bob. "The Crisis in EEC Labour Law", *Industrial Law Journal* 16 (1987), pp. 77-87.
- Hervey, Tamara. *European Social Law and Policy*, London, Longman, 1998.
- Hodson, Dermot / Maher, Imelda. "The Open Method as a New Mode of Governance – The use of Soft Economic Policy Co-ordination", *Journal of Common Market Studies* 39 (2001), No. 4, pp. 719-746.
- Hoek, Aukje A. "Re-embedding the trans-national employment relationship: A tale about the limitations of (EU) law?", *Common Market Law Review*, 55 (2018), No. 2, pp. 449-48.
- Hoek, Aukje A. / Houwerzijl, Mijke. "Comparative Study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union", Report to the European Commission, 2011.
- Hoek, Aukje A. / Houwerzijl, Mijke. "Where do EU mobile workers belong, according to Rome I and the (E)PWD", in *Residence, employment and social rights of mobile persons: on how EU law defines where they belong* (ed. by H. Verschueren), Antwerp, Intersentia, 2016, pp. 215-253.
- Hoek, Aukje A. "The Social Dialogue as a Source of EU Legal Acts – Past Performance and Future Perspectives", in *EU Legal Acts: Challenges and Transformations* (ed. by M. Cremona and C. Kilpatrick), Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 128-156.
- Hos, Nikolett, The Principle of Proportionality in the Viking and Laval Cases: An Appropriate Standard of Judicial Review? (April 9, 2009). *EUI Working Papers Law* No. 2009/06 [disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1553158>]
- Houwerzijl, Mijke / Schrauwen, A. "From Competing to Aligned Narratives on Posted and Other Mobile Workers within the EU?", in *Towards a Decent Labour Market for Low Waged Migrant Workers* (ed. by Conny Rijken and Tesseltje de Lange), Amsterdam, Amsterdam University Press, 2018, pp 81-108.
- Houwerzijl, Mijke / Verschueren, Herwig. "Free Movement of (posted) Workers and Applicable Labour and Social Security Law", in *European Labour Law* (ed. by T. Jaspers, F. Pennings, and S. Peters), Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 45-130.
- Hunt, Jo. "The Court of Justice as a policy actor: the case of the Acquired Rights Directive", *Legal Studies*, 18 (2006), No 3, pp. 336-359.
- Jacobs, Antoine. *Labour and the law in Europe – A Satellite View on Labour Law and Social Security Law in Europe*, Oisterwijk, Wolf Legal, 2011.
- Jaspers, Teun / Pennings, Frans / Peters, Saskia. *European Labour Law*, Cambridge, Intersentia, 2019.
- Joerges, Christian. "What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy", *European Law Review* 30, No. 4, (2005), pp. 461-489.
- Joerges, Christian / Petersmann, Ernst-Ulrich (eds.). *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford, Hart Publishing, 2006.
- Joerges, Christian / Rödl, Florian. "Informal Politics, Formalized Law and the 'Social Deficit' of European Integration: Reflections after the Judgements of the ECJ in Viking and Laval", *European Law Journal* 15, No. 1, (2009), pp. 1-19.
- Jorens, Yves. *Cross-border EU Employment and its Enforcement: An Analysis of the Labour and Social Security Law Aspects and a Quest for Solutions*, Switzerland, Springer, 2022.
- Kaufmann, C. *Globalisation and Labour Rights*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007.

- Kenner, Jeff. *EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2003.
- Kenner, Jeff. "New Frontiers in EU Labour Law: From Flexicurity to Flex-Security", in *50 Years of the European Treaties. Looking Back and Thinking Forward* (ed. by Michael Dougan and Samantha Currie), Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 279-310.
- Kilpatrick, Claire. "British Jobs for British Workers? UK Industrial Action and Free Movement of Services in EU Law", LSE Working Paper No 16 (2009).
- Kilpatrick, Claire. "Laval's regulatory conundrum: collective standard-setting and the Court's new approach to posted workers", *European Law Review* 34 (2009), pp. 844-865.
- Kilpatrick, Claire. "The displacement of Social Europe: a productive lens of inquiry", *European Constitutional Law Review* 14 (2018), pp. 62-74.
- Kirchner, Jens / Morgenroth, Sascha. "European Union Law", in *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (ed. by Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, and Tim Marshall), Berlin, Springer, 2016, pp.3-38.
- Kirchner, Jens / Morgenroth, Sascha. "Germany", in *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (ed. by Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, and Tim Marshall), Berlin, Springer, 2016, pp.205-234.
- Klamert, Markus. "What We Talk About When We Talk About Harmonisation", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 17 (2015) , pp. 360 – 379
- Klein, Theodore / Leist, Dominik. "Nationales Arbeitsrecht und negative Integration, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2017, pp. 468-476.
- Kocher, Eva. *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Berlin, Nomos, 2020.
- Konstadinides, Theodore. *Division of Powers in European Union Law: The Delimitation of Internal Competence between the EU and the Member States*, The Hague, Kluwer, 2009.
- Komazov, Alexander. "Social Rights, the Charter, and the ECHR: Caveats, Austerity, and Other Disasters", in *A European Social Union after the crisis* (edited By Frank Vandenbroucke / Catherine Barnard / Geert De Baere), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 408-433.
- Koutrakos, Panos / Shuibhne, Niamh Nic / Syrpis, Phil (eds.). *Exceptions from EU Free Movement Law. Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford, Hart Publishing, 2016.
- Král, Richard. "Questioning the Limits of Invocability of EU Directives in Triangular Situations", *European Public Law*, 16 (2010), No 2, pp. 239-247.
- Krzeminska-Vamvaka, Joanna. "Horizontal effect of fundamental rights and freedoms – much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after Viking Line", *Jean Monnet Working Paper nº 11* (2009) [disponível em www.JeanMonnetProgram.org]
- Kovács, Erika / Kovacevic, Ljubinka. "Change of Employer and Preservation of Employment: Serbian Experience in Light of European Law", *Belgrad Law Review*, 67 (2019), pp. 102-127.
- La Macchia, Carmen. "The protection of the strike in the internal national legal systems" [disponível em <http://www.scioperi.cgi.it/Europa/IntroComparazione-en.pdf>]
- Langille, Brian. "Labour Law's Theory of Justice", in *The Idea of Labour Law* (ed. by Guy Davidov and Brian Langille),

- Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 101-119.
- Lasek-Markey, Marta. *Law, Precarious Labour and Posted Workers: A Sociolegal Study on Posted Work in the EU*, England, Routledge, 2023.
- Laulom, Sylvaine. "The European Court of Justice in the Dialogue on Transfers of Undertakings: A Fallible Interlocutor?", in *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice* (ed. by Silvana Sciarra), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 145-78.
- Laulom, Sylvaine. "Directive 2001/23/EC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights", in *International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary* (ed. by Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, and Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden, Nomos, pp. 996-1012.
- Laurino, Salvador Franco. *O modelo Social Europeu e a legitimação da União Europeia: entre a justiça social e a justiça de mercado* (diss. doutoramento), Lisboa, 2023.
- Leão XIII. *Carta Encíclica Rerum Novarum do sumo pontífice papa Leão XIII [...] sobre a condição dos operários*, 1891. Disponível online em Rerum Novarum: sobre a condição dos operários (15 de maio de 1891) | LEÃO XIII (vatican.va)
- Leccese, Vito. "Italian Courts, the ECJ and Transfers of Undertakings: A Multi-Speed Dialogue?", *European Constitutional Law Review* 5 (1999), pp. 311-330.
- Lechman-Filipiak, Agnieszka / Magnuska, Katarzyna. "Poland", in *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (ed. by Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, and Tim Marshall), Berlin, Springer, 2016, pp. 313-350.
- Leczykiewicz, Dorota. "Conceptualising Conflict between the Economic and the Social in EU Law after Viking and Laval", in *Viking, Laval and Beyond* (ed. by Marc Freedland and Jeremias Prassl), Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 307-321.
- Leitão, Luís Menezes. *Direito do Trabalho*, 5^a ed, Coimbra, Almedina, 2016.
- Leitão, Luís Menezes. *Direito do Trabalho*, 6^a ed., Coimbra, Almedina, 2019.
- Leite, Jorge. *Direito do Trabalho*, 2. vols., Coimbra, Serviços de Ação Social da U.C. Serviços de Textos, 1998.
- Leite, Jorge. "Anotação ao artigo 28º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia", in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada* (coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 340-361.
- Lenaerts, Koen / Gutiérrez-Fons, Jose. "The Role of General Principles of EU Law?", in *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood* (ed. by Anthony Arnulf, Catherine Barnard, Michael Dougan and Eleanor Spaventa), London, Hart Publishing, 2011, pp. 179-198.
- Lenaerts, Koen, Bonichot / Jean-Claude., Kanninen, Heikki / Naômé, Caroline / Pohjankoski, Pekka (eds.). *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Oxford, Hart Publishing, 2019.
- Lhernould, Jean-Philippe (2019). "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*, 20 (2019), pp. 249-257.
- Lievens, Eddy. "Belgium", in *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (ed. by Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, and Tim Marshall), Berlin, Springer, 2016, pp. 65-109.

- Lindseth, Peter, "Viking's 'Semantic Gaps' Law and the Political Economy of Convergence in the EU", in *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudencei* (ed. by Fernanda Nicola and Bill Davies) Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 491-505.
- Lohse, Eva J. "The meaning of harmonisation in the context of European Union law – a process in need of definition", in *Theory and Practice of Harmonization* (ed. by Maas Andenas and Camilla Baasch Andersen), Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 283-313.
- Lourenço, Rodrigo Serra. "Sobre o direito de oposição dos trabalhadores na transmissão do estabelecimento ou empresa", *Revista da Ordem dos Advogados*, 69 (2009), pp. 267-296.
- Machado, Jónatas. *Direito da União Europeia*, Coimbra, Gestlegal, 2018.
- Maduro, Miguel Poiares / Wind, Marlene (eds). *The Transformation of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- Maduro, Miguel Poiares / Tuori, Kaarlo / Sankari, Suvi (eds.). *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- Maduro, Miguel Poiares. "Contrapunctual Law: Europe-s Constitutional Pluralism in Action", in *Sovereignty in Transition* (ed. By Neil Walker), Oxford, Hart Publishing, 2003, pp 501- 537.
- Maduro, Miguel Poiares. "European Constitutionalism and Three Models of Social Europe", in *The Politics of a European Civil Code* (ed by Martijn W. Hesselink), The Hague, Kluwer Law International, 2006.
- Maduro, Miguel Poiares. "Harmony and dissonance in free movement", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2001, pp. 315-341.
- Maduro, Miguel Poiares. "Striking the Elusive Balance between Economic Freedom and Social Rights", in *The EU and Human Rights* (ed. by Philip Alston), Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 449-472.
- Maduro, Miguel Poiares. *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 EC*, Oxford, Hart Publishing, 1998.
- Maduro, Miguel Poiares. "Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism. *European Journal of Legal Studies* 1, No 2, (2007), pp. 137-152.
- Magalhães, José Amorim / Pichel, Paulo. "Reflexões em torno das cláusulas contratuais de reenvio dinâmicas no contexto da transmissão da unidade económica a propósito do Acórdão do TJUE Mark Alemo-Herron e o. contra Parkwood Leisure ltd (processo C-426/11)", *Questões Laborais*, nº 42 (número especial), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 689-712.
- Majone, Giandomenico. *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities & Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Maletic, Isidora. *The Law and Policy of Harmonisation in Europe's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013.
- Martin, Denis / Morsa, Marc / Gosseries, Philippe. *Droit du Travail Européen. Questions Spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2015.
- Martinez, Pedro Romano / Brito, Pedro Madeira de. "O novo regime da transmissão da unidade económica introduzido pela Lei nº 14/2018, de 19 de março", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 59 (2018), pp. 21-86.
- Martinico, Giuseppe. *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di*

- giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, Jovene, 2009.
- Martinico, Giuseppe. *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, Aracne, 2011.
- Martins, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia – Apôs o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2018.
- Martins, Ana Maria Guerra. “A cidadania na União Europeia: definição, conteúdo e contributo para a constitucionalização da União Europeia”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, (coord. Jorge Miranda et al.), Vol. 1, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 9-20.
- Martins, Ana Maria Guerra. *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra, 2004.
- Martins, Ana Maria Guerra. “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os direitos sociais”, in *Direito e Justiça*, Tomo II, Vol. 15, 2001, pp. 189-230.
- Martins, David Carvalho. *Da transmissão da unidade económica no direito individual do trabalho*, Coimbra, Almedina, 2013.
- Martins, David Carvalho. “Transfer of an economic unit: Requirements, effects and recent CJEU ruling”, *European Labour Law Journal* 9 (2018), pp. 24-49.
- Martins, David Carvalho. “Novo regime da transmissão de unidade económica: algumas notas”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2018, pp. 117-158.
- Martins, Pedro Furtado. “Duas questões a propósito dos efeitos da transferência do estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho”, in: *IX e X Congressos Nacionais de Direito do Trabalho. Memórias* (coord. António Moreira), Coimbra, Almedina, 2007, pp. 305-334.
- Mason, Luke. “Constitutionality of Labour Rights: an Historical Tipology of the Judicial Treatment of the Constitutional Legality of Labour Legislation”, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law* (ed. Rüdiger Wolfrum and al.), Oxford, Oxford University Press, 2018.
- Matteucci, Stefano Civitarese / Halliday, Simon. *Social Rights in Europe in an Age of Austerity*, London and New York, Routledge, 2018.
- McMullen, John. “Recent CJEU Case Law on the Transfer of Asset-Reliant Undertakings”, *Industrial Law Journal* 45 (2016), No. 3, pp. 455-464.
- McMullen, John. “The ‘Right’ to Object to Transfer of Employment under TUPE”, *Industrial Law Journal* 37 (2008), No 2, pp. 169-177.
- McMullen, John. “The Concept of the Employer in TUPE Transfers and the Principles of the Enforcement of Garden Leave”, *Industrial Law Journal* 47 (2018). No. 1, pp. 107-120.
- McMullen, John. “Some problems and themes in the application Member-States of Directive 2001/23/EC on transfer of undertakings”, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations*, 23 (2007), No 3, pp. 335-374.
- McMullen, John. “Transfer of Undertakings: The Purposive Approach”, *Industrial Law Journal*, 48 (2019), No 2, pp. 317-335.
- Mestre, Bruno. “The ruling Laval un Partneri: clarification and innovation”, *European Law Reporter*, 1 (2008), pp. 2-9.
- Mestre, Bruno. “The Right of the Employee to Refuse to Be Transferred. A Comparative and Theoretical Analysis”, *Cadernos do CEJ: Transmissão da Empresa*, 2014.
- Micklitz, Hans-W. (ed.). *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

- Micklitz, Hans-Wolfgang. / De Witte, Bruno (eds.). *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Intersentia, 2012.
- Moreira, Porfírio. “A inadequação do princípio da proporcionalidade ao direito à greve: algumas notas da perspectiva do direito português”, *O direito*, 146 (2014), No 1, pp.145-180.
- Morelli, Fabrizio. “Italy”, in *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (ed. by Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, and Tim Marshall), Berlin, Springer, 2016, pp. 261-286.
- Moreno Gonzales, Gabriel. “Viking y Laval en el contexto del pluralismo constitucional y la posibilidad de dialogo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *FORO. Revista de derecho* 22 (2014), pp. 107-132.
- Moses, Jonathon. “Is Constitutional Symmetry Enough? Social Models and Market Integration in the US and Europe”, *Journal of Common Market Studies*, 49 (2011), pp. 823-843.
- Mückenberger, Ulrich / Deakin, Simon, “From Deregulation to a European Floor of Rights: Labour Law, Flexibilisation and the European Single Market”, *Journal of Foreign and International Labour and Social Law*, 3 (1989), pp 153-97.
- Muir, Elise / Dawson, Mark / Witte, Bruno de. “Introduction: the European Court of Justice as a political actor”, in *Judicial activism at the European Court of Justice* (ed. by Mark Dawson, Bruno de Witte and Elise Muir), Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 1-10.
- Muir, Elise. *EU Regulation of Access to Labour Markets. A Case Study of EU Constraints on Member State Competences*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2012.
- Mundlak, Guy. “The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers”, in *The Idea of Labour Law* (ed. by Guy Davidov and Brian Langille), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 315-328.
- Napolitano, Giorgio. “The Fundamental Goal of the European Project”, *The History of the European Union: Constructing Utopia* (eds. Amato, Giuliano / Moavero-Milanesi, Enzo / Pasquino, Gianfranco / Reichlin, Lucrezia, Oxford, Hart Publishing, 2019.
- Nascimento, André Pestana / Freitas, Liliana Silveira. “Fragmentação do contrato de trabalho na transmissão de empresa ou estabelecimento: comentário ao Acórdão ISS Facility Services v. Govaerts e Atalian NV, *International Labour Law Review/Revista Internacional de Direito do Trabalho* 1 (2021) No 1, pp. 555-590.
- Nazerali, Julie / Plumbley-Jones, Karen. “New Acquired Rights Directive – A Step in the Dark?”, *European Business Law Review*, 6 (1995), No 2, pp 31-36.
- Neal, Alan C. *The Changing Face of Labour Law and Social Policy*, The Hague, Kluwer, 2004.
- Neves, Helena Telino / Asfora, Raphaela, “Comentários aos Acórdãos Viking e Laval: o direito de greve na União Europeia”, *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, 28 (2016), pp. 68-78.
- Niksova, Diana. “Cross-Border Transfers of Undertakings”, in *Stakeholder Protection in Restructuring: Selected Company and Labour Law Issues* (eds. Erika Kovács, Martin Winner), 2019, pp. 201-232.
- Nitzl, Stephan / Stuppnig, Christian. “Austria”, in *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (ed. by Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, and Tim Marshall), Berlin, Springer, 2016, pp. 39-63.

- Nuffel, Piet van / Afanasjeva, Sofia. "The Posting of Workers Directive: Enhancing the Protection of Workers in the Cross-border Provision of Services", *European Papers*, 3, No 3 (2018), pp. 1401-1427.
- Numhauser-Henning, Anne. / Rönnmar, Mia. (eds.) *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- O'Cinneide, Colm. "The European Social Charter and the UK: why it matters", *Kings Law Journal*, 29 (2018), No 2, pp. 275-296.
- O'Donoghue Robert / Carr, Bruce. "Dealing with Viking and Laval: From Theory to Practice", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 11 (2009), pp. 123 – 163
- O'Leary, Siofra. *Employment Law at the European Court of Justice: Judicial Structures, Policies and Processes*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002.
- Oliveira, Sofia Pais. *Estudos de Direito da União Europeia*, 5^a ed., Coimbra, Almedina, 2022.
- Oliveira, Sofia Pais. "Eficácia horizontal da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: o caminho faz-se caminhando", in *Liber Amicorum Fausto de Quadros* (coord. Marcelo Rebelo de Sousa, Eduardo Vera-Cruz Pinto), Coimbra, Almedina, 2016, Vol. II, pp. 795-812.
- Oliveira, Pedro. "Posting of Workers in the EU: Some Critical Remarks on the Normative Development". *Hungarian Labour Law Review*, 2021/2, pp. 52-61.
- Oliveira, Pedro. "Ainda sobre o direito de oposição do trabalhador no caso de transmissão de empresas", *Prontuário de Direito do Trabalho* 2020, I, pp. 303-325.
- Oliveira, Pedro. "Alguns problemas sobre a tutela dos direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: os casos Viking e Laval", *e-Pública*, vol. 7 (2020), No 2, pp. 305-327.
- Oliveira, Pedro. "O(s) pressuposto(s) do direito de oposição do trabalhador: breves notas sobre a jurisprudência recente". *Revista do Ministério Público* 173 (2023), pp. 151-162
- Oliveira, Pedro. "Transfer of Undertakings and The Right of Opposition from a Portuguese Vantage Point", *European Labour Law Journal* 14 (2023), No 3, pp. 421-427.
- Oliveira, Pedro. "Transmissão de empresas no direito laboral da União Europeia: novos desafios na delimitação conceitual de unidade económica", *Revista da Ordem dos Advogados*, 2020, pp. 333-352
- Oliveira, Pedro. "Transmissão de unidade económica com pluralidade de transmissários – efeitos laborais. A propósito do Acórdão do TJUE de 26 de Março de 2020 (Processo C-344/18)", *Revista do Ministério Público*, 62 (2020), pp. 265-281.
- Orlandini, Giovanni. "Article 45 TFEU", in *International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary* (ed. by Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, and Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden, Nomos, pp. 41-66.
- Pallini, Massimo. "Article 62 TFEU", in *International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary* (ed. by Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, and Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden, Nomos, pp. 77-94.
- Peonovski, Pieter. "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 (2016), No 2, pp. 294-309.
- Perinetto, Patrick. "Viking and Laval: An Italian Perspective: A Case of No Impact", *European Labour Law Journal*, 3 (2012), No 4 pp. 270-299.

- Perišin, Tamara / Rodin, Sinisa. (eds.). *The Transformation or Reconstruction of Europe. The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2018.
- Perulli, Adalberto / Sychenko, Elena. “Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights relevant to employment law”, *European Labour Law Journal* 9 (2018), No 3, pp. 287–298.
- Peters, Saskia / Pennings, Frans. “An Introduction to European Labour Law”, in *European Labour Law* (ed. by T. Jaspers, F. Pennings, and S. Peters), Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 1-43.
- Pochet, Philippe. “The Open Method of Coordination and the Construction of Social Europe. A Historical Perspective”, in *The Open Method of Co-ordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies* (ed. by J. Zeitlin and P. Pochet in collaboration with L. Magnusson), Brussels, Peter Lang, 2005, pp. 37-82.
- Polomarkakis, Konstantinos. “A tale of two approaches to Social Europe: The CJEU and the Advocate General drifting apart in Case C-201/15 AGGET Iraklis”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24 (2017), No 3, pp. 424-437.
- Porto, M. Lopes. *Teoria da integração e políticas comunitárias*, 4^a ed., Coimbra, 2009.
- Prassl, Jeremias. “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), No. 4, pp. 434-446.
- Prechal, Sascha. *Directives in European Community Law: A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- Quadra-Salcedo Janini, T. “TJCE – Sentencia de 18.12.2007, Laval, C-341/05: libre prestación de servicios-desplazamiento de trabajadores: la supuesta legalización del Dumping social en el interior de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 12 (2008), 31, pp. 835-848.
- Quadros, Fausto. *Direito da União Europeia: direito constitucional e administrativo da União Europeia*, 3^a ed., Coimbra, Almedina, 2013.
- Quintas, Hélder. “Breves notas sobre o passado, o presente e o futuro do regime da transmissão de empresa ou estabelecimento”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, CEJ, 2019, I, pp. 197-227.
- Radford, Mike / Kerr, Allan., “Acquiring Rights – Losing Power: A Case Study of Ministerial Resistance to the Impact of European Community Law”, *Modern Law Review* 60 (1997), pp. 23-43.
- Rainone, Silvia. “Labour rights in the making of the EU and in the CJEU case law: A case study on the Transfer of Undertakings Directive”, *European Labour Law Journal*, 9 (2018), No 3, pp. 299-325.
- Rainone, Silvia. *The Role of the Court of Justice in EU Labour Law: A Case Study in the Transfer of Undertakings Directive*, Wolters Kluwer, 2023.
- Ramalho, M. Rosário Palma. *Direito Social da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2009.
- Ramalho, M. Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho. Parte I – Dogmática geral*, 5^a ed., Coimbra, Almedina, 2023.
- Ramalho, M. Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, 7^a ed., Coimbra, Almedina, 2019.
- Ramos, Rui Moura. “A Carta dos direitos fundamentais da União Europeia e a protecção dos direitos fundamentais, in *Estudos de Direito da União Europeia*,

- Coimbra, Coimbra Editora, pp. 66-94, 2013.
- Ramos, Rui Moura. "A erosão do poder normativo do Estado em matéria laboral", in *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 143-163.
- Ramos, Rui Moura. "Situação e Desafios da Proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia", *e-Pública* 5 (2018), No. 2, pp. 7-24.
- Ratti, Luca. "The European Economic Constitution and the Constitution of Social Europe: Gleanings from the CJEU's Collective Redundancies Cases", in *The Metamorphosis of the European Economic Constitution* (ed. by Herwig C.H. Hofmann, Katerina Pantazatou, and Giovanni Zaccaroni), Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 154-176.
- Redinha, M. Regina. "A vol d'oiseau: desenvolvimentos recentes no direito de greve na União Europeia", *Revista Electrónica de Direito* 1 (2018). https://cje.up.pt//client/files/0000000001/maria-regina-redinha0_718.pdf
- Regent, Sabrina. "The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance?", *European Law Journal* 9 (2003), No 2, pp. 210.
- Reis, João. "A contratação coletiva na jurisprudência constitucional", *Boletim de Ciências Económicas. Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes* 57 (2014), No 4, pp. 2935-2989.
- Reis, João. "O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho" [disponível nos *Cadernos do CEJ: Transmissão da Empresa*, 2014. http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao_estabelecimento.pdf]
- Rey Guanter, Salvador / Martínez Fons, Daniel / Serrano Olivares, Raquel. "El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 58 (2005), pp. 221-286.
- Ribeiro, Ana Teresa. "Crisis and Labour Law. Recent Developments in Portuguese Labour Law", *European Labour Law Journal* 6, No. 3, (2015), pp. 259-281.
- Ricard-Nihoul, Gaëtane. *Pour une Fédération européenne d'États-nations. La vision de Jacques Delors revisitée*, Brussels, Larquier, 2012.
- Richard, Sébastien. "The implementing directive on posted workers: and what now?", Schuman Papers n. 383, 2016. [disponível em <https://www.robert-schuman.eu/en/european-issues/0383-the-implementing-directive-on-posted-workers-and-what-now>]
- Riesenhuber, Karl. *European Employment Law*, Cambridge, Intersentia, 2012.
- Roccella, Massimo / Treu, Tiziano / Aimo, Mariapaola. *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Cedam, 2019.
- Rodière, Pierre. "Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective", *Revue trimestrielle de droit européen* (2008), pp. 47-66.
- Rodrigues, Camila. "Da Estratégia de Lisboa à Estratégia Europa 2020 – a (des) construção do Estado Social no discurso político comunitário", *Revista Portuguesa de Ciência Política*, no. 1, 2011, pp. 189-199.
- Rogowski, Ralf. "The European Employment Strategy, the European Social Pillar and their impact on Labour Law reform in the European Union", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 35 (2019), No 3, pp. 283-304.
- Rogowski, Ralf. *Reflexive Labour Law in the World Society*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2013.

- Rogowski, Ralf. (ed.). *The European social model and transitional labour markets: law and policy*, Farnham, Ashgate, 2008.
- Rönnmar, Mia. "Labour and Equality Law", in *European Union Law* (ed. by Catherine Barnard and Steve Peers), Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 598-627.
- Rossi, Lucia Serena / Casolari, Federico. (eds.). *The EU after Lisbon. Amending or Copying with Existing Treaties?*, Vienna, Springer, 2014.
- Rouxinol, Milena. "Transmissão da unidade económica", in *Direito do Trabalho – Relação Individual* (João Leal Amado, Catarina Gomes Santos, Milena Silva Rouxinol, Teresa Coelho Moreira e Joana Nunes Vicente), 2^a ed., Coimbra, Almedina, 2023, pp. 1117-1169.
- Rouxinol, Milena. "As fontes de regulação em direito do trabalho", in *Direito do Trabalho – Relação Individual* (João Leal Amado, Catarina Gomes Santos, Milena Silva Rouxinol, Teresa Coelho Moreira e Joana Nunes Vicente), 2^a ed., Coimbra, Almedina, 2023, pp. 34-80.
- Sabato, Sebastiano / Corti, Francesco. "The Times they are a-changin'? The European pillar of social rights from debates to reality check", in *Social policy in the European Union: state of play 2018* (edited by Bart Vanhercke / Dalila Ghailani / Sebastian Sabato), European Trade Union Institute (ETUi)/ European Social Observatory (ESZO), Brussels, 2018, pp. 51-72.
- Sabel, Charles / Zeitlin, Jonathan (eds.). *Experimentalist Governance in the European Union: Towards a New Architecture*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Sadurski, Wojciech. *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Samec, Petr / Cibulková, Markéta. "The Czech Republic", in *Transfer of Business and Acquired Employee Rights: A Practical Guide for Europe and Across the Globe* (ed. by Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, and Tim Marshall), Berlin, Springer, 2016, pp. 111-144.
- Santoro-Passarelli, Giuseppe. "The Transfer of Undertakings: Striking a Balance Between Individual Workers' Rights", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 23 (2007), No 3, pp. 311-334.
- Sarrión Esteve, Joaquín. "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, pp. 379-412.
- Scharpf, Fritz. "The European Social Model: Coping with the Challenges of Legitimate Diversity", *Journal of Common Market Studies* 40 (2002), No 4, pp. 645-670.
- Scharpf, Fritz. "The Asymmetry of European Integration, or Why the EU Cannot Be a 'Social Market Economy'", *Socio-Economic Review*, 2010, pp. 211-250.
- Scheeck, Laurent. "The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2005, pp. 837-885.
- Schiek, Dagmar / Liebert, Ulrike / Schneider, Hildegard. (eds.). *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Schiek, Dagmar. Constitutional Principles and Horizontal Effect: Kucükdeveci Revisited. *European Labour Law Journal*, 1 (2010), No 3, pp. 368-379.
- Schiek, Dagmar. *Europäisches Arbeitsrecht*, 4. Aufl., Berlin, Nomos, 2020.
- Schlachter, Monika. *EULabour Law – A commentary*, Wolters Kluwer, 2015.

- Schubert, Claudia. "Arbeitsrecht: Unternehmensübergang / Arbeitnehmerrechte [Anmerkung zu Urteil des EuGH vom 27.4.2017]", *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2018, pp. 27-30.
- Sciarra, Silvana. "Global or Re-nationalised? Past and Future of European Labour Law", in *The Europeanisation of law: the legal effects of European integration* (ed. By Francis Snyder), 2000, pp. 269-291.
- Sciarra, Silvana. "Collective Exit Strategies: New Ideas in Transnational Labour Law", in *The Idea of Labour Law* (ed. by Guy Davidov and Brian Langille), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 405-419.
- Sciarra, Silvana. *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma, Laterza, 2013.
- Sciarra, Silvana. "Il diritto sociale europeo al tempo della crisi", in *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti* (a cura di Elisabetta Catelani e Rolando Tarchi), Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 269-288.
- Shrubsall, Vivien. "Competitive Tendering, Out-sourcing and the Acquired Rights Directive", *The Modern Law Review*, 61 (1998), No 1, pp. 85-92.
- Sideri, Katerina (ed.). *Law's Practical Wisdom: The Theory and Practice of Law-Making in New Governance Structures in the EU*, Ashgate, Aldershot, 2007.
- Silva, Luís Gonçalves da. "Nótula sobre os efeitos colectivos da transmissão da empresa", *Sub Judice* 27 (2004), pp. 127-135.
- Silva, Luís Gonçalves da / Leitão, Sara. *Constitutional Framework of European Labour Law in Italy, France, Germany, Portugal and Spain*, Springer, 2023.
- Silveira, Alessandra. "Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais", in *Direito da União Europeia Elementos de Direito e Políticas da União* (coord. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Foufe), Coimbra, Almedina, 2016, pp. 17-71.
- Silveira, Alessandra / Canotilho, Mariana (coord.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013.
- Simão, Joana. "A transmissão de estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitária e nacional", *Questões Laborais* 9 (2002), p. 203-220.
- Smismans, Stijn. "From harmonization to co-ordination? EU law in the Lisbon governance architecture", *Journal of European Public Policy*, Volume 18, issue 4, 2011, pp. 504-524.
- Snyder, Francis. *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford, Hart Publishing, 2000.
- Soares, António Goucha. "As competências da União", *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 209-231.
- Soares, António Goucha. *Repartição de Competências e Preempção no Direito Comunitário*, Lisboa, Cosmos, 1996.
- Sousa, Cláudia Maria Monteiro Gomes. "A fraude à lei e o despedimento colectivo na transmissão da unidade económica", in *Cadernos do CEJ: Transmissão da Empresa*, 2014. [disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao_estabelecimento.pdf]
- Spaventa, Eleanor. "The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law", in *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood* (ed. by Anthony Arnall, Catherine Barnard, Michael Dougan and Eleanor Spaventa), London: Hart Publishing, 2011, pp. 199-218.

- Spaventa, Eleanor. "A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22, No 1 (2015), pp. 35-56.
- Spinnelli, Giovanni. "Successione di piú imprenditori nell-único appalto. Le sorti dei rapporti trasversali alle parti di azienda trasferite", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 39 (2020) No 3, pp. 492-514.
- Syripi, Philip (ed.) *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Syripi, Philip. "Should the EU be attempting to harmonise national systems of labour law?", in *Theory and Practice of Harmonization* (ed. by Maas Andenas and Camilla Baasch Andersen), Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 450-473.
- Syripi, Philip. *EU Intervention in Domestic Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Szyszczak, Erika. 'The New Paradigm for Social Policy: A Virtuous Circle', *Common Market Law Review*, 38, No 5 (2001), pp. 1125-1170.
- The Adoptive Parents, "The Life of a Death Foretold: The Proposal for a Monti II Regulation", in in *Viking, Laval and Beyond* (ed. by Marc Freedland and Jermias Prassl), Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 95-109.
- Timmermans, Christiaan. "The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights", in *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood* (ed. by Anthony Arnall, Catherine Barnard, Michael Dougan and Eleanor Spaventa), London, Hart Publishing, 2011, pp. 151-160.
- Tridimas, Takis. "The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation, and Instability" in *The Oxford Handbook of European Union Law*, (ed. by Anthony Arnall and Damien Chalmers), Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 403-430.
- Trubek, David / Trubek, Louisa. "Hard law and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination", *European Law Journal*, Vol. 11, n. 3, 2005, pp. 343-364.
- Tuori, Kaarlo / Tuori, Klaus. *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- Tushnet, Mark. "The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law", *International Journal of Constitutional Law* 1, No. 1 (2003), pp. 79-98.
- Ulber, Daniel. "Article 28 CFREU. Right of collective bargaining and action", in *International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary* (ed. by Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, and Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden, Nomos, pp. 1457-1492.
- Valdés Dal-Ré, Fernando. "El constitucionalismo europeo: bases teóricas y normativas", in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 691-720.
- Valdés Dal-Ré, Fernando. "Transfers of Undertakings: an Experience of Clashes and Harmonies Between Community Law and National Legal Systems", in *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice* (ed. by Silvana Sciarra), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 179-209.
- Vamvaka, Joanna. "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. II/09*, 2009. <https://ssrn.com/abstract=1582314>

- Vandenbroucke, Frank. "The Idea of a European Social Union: Normative Introduction", in *A European Social Union after the crisis* (ed. By Frank Vandenbroucke, Catherine Barnard, Geert De Baere), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 1-47.
- Vanhercke, Bart. *Inside the Social Open Method of Coordination: the Hard Politics of 'Soft' Governance*, (Doctoral thesis, Amsterdam Institute for Social Science Research, University of Amsterdam), 2016.
- Vasconcelos, Joana. "A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho", *Prontuário de Direito do Trabalho* 71 (2005), pp. 73-93.
- Vasconcelos, Joana. "Sobre a resolução do contrato de trabalho", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 59 (2018), pp. 125-143
- Verschueren, Herwig "The European Internal Market and Competition between Workers", *European Labour Law Journal*, 6, No 2, (2015), pp. 128-151.
- Vesan, Patrick / Corti, Francesco. "New tensions over Social Europe? The European Pillar of Social Rights and the Debate within the European Parliament", *Journal Common Market Studies*, 57, No 5 (2019), pp. 977-994.
- Vicente Palacio, María Arántzazu. "Subrogación empresarial en los supuestos de fraccionamiento de la contrata en varios adjudicatarios. La aplicación de la Ley de Salomón para la resolución de un asunto nuevo en el ámbito comunitario", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, No 5, pp. 453-464.
- Vries, Sybe / Bernitz, Ulf / Weatherill, Stephen (eds.). *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument. Five Years Old and Growing*, Oxford, Hart Publishing, 2015.
- Vries, Sybe / Bernitz, Ulrich. / Weatherill, Stephen (eds). *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- Walker, Neil / Shaw, Josephine / Tierney, Stephen (eds). *Europe's Constitutional Mosaic*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- Walkila, Sonya. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, Groningen, Europa Law, 2016.
- Watson, Philippa. *EU Social and Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Weatherill, Stephen. "Viking and Laval: The EU Internal Market Perspective", in *Viking, Laval and Beyond* (ed. by Marc Freedl and Jeremias Prassl) Oxford and Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 23-39.
- Weatherill, Stephen. "Protecting the Internal Market from the Charter", in *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument. Five Years Old and Growing* (ed. by Sybe de Vries, Ulf Bernitz, Stephen Weatherill), Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 213-234.
- Weiss, Manfred. "Re-Inventing Labour Law", in *The Idea of Labour Law* (ed. by Guy Davidov and Brian Langille), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 43-56.
- Weiss, Manfred. "Introduction to European Labour Law", *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2016, pp.53-84
- Wilkinson, Michael A. "The Specter of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union." *German Law Journal* 14, No. 5 (2013), pp. 527-560.
- Witte, Bruno de / Ott, Andrea / Vos, Ellen (eds.). *Between Flexibility and Disintegration. The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017.
- Wyatt, Derick. "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
- Xavier, Bernardo Gama. *Manual de Direito do Trabalho*, 2^a edição (colab. P. Furtado Martins). Lisboa, Verbo, 2014.
- Xavier, Vasco Lobo. “Substituição da empresa fornecedora de refeições e situação jurídica do pessoal utilizado no local: inaplicabilidade do art. 37º da LCT (Parecer)”, *Revista de Direito e Estudos Sociais* 28 (1986), pp. 443-459.
- Zahn, Rebecca. “Revision of the Posted Workers Directive: A Europeanisation Perspective”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 19 (2017), pp. 187-210.
- Zamagni, Vera. “The Social Dimension of the European Market: Between Tradition and Challenges”, *The History of the European Union: Constructing Utopia* (eds. Amato, Giuliano / Moavero-Milanesi, Enzo / Pasquino, Gianfranco / Reichlin, Lucrezia, Oxford, Hart Publishing, 2019.
- Zeitlin, Jonathan. “The Open Method of Coordination in Action. Theoretical Promise, Empirical Realities, Reform Strategy”, in *The Open Method of Co-ordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies* (ed. by J. Zeitlin and P. Pochet in collaboration with L. Magnusson), Brussels, Peter Lang, 2005, pp. 447-503.
- Zeitlin, Jonathan / Barcevičius, Egidijus / Weishaupt, J. Timo . “Institutional Design and National Influence of EU Social Policy Coordination: Advancing a Contradictory Debate”, in *Assessing the Open Method of Coordination: Institutional Design and National Influence of EU Social Policy Coordination* (ed. by Egidijus Barcevičius, J. Timo Weishaupt, and Jonathan Zeitlin), Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 1-15.
- Zeitlin, Jonathan / Vanhercke, Bart. “Socializing the European Semester: EU social and economic policy co-ordination in crisis and beyond”, *Journal of European Public Policy*, 25, No 2 (2017), pp. 149-174.
- Zimmer, Reingard. “Labour Market Politics through Jurisprudence: The Influence of the Judgements of the European Court of Justice, Viking, Laval, *Rüffert*, Luxembourg on Labour Market Policies”, *German Policy Studies* 7 (2011), No 1, pp. 211-234.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	23
PARTE I	
A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO LABORAL DA UNIÃO EUROPEIA	
CAPÍTULO 1 – O PROBLEMA LABORAL	43
1. Trabalho e direito do trabalho	43
2. Direito do trabalho: princípios e funções	48
3. Rumos do direito do trabalho europeu	55
CAPÍTULO 2 – A HARMONIZAÇÃO DO DIREITO LABORAL DA UNIÃO EUROPEIA	61
1. Considerações introdutórias	61
2. Em busca de uma definição de harmonização	64
3. Métodos de harmonização	69
3.1. Harmonização exaustiva ou total	70
3.2. Harmonização opcional ou alternativa	72
3.3. Harmonização mínima	74
3.4. Harmonização constitucional mínima (do direito laboral)	78
<i>Caso Borsana</i>	84
<i>Caso Iraklis</i>	85
3.5. Harmonização reflexiva	89
3.5.1. O Método Aberto de Coordenação	91
3.5.2. O Método Aberto de Coordenação: apreciação	93

PARTE II
TRANSMISSÃO DE EMPRESA NO DIREITO
DA UNIÃO EUROPEIA: HARMONIZAÇÃO

CAPÍTULO 1 – A TRANSMISSÃO DE EMPRESA NA UNIÃO EUROPEIA: APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA	101
CAPÍTULO 2 – A DIRECTIVA DOS DIREITOS ADQUIRIDOS	107
1. Âmbito de aplicação	118
2. Algumas notas de direito comparado	138
a) Alemanha	138
b) Áustria	138
c) Bélgica	139
d) Itália	139
e) Polónia	140
3. Manutenção das condições de trabalho	142
3.1. Direito de oposição do trabalhador	143
3.2. Uma harmonização (demasiado) parcial? Comparação de regimes	156
a) Direito alemão	156
b) Direito inglês	157
c) Direito austriaco	158
d) Direito sueco	159
e) Direito francês	160
f) Direito italiano	160
g) Direito espanhol	161
h) Direito belga	162
i) Direito checo	162
j) Direito dinamarquês	162
k) Direito neerlandês	163
l) Direito húngaro	163
m) Direito polaco	163
3.3. Direito português	164
3.3.1. Contexto doutrinal	164
3.3.2. Ressonância do(s) fundamento(s) do direito de oposição na jurisprudência	169
3.4. Conclusão	172
4. Conservação das condições de trabalho acordadas em instrumentos de regulamentação colectiva	173
Caso <i>Werhof</i>	177
Caso <i>Alemo-Herron</i>	179

5. Alteração das condições de trabalho	189
Caso <i>Sonia Govaerts</i>	190

PARTE III
O DESTACAMENTO DE TRABALHADORES
NA UNIÃO EUROPEIA

CAPÍTULO 1 – DESTACAMENTO DE TRABALHADORES:

SUBSTÂNCIA E ENQUADRAMENTO NORMATIVO	209
1. Notas preliminares	209
2. Enquadramento normativo anterior a 2018: o “diálogo” com a jurisprudência do TJUE	212
3. O quarteto de casos <i>Laval</i>	232
3.1. Introdução	232
3.2. Recordando os casos <i>Viking</i> , <i>Laval</i> , <i>Rüffert</i> e <i>Comissão contra Luxemburgo</i>	234
3.3. Os problemas	236
3.4. Análise crítica	238
3.4.1. <i>Viking</i>	238
3.4.2. <i>Laval</i>	248
3.4.3. <i>Rüffert</i>	252
I) Matéria de facto	252
II) Análise crítica	253
3.4.4. <i>Comissão Europeia contra Grão-Ducado do Luxemburgo</i>	254
I) Matéria de facto	254
II) Análise crítica	254
4. Em busca da reconciliação entre liberdades económicas e direitos laborais fundamentais	256
5. Um caminho ainda <i>in fieri</i>	258
6. A Directiva UE/2014/67	260
7. A Directiva 2018/957	264
7.1. Escopo	265
7.2. Conteúdo	268
8. Conclusão	276
CONSIDERAÇÕES FINAIS	279
JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA	295
BIBLIOGRAFIA	297

