

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CASOS DE CONFLITO ENTRE DIREITOS SOCIAIS E LIBERDADES ECONÔMICAS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

CONSIDERATION OF CONFLICTS BETWEEN SOCIAL RIGHTS AND ECONOMIC FREEDOM IN THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

CONSIDERACIONES SOBRE LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS SOCIALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SUMÁRIO:

Introdução; 1. Considerações gerais sobre a semântica dos direitos sociais no sistema jurídico da União Europeia; 2. Alguns casos representativos da Jurisprudência Europeia; 2.1 O Caso Viking; 2.2 O Caso Laval; 2.3 O Caso Rüffert; 2.4 O Caso Comissão V. Luxemburgo; 2.5 O Caso Comissão V. Alemanha; 3 Linhas gerais do raciocínio jurídico do Tribunal de Justiça Europeu em matéria de direitos sociais; Referências.

RESUMO:

Este ensaio tem por objetivo examinar alguns dos mais relevantes casos de conflito entre liberdades econômicas (de estabelecimento e de prestação de serviços) e direitos socio-trabalhistas (à greve, à luta sindical, ao salário-mínimo e à negociação coletiva)

Como citar este artigo:

ZEZZA, Michele.

Considerações sobre os casos de conflito entre direitos sociais e liberdades econômicas na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 43 2024, p. 53-75

Data da submissão:

21/10/2024

Data da aprovação:

29/11/2024

1. Universidad Central de Chile (Coquimbo) - Chile

Professor de Filosofía do Direito na Facultad de Derecho y Humanidades da Universidad Central de Chile (Coquimbo).

Este trabalho foi financiado pela Agência Nacional de Pesquisa e Desenvolvimento (ANID) e insere-se no projeto Fondecyt de Iniciación en Investigación n. 11240009. Email: michele.zezza@ucentral.cl; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4323-9850>

na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, partindo do pressuposto de que, apesar de algumas diferenças formais nos dispositivos, existe uma certa continuidade ideológica quanto aos processos argumentativos e às conclusões. Trata-se de um tema de importância central no constitucionalismo multinível, sob muitos aspectos relacionado com o problema do papel predominante dos juízes na resolução de conflitos a nível europeu. Analisam-se, portanto, cinco casos emblemáticos de colisão entre liberdades económicas e direitos laborais no âmbito do sistema jurídico eurounitário, com o propósito de sublinhar alguns aspectos problemáticos presentes no raciocínio jurídico do Tribunal de Justiça: em particular, pretende-se mostrar como atrás da equiparação formal entre direitos (sociais, trabalhistas) e liberdades económicas esconde-se, de alguma forma, uma diferenciação axiológica no plano material.

ABSTRACT:

This essay aims to examine some of the most relevant cases of conflict between economic freedoms (freedom of establishment and provision of services) and socio-labour rights (the right to strike, union struggle, minimum wage, and collective bargaining) in the case law of the European Court of Justice. It assumes that, despite certain formal differences in the legal provisions, there is a underlying ideological continuity in argumentative processes and conclusions. This is a crucial issue in multilevel constitutionalism, significantly related to the predominant role of judges in resolving conflicts at the European level. Five emblematic cases of collision between economic freedoms and labour rights within the EU legal system are analysed to highlight some problematic aspects present in the Court of Justice's reasoning: in particular, it aims to show how, behind the formal equivalence between rights (social and labour rights) and economic freedoms, there is, to some extent, a substantive axiological differentiation.

RESUMEN:

Este ensayo tiene como objetivo examinar algunos de los casos más relevantes de conflicto entre libertades económicas (libertad de establecimiento y prestación de servicios) y derechos sociolaborales (como el derecho a la huelga, la actividad sindical, el salario mínimo y la negocia-

ción colectiva) en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Parte del supuesto de que, a pesar de ciertas diferencias formales en las disposiciones legales, existe una continuidad ideológica subyacente en los procesos argumentativos y en las conclusiones. Este tema es de central importancia en el constitucionalismo multinivel, estrechamente relacionado con el problema más amplio del papel predominante de los jueces en la resolución de conflictos a nivel europeo. El ensayo analiza cinco casos emblemáticos de colisión entre libertades económicas y derechos laborales en el marco jurídico de la UE, con el propósito de resaltar algunos aspectos problemáticos en el razonamiento jurídico del Tribunal. En particular, busca demostrar cómo la equivalencia formal entre derechos (sociales y laborales) y libertades económicas oculta, en cierta medida, una diferenciación axiológica en el plano material.

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos sociais,; Libertades econômicas,; Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia,; Conflitos entre direitos.

KEYWORDS:

Social Rights; Economic Freedoms; European Court of Justice Case Law, Conflicts between Rights.

PALABRAS CLAVE:

Derechos sociales; Libertades económicas; Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Conflictos de derechos.

INTRODUÇÃO

Em linhas gerais, e sem aprofundar analiticamente o tema, pode-se definir a incompatibilidade entre direitos como uma relação de “incoerência lógica” (*inconsistency*)¹ entre disposições (geralmente formulados em termos de princípios) que reconhecem direitos fundamentais. Nesse tipo de situação, os deveres correlativos não resultam “compossíveis”² ou aplicáveis de forma coerente. Trata-se, portanto, de um problema operacional de aplicação das disposições, que se manifesta nos ordenamentos jurídicos cada vez que não seja possível observar todos os deveres im-

plicados simultaneamente: a concretização de um direito que pertence a um indivíduo “x” requer, por razões conceituais ou factuais (ou seja, abstrata ou concretamente), a implementação de outro direito (que também pode ser outra instância do mesmo direito) de um indivíduo “y”. Estamos diante de uma relação antinômica se as circunstâncias de aplicação das duas normas coincidirem e se as mesmas normas reconhecerem a mesma pretensão normativa a dois ou mais sujeitos, tornando necessária uma “perda” ou um sacrifício dos interesses protegidos.

A título preliminar, é preciso esclarecer que o Tribunal de Justiça da União Europeia nunca assumiu uma posição nitidamente identificável com respeito à relação (hierárquica ou paritária) entre liberdades econômicas e direitos fundamentais³, sendo que a resolução desse tipo de colisão continua dependendo em grande medida das circunstâncias do caso concreto. No entanto, a abordagem que melhor se ajusta à sua jurisprudência sobre essa ligação parece ser aquela que, ao menos formalmente, considera os dois interesses como equivalentes, dotados do mesmo estatuto no âmbito do direito da União.

Em primeiro lugar, embora não faça parte dos propósitos da presente pesquisa aprofundá-los, não se pode negar que existem casos em que, por parte do Tribunal de Justiça, emerge um esforço de harmonização. Neste sentido, a sentença mais representativa pode ser considerada a de *Elliniki* ou *ERT* de 1991 (C-260/89). Este acórdão, de fato, inaugurou uma linha jurisprudencial que emerge tanto em matéria de livre circulação de mercadorias em relação à liberdade de expressão na sentença *Karner* de 2004 (C-71/02), bem como em matéria de livre circulação de pessoas e trabalhadores em relação ao direito à vida familiar no acórdão *Carpenter* de 2002 (C-60/00). O núcleo da resolução do caso *Elliniki* consiste no princípio segundo o qual os Estados-Membros estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais na aplicação do (então denominado) direito comunitário, e que esse requisito também se exige quando se trata de estabelecer exceções às obrigações dos tratados. Portanto, segundo a conclusão do Tribunal, ao tomar medidas que restrinjam uma liberdade econômica fundamental, um Estado-Membro não só deverá ter em conta que essa restrição precisa ser justificada, mas também precisará respeitar os direitos fundamentais reconhecidos como princípios gerais de direito comunitário.

São mais frequentes, contudo, os casos de conflito que envolvem direitos fundamentais e liberdades econômicas do mercado interno, resolvidos pelo Tribunal de Justiça por meio da ponderação e do princípio da proporcionalidade⁴.

Pode-se identificar, nesse sentido, um primeiro grupo constituído por direitos fundamentais de natureza civil ou política que entram em conflito com as liberdades econômicas. Na maioria dos casos, o Tribunal parece disposto a limitar essas liberdades a fim de proteger esses “direitos fundamentais” reconhecidos pelas tradições constitucionais nacionais e pela CEDH. Vão nessa direção o caso *Schmidberger* de 2003 (C-112/00) relativo à liberdade de expressão e reunião; o caso *Omega* de 2004 (C-36/02), relativo à proteção da dignidade humana contra a liberdade de prestação de serviços; e o caso *Sayn-Wittgenstein* (2010, C-208/09), relativo à proteção do princípio constitucional da igualdade perante a livre circulação⁵.

Existe também, por outro lado, um segundo grupo (objeto de estudo do presente ensaio) formado por aqueles conflitos com as liberdades econômicas em que são afetados os direitos de natureza sócio-trabalhista reconhecidos na jurisprudência do Tribunal de Justiça como direitos fundamentais que podem ser protegidos como princípios gerais do direito comunitário: casos em matéria de direito à greve (sent. *Viking*, C-438/05, 2007), de luta sindical (sent. *Laval*, C-341/05, 2007), de salários-mínimos (sent. *Rüffert* C-346/06, 2008) e, finalmente, relativos à relação entre liberdades econômicas (de estabelecimento e prestação de serviços) e direitos coletivos (*Comissão vs. Luxemburgo*, C-319/06, 2008; *Comissão vs. Alemanha*, C-271/08, 2010).

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A SEMÂNTICA DOS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA JURÍDICO DA UNIÃO EUROPEIA

Dentro de uma parte do debate teórico-jurídico, aos direitos sociais costuma ser atribuído o estatuto de normas altamente indeterminadas e conflitivas, isto é, de direitos fictícios ou “de papel”, desprovidos de qualquer obrigação para com o legislador⁶. É importante salientar, contudo, que, em caso de inércia legislativa e/ou jurisdicional, essa característica pode encontrar-se em todas as tipologias de direitos. Dentro das técnicas de redação constitucional, a utilização de cláusulas gerais abertas caracte-

riza com frequência a formulação linguística das disposições normativas que reconhecem direitos fundamentais no geral e não apenas direitos sociais. É conveniente, a esse respeito, estabelecer uma clara distinção entre a dimensão semântica das disposições constitucionais que reconhecem direitos fundamentais, que evidencia elementos comuns no que diz respeito à maneira intencionalmente ampla de formulá-las, e a prática da sua interpretação habitual no plano do constitucionalismo nacional e supranacional, que denota uma tendência generalizada a atribuir-lhes o estatuto de normas abertas.

Como é sabido, a legislação europeia em matéria social se limita à disciplina de disposições em grande parte de tipo programático ou teleológico, cuja execução requer, portanto, uma obra de delimitação do seu conteúdo (a subsequente determinação de critérios que visam controlar o comportamento de seus destinatários, a especificação de um complexo de proibições, comandos, permissões e competências). Particularmente relevante, a este respeito, é o art. 52 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que visa estabelecer o âmbito dos direitos e princípios neles contidos e definir as regras para a sua interpretação: este artigo atribui às disposições concebidas como princípios um estatuto mais flexível, em termos de justiciabilidade, dos direitos subjetivos. Em particular, o parágrafo n. 1 estabelece que qualquer limitação ao exercício dos direitos e liberdades «só pode ser produzida [...] quando for necessária e responder efetivamente a fins de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de proteger direitos e liberdades dos outros»⁷. Mesmo antes dos limites textuais da Carta, em qualquer caso, o principal obstáculo para o desenvolvimento de medidas de proteção social por parte da União deve ser identificado na dificuldade objetiva de implementação (e financiamento) de políticas públicas de caráter redistributivo: a escassa eficácia das disposições de conteúdo social deste documento depende essencialmente da forma como o juiz da União concebeu o seu papel em relação às demais competências.

A compreensão desses pressupostos-chave nos deveria levar a identificar em outros fatores a causa das hierarquias axiológicas que, mais ou menos implicitamente, acabam sendo construídas pelo Tribunal de Luxemburgo na hora de lidar com problemas vinculados à gestão dos direitos trabalhistas.

2. ALGUNS CASOS REPRESENTATIVOS DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Em linhas gerais, o problema que emerge nas sentenças à frente analisadas diz respeito à compatibilidade entre diferentes tipos de interesses no contexto de uma economia social de mercado: os direitos sociais, coletivos e laborais, por um lado, e o exercício de várias formas de liberdades econômicas garantidas pelos tratados europeus, pelo outro. Uma novidade relevante que é preciso evidenciar consiste na decisão do Tribunal de agir em uma esfera de competência tradicionalmente reservada aos Estados, recorrendo ao critério da ponderação e ao princípio de proporcionalidade. A premissa da argumentação do Tribunal, come se antecipou, consiste na equiparação formal de status entre direitos sociais fundamentais e liberdades econômicas, o que leva a uma ponderação entre valores equivalentes suscetíveis de restrição mútua. Superando o obstáculo constituído pelo art. 137.5 do TCE (hoje art. 153 do TFUE), que prevê que a União Europeia não possui competência reguladora em matéria de remuneração, direito de associação, direito de greve e direito de *lockout*, e reconhecendo, por outro lado, o efeito horizontal da liberdade de circulação, mesmo que contrário à autonomia dos sindicatos, o Tribunal de Luxemburgo criou *de facto* o espaço para operar uma ponderação entre direitos desprovidos de uma dimensão autenticamente constitucional⁸. A este respeito, tem afirmado que os Estados-Membros, embora em princípio sejam livres para determinar as condições de existência e as formas de exercício dos direitos subtraídos à competência europeia, mesmo nestes âmbitos, são obrigados a cumprir o direito comunitário.

Como já havia acontecido nas decisões *Omega*⁹ (C-36/02) e *Schmidberger* (C-112/00) – nas quais, contudo, os direitos civis prevalecem sobre as liberdades econômicas – mesmo nesses julgamentos emerge, portanto, a intenção de superar uma conotação puramente economicista da União Europeia, mais precisamente na escolha de operar uma ponderação entre interesses heterogêneos num terreno de igualdade formal. Essa operação equivale de fato ao explícito reconhecimento, pela primeira vez no âmbito da jurisprudência europeia, dos direitos sociais como direitos fundamentais suscetíveis de serem protegidos a nível comunitário. No entanto, pretende-se demonstrar que, embora o Tribunal de Justiça Europeu

reconheça a possibilidade de tomar uma ação coletiva (incluindo, naturalmente, o direito de greve) como um direito fundamental, nesses litígios o Tribunal tem apresentado respostas em favor da tutela das liberdades econômicas no âmbito do mercado interno.

2.1 O caso Viking

Na raiz do conflito de interesses que ocorre nos casos *Viking* e *Laval* pode-se detectar uma das mudanças mais fortes determinadas pelo alargamento do espaço europeu, nomeadamente a decisão de deslocar as atividades produtivas para os países onde o custo da mão-de-obra é menor (*social dumping*), com repercussões inevitáveis, principalmente nas relações laborais. Esta mudança, entre outras consequências, impõe a necessidade de evitar distorções da concorrência entre as empresas localizadas nos países membros da União Europeia (naquela época “Comunidade Europeia”) desde o início ou em qualquer caso por um período mais longo em relação às empresas dos países que aderiram mais recentemente (em especial, no leste europeu). Com uma certa simplificação, poder-se-ia dizer que as múltiplas questões submetidas ao exame do Tribunal nos dois processos se resumem na seguinte questão: uma ação coletiva iniciada no cumprimento das regras em vigor em um Estado-Membro – para evitar uma operação de *flag of convenience*, no caso *Viking*; para induzir uma empresa estrangeira a assinar um contrato setorial, no caso *Laval* – pode legitimamente obstaculizar a prestação de um serviço por uma empresa que se estabeleceu em outro Estado (ou seja, restringir uma liberdade econômica supranacional)? Mais precisamente: no contexto socioeconômico da União após o alargamento, a greve organizada e levada a cabo por trabalhadores residentes em países com elevado nível de proteção social pode ser utilizada como uma forma legítima de protesto contra empresas que, de países com custos trabalhistas mais baixos, buscam explorar sua vantagem competitiva?

O caso *Viking* centra-se no problema da compatibilidade entre os direitos sindicais de ação coletiva e livre iniciativa (do direito de greve, em particular, garantido pelo art. 13 da Constituição finlandesa e reconhecido em vários instrumentos internacionais inclusive como princípio geral do direito comunitário), por um lado, e a liberdade de estabelecimento, de acordo com o art. 43 do Tratado TCE (relativo à liberdade de esta-

belecimento). Sinteticamente: nessa circunstância o Tribunal encontra-se respondendo às seguintes questões: 1) se se enquadrar no âmbito de aplicação do art. 43 TCE uma ação coletiva intentada por um sindicato (ou uma associação de sindicatos) para induzir uma empresa a celebrar uma convenção coletiva destinada a dissuadi-la de exercer a liberdade de estabelecimento; 2) se esse artigo atribuir a uma empresa direitos oponíveis perante os sindicatos; 3) se uma ação coletiva do tipo indicado constituir uma restrição à liberdade de estabelecimento e em que medida; se for esse o caso, essa restrição se justifica. Cabe ressaltar que, pela primeira vez, o Tribunal resolveu o conflito através do recurso ao princípio da proporcionalidade, mas sem chegar a aplicar o teste da proporcionalidade, ou seja, deixando ao juiz nacional decidir se as medidas de contencioso coletivo adotadas no caso concreto eram adequadas e proporcionais para o fim pretendido.

A certa altura, a *Viking Line*, uma empresa finlandesa que opera no Mar Báltico através de um serviço de transporte marítimo entre Tallinn (Estónia) e Helsínquia (Finlândia), pretendeu trocar de pavilhão para se beneficiar de menores custos de mão de obra: em outubro de 2003, comunicou ao sindicato a decisão de mudar a bandeira de uma das balsas de sua frota, a *Rosella*, registrando-a na Estónia. Desta forma, poderia ter operado a um preço mais competitivo, pagando menos pelos tripulantes e conciliando a remuneração com os padrões salariais da Estónia (inferiores respeito aos vigentes na Finlândia). Em resposta, o sindicato marítimo finlandês denunciou a mudança da bandeira “de conveniência”, convocando uma greve e ameaçando novas ações coletivas. A pretensão do sindicato consistia em garantir que, no caso de uma mudança de bandeira, os trabalhadores não poderiam ser demitidos, sendo que o acordo coletivo e a lei finlandesa continuariam a ser aplicados. A resposta da *Viking* para tentar bloquear a greve foi entrar com uma ação judicial que terminou com uma conciliação. A empresa interpôs um recurso com o objetivo de verificar a oposição da ação sindical à liberdade de estabelecimento e instar o sindicato a não impedir a sua ação: solicitou à justiça britânica que declarasse a greve e as medidas sindicais como contrárias ao direito comunitário por considerar que essas reivindicações tornavam a mudança de bandeira inútil; por outro lado, contestou o boicote levado a cabo pela associação internacional que reúne os sindicatos dos trabalhadores dos

transportes (*International Transport Workers Federation*). Em primeira instância, foi aceito o pedido da *Viking*, mas, em recurso, o órgão jurisdicional encarregado de resolver o caso decidiu submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça Europeu, que proferiu sentença em 11 de dezembro de 2007, seguindo as orientações do Advogado-Geral Maduro.

O Tribunal estabeleceu que as ações coletivas levadas a cabo pelo sindicato finlandês constituíam ilegítimas restrições à liberdade de prestação de serviços reconhecida pelo art. 43 do Tratado CE. Neste sentido, afirmou que a proteção dos trabalhadores constitui um interesse legítimo que pode justificar, em princípio, uma restrição a uma liberdade fundamental, destacando, por outro lado, que o objetivo de proteger e melhorar as condições de trabalho constitui uma razão primordial de interesse geral (pontos 77 ss.). Ao mesmo tempo, acrescenta que, para considerar a ação coletiva justificada, deve estar efetivamente vinculada ao objetivo da proteção, o que não ocorre se os empregos não forem realmente comprometidos ou seriamente ameaçados. Além disso, mesmo na presença dessas condições, é necessário que o Tribunal verifique se a ação adotada é realmente adequada para alcançar o objetivo, ou seja, o juiz deverá verificar se o sindicato possui meios menos restritivos da livre iniciativa e se estes já foram empregados antes de se chegar a uma ação coletiva (ponto 75).

2.2 O caso Laval

Na sentença *Laval*, o Tribunal, além de abordar essencialmente as mesmas questões teóricas envolvidas no caso *Viking*, embora desta vez operando uma ponderação com a livre circulação de serviços, acaba formulando uma avaliação da admissibilidade da ação coletiva a partir de uma interpretação específica (do art. 3 em particular) da Diretiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (16/12/1996) relativa ao destacamento transnacional de trabalhadores em serviço. Em resumo, esta diretiva prescreve o tratamento mínimo da *lex loci laboris*, aplicável a trabalhadores destacados em países-membros da UE na execução de contratos de aquisição transnacional ou contratos de trabalho. Ela identifica estes tratamentos mínimos com os estabelecidos por lei ou convenção coletiva aplicável *erga omnes*, relativos a uma lista taxativa de matérias, mas prevendo a possibilidade de os Estados-Membros imporem às empresas que destacam «condições de trabalho e de emprego em matérias diferentes

daquelas [...], no caso de disposições de ordem pública» (art. 3, n. 9,1 *al.*), e para permitir a aplicação de «condições de trabalho e emprego mais favoráveis aos trabalhadores» (art. 3, par. 7, minha tradução).

Nesse caso, uma empresa letã, a *Laval*, destacou os seus trabalhadores para realizarem trabalhos na Suécia no canteiro de obras de uma filial que tinha ganho um contrato para a construção de uma escola na cidade sueca de Vaxholm. A empresa tinha assinado dois acordos coletivos com o sindicato letão, mas nenhum com os sindicatos suecos e, após o início das negociações, estes não se concretizaram. Os sindicatos suecos, portanto, tomaram algumas medidas de conflito coletivo, bloqueando as atividades do canteiro de obras e a entrega de mercadorias, impedindo (com piquetes) os trabalhadores letões de entrar no local de trabalho e declarando uma greve de solidariedade. Consequentemente, a *Laval* recorreu ao juiz para obter o reconhecimento da ilegalidade do bloqueio e da ação conjunta dos sindicatos, além de solicitar a indenização pelos danos sofridos.

Questionado sobre a controvérsia, o órgão jurisdicional encarregado de julgar a reclamação optou por não considerar o pedido e aplicar medidas cautelares (a interrupção provisória das ações conjuntas) e, face às dúvidas que surgiram quanto à compatibilidade das medidas coletivas de conflito com o direito comunitário, decidiu colocar uma questão preliminar. Na sentença de 18 de dezembro 2007, após ter examinado a compatibilidade com o direito comunitário das ações levadas a cabo, embora tenha avaliado que o exercício da ação coletiva constitui um direito fundamental suscetível de ser protegido como princípio geral do direito comunitário, deixou claro que neste caso as medidas de conflito coletivo adotadas não estavam justificadas. O Tribunal considerou que a ação sindical adotada constituía uma restrição injustificada à livre circulação de serviços. Afirmou ainda que a liberdade de estabelecimento e a Diretiva 96/71/CE impedem uma ação coletiva por parte de uma organização sindical que possa induzir um prestador de serviços estrangeiro a iniciar negociações sobre a remuneração e a estipulação de um acordo coletivo relativo ao trabalho nas condições mais favoráveis. Mais precisamente: embora o art. 3.7 pareça autorizar a busca das condições mais favoráveis para os trabalhadores, o Tribunal rejeitou uma interpretação segundo a qual o Estado-Membro de acolhimento poderia subordinar a prestação de um serviço no seu território ao cumprimento das condições de trabalho

que vão além dos padrões mínimos de tutela obrigatórios. A restrição à livre circulação de serviços, que visa impor normas de proteção social superiores àquelas fixadas pela Diretiva 96/71/CE, não pode ser considerada adequada para a realização de objetivos dignos de proteção ao abrigo do direito comunitário e, ademais, para efeitos de resolução do litígio.

Os juízes verificaram, em primeiro lugar, se as atividades sindicais tinham determinado efetivamente uma restrição à liberdade econômica, avaliando a legalidade da ação coletiva com base no princípio da proporcionalidade. As lutas sindicais, de acordo com a conclusão do Tribunal, não devem ser “excessivas” ou “vexatórias” em face dos objetivos da contraparte empresarial. A este respeito, na sentença afirma-se que, em princípio, a limitação da concorrência prevista no parágrafo quinto do art. 137 do Tratado não impede que determinadas ações coletivas, como as que estão em causa no caso em apreço, sejam de sua competência. Com base nisso, exclui-se que a qualificação da greve e da autonomia coletiva como direitos fundamentais poderia, por si só, levar à legalidade da ação sindical contestada.

Ora, já é possível observar que nesses primeiros dois casos de conflito o Tribunal de Justiça Europeu apresentou uma resposta em favor da tutela das liberdades de circulação no âmbito do mercado interno e, ao mesmo tempo, em detrimento do direito de negociação coletiva (regido pelo art. 28 da Carta dos Direitos Fundamentais da União) e dos direitos dos trabalhadores e das suas associações sindicais segundo o mais alto padrão entre as possibilidades disponíveis (art. 53 da mesma Carta). Esta orientação do Tribunal, manifestamente, não transpõe os conteúdos substantivos do preâmbulo e dos artigos 2º e 3º dos Tratados da União, relativos ao desenvolvimento sustentável, à coesão econômica e social, à eliminação das desigualdades e à garantia de todos os direitos (incluindo, obviamente, os direitos sociais).

2.3 O caso *Rüffert*

O caso *Rüffert* centra-se no problema dos limites que cada Estado-Membro encontra na implementação da disciplina europeia em matéria de serviços públicos e de liberdade de prestação de serviços. A origem do conflito pode ser detectada em uma norma com base na qual o Estado da Baixa Saxônia (*Land Niedersachsen*) previa que os contratos de

obras públicas de sua competência só pudessem ser atribuídos àquelas empresas que aceitassem o compromisso de remunerar seus funcionários conforme previsto nos acordos coletivos do lugar de execução à luz de uma norma que, sob pena de pagamento de uma multa convencional, obrigava o adjudicatário a impor esta condição também a quaisquer subcontratantes. Após ter sido declarada a falência da empresa de construção, com base nestas disposições legais, e de acordo com um processo judicial que verificou que o subcontratante polaco havia pagado aos 53 trabalhadores deslocados segundo parâmetros bem inferiores aos impostos pelos acordos coletivos, o *Land* exigiu que o administrador da falência pagasse a multa pré-estabelecida. Investido deste litígio, o *Oberlandesgericht* de Celle preocupou-se antes de tudo em verificar a legitimidade da imposição desses parâmetros de proteção social através de meios normativos; em segundo lugar, decidiu suspender o processo para perguntar ao Tribunal de Justiça se tal disposição era compatível com o direito comunitário e em particular com a Diretiva 96/71 e o art. 49 do Tratado da Comunidade Europeia (que disciplina o seu alargamento, ao proporcionar a base jurídica para qualquer Estado europeu que pretenda aderir).

Fazendo referência ao disposto no parágrafo primeiro do art. 3 n. 1 da Diretiva 96/71, os juízes afirmaram que os Estados de acolhimento estão obrigados a regulamentar a garantia das condições de trabalho e, em particular, dos salários-mínimos apenas através de «disposições legislativas, normativas ou administrativas e/ou contratos coletivos ou arbitragem declarada de aplicação geral» (minha tradução). Dentro deste marco normativo, a disposição pela qual o *Land* conecta a definição dos padrões de salário-mínimo à negociação coletiva no local de execução do contrato (e não à negociação coletiva de aplicação geral) está – na opinião do Tribunal – em contradição com as disposições da diretiva que limitam os instrumentos “utilizáveis” pelo legislador nacional para disciplinar legitimamente as condições de trabalho dos trabalhadores destacados por uma empresa estrangeira. Por outro lado, este descumprimento das disposições da diretiva se relaciona com a inobservância do art. 49 do Tratado da Comunidade Europeia. Na fundamentação do Tribunal, a disciplina do *Land*, ao prever a possibilidade de um encargo econômico adicional para as empresas dos Estados-Membros que tenham estabelecido níveis salariais mais baixos, deve se conceber como uma restrição à livre prestação

de serviços injustificada, ao não ser necessária para proteger os trabalhadores destacados (já tutelados pela diretiva) e a autonomia sindical.

Essa decisão, basicamente, decreta a inadequação da negociação coletiva, por não ser considerada de aplicação geral, sem explicar as razões pelas quais a restrição à livre prestação de serviços causada pela supressão da “vantagem competitiva” deve ser considerada legítima se for alcançada por uma negociação coletiva de aplicação geral. De fato, os juízes limitam a admissibilidade das convenções coletivas aos casos em que, pela sua relevância geral, adquiram características equiparáveis à lei. À época da análise, parece possível afirmar com certa facilidade que, mesmo nesse caso, resulta penalizado o art. 3.7 da Diretiva 96/71/CE que estabelece o critério da aplicação, por parte do Estado de acolhimento, das condições mais favoráveis face aos trabalhadores. Em outras palavras, emerge outra vez a tendência a comprimir a autonomia dos parceiros sociais e a utilizar ferramentas de caráter público para resolver as tensões sociais e definir o equilíbrio entre as partes contratantes da relação de trabalho¹⁰.

2.4 O caso Comissão v. Luxemburgo

O caso *Comissão v. Luxemburgo* resulta de um recurso por descumprimento interposto pela Comissão Europeia, com o objetivo de constatar que a lei luxemburguesa de 20 de dezembro de 2002 determina para o Grão-Ducado do Luxemburgo a extinção das obrigações contidas nos artigos 3, n. 1 e 10 da Diretiva 96/71, e nos artigos 49 e 50 da CE.

Com parecer emitido em 19.06.2008, o Tribunal afirmou que o Grão-Ducado não tem fundamento jurídico para recorrer ao art. 3, n. 12 da diretiva, no que diz respeito a algumas previsões de direito interno. Em relação à disposição referente ao contrato escrito ou ao documento constituído nos termos da Diretiva 91/533, o Tribunal de Justiça afirmou que a extensão da proteção não é possível nos casos em que os trabalhadores destacados já estejam recebendo uma tutela substancialmente análoga no Estado em que se instalou a entidade empregadora. No que diz respeito à disposição relativa à adaptação automática das remunerações à evolução do custo de vida, o Tribunal alegou que o Grão-Ducado não apresentou uma análise satisfatória da adequação e proporcionalidade da medida. Já quanto à disciplina do trabalho a tempo parcial e a termo certo, o Tribunal considerou que o Grão-Ducado não pode fazer uso da chamada

exceção de “ordem pública”. A Corte também considerou que o Grão-Ducado não havia tomado as medidas necessárias para transpor o art. 3.1.a) da Diretiva 96/71, que regula o cumprimento dos períodos máximos de trabalho e dos períodos mínimos de descanso. Retomando algumas passagens dos acórdãos *Laval e Rüffert*, o Tribunal afirmou que a disposição que reconhece aos Estados-Membros a possibilidade, em conformidade com o Tratado, de impor de forma não discriminatória às empresas que destacam trabalhadores para o seu território condições de trabalho e de emprego tratando de assuntos diversos daqueles previstos no art. 3.1 da Diretiva 96/71, na medida em que se trata de disposições de ordem pública, permite uma derrogação do princípio consagrado no mencionado artigo. Além disso, a referência a esta possibilidade de derrogação não isenta os Estados-Membros do cumprimento das obrigações que lhes incumbem por força do Tratado, nomeadamente no que se refere à livre prestação de serviços.

A disposição relativa ao pedido de informações da Inspeção do Trabalho aos empregadores foi considerada incompatível com o art. 49 CE por falta de clareza. O mesmo critério foi aplicado à disposição que obriga os empregadores de trabalhadores destacados a designar um agente *ad hoc* residente em Luxemburgo para a conservação de documentos que devem ser sujeitos ao controle das autoridades nacionais competentes, uma vez que isto implica um aumento dos encargos administrativos e financeiros que distorce a concorrência em relação aos empregadores que operam no Grão-Ducado.

2.5 O caso Comissão v. Alemanha

Para sintetizar o núcleo do caso Comissão v. Alemanha parecem importantes as conclusões da Advogada-Geral Trstenjack, que se refere a «um conflito entre as obrigações derivadas das liberdades fundamentais, por um lado, e o direito à negociação coletiva e o direito de negociar autonomia, pelo outro»¹¹, tendo em conta que estes direitos são princípios gerais do direito comunitário e, portanto, “direitos sociais fundamentais” e devem ser compatibilizados com as diretivas relativas aos contratos públicos, que especificam a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços.

Esse caso diz respeito a um recurso por violação, interposto pela Co-

missão contra a República Federal da Alemanha, que visa a verificar se a República Federal da Alemanha não cumpriu com as suas obrigações, em primeiro lugar ao abrigo das disposições combinadas do art. 8 e do Título III-VI da Diretiva do Conselho de 18 de Junho de 1992, 92/50/CEE, que coordena os procedimentos de adjudicação de contratos públicos de serviços e, subsequentemente, por força das disposições combinadas dos artigos 20 e 23-55 da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março de 2004, 2004/18/CE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de obras públicas, fornecimentos e serviços. Segundo a contestação, as autarquias locais alemãs celebraram acordos-quadro relativos à pensão complementar de empresa dos seus trabalhadores com instituições de segurança social selecionadas com base numa convenção coletiva. Por esta razão, não haveriam cumprido as regras europeias que exigem a abertura de um concurso comunitário e, portanto, pelo menos indiretamente, violaram as normas relativas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços.

Na Alemanha, com base no BetrAVG (Betriebsrentengesetz) – uma norma que disciplina a conversão da remuneração salarial em contribuições para planos de pensões, a pedido dos trabalhadores – dentro da Confederação das organizações empresariais e de serviços municipais foi encontrado um acordo coletivo em 18 de fevereiro de 2003 (TV-EUmw/VKA), que reconhecia aos trabalhadores do serviço público municipal o direito de converter a sua retribuição. No art. 6 do mesmo documento foram expressamente designadas as entidades e as empresas seguradoras a quem cabia exclusivamente a execução da conversão salarial apurada. Esta disposição, na visão da Comissão Europeia, omitia o procedimento de adjudicação de contratos públicos previsto na Diretiva 92/50, e violava os princípios da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços (artigos 43 e 49 do TCE), na medida em que as administrações locais e as empresas municipais não haviam realizado um concurso à escala europeia para a adjudicação da gestão de planos de pensões. A Comissão acusou a Alemanha de ter violado as obrigações estabelecidas por essas diretivas, já que as administrações de algumas cidades alemãs haviam estipulado acordos-quadro relativos ao regime complementar de pensões de empresa dos seus trabalhadores diretamente com entidades que desenvolvem funções de segurança social escolhidas com base em

uma convenção coletiva previamente celebrada, sem convocar previamente um concurso a nível europeu. Por outro lado, o governo alemão entendeu que as entidades municipais não podem ser consideradas entidades adjudicantes para efeitos da regulamentação dos contratos públicos, tendo em conta os compromissos decorrentes do acordo coletivo. Acrescentou também que os contratos estipulados entre as referidas entidades com as sociedades gestoras de planos de pensões não constituiriam contratos públicos, mas sim contratos individuais de trabalho, estando protegidos pela autonomia negocial do acordo coletivo.

No acórdão Viking, o Tribunal havia declarado que a imunidade para a ação contratual com respeito à liberdade de concorrência não poderia ser concedida à greve para efeitos contratuais (prevalece a liberdade económica de circulação). O caso Comissão v. Alemanha, essencialmente, estende este último princípio ao direito à negociação coletiva, reafirmando o primado das regras sobre os contratos de serviço público. Nessa base, o Tribunal condenou a Alemanha por não considerar justificada a restrição à liberdade económica introduzida num acordo coletivo, o que implica o desrespeito da legislação europeia em matéria de contratos. Numa linha de continuidade substancial com as operações interpretativas dos acórdãos Viking e Laval, os juízes relacionaram o incumprimento das obrigações das diretivas em causa com a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento. Repetindo argumentos já expressos nos casos anteriores, afirmaram a aplicabilidade dessas normas comunitárias.

Na sentença de 15 de julho de 2010, o Tribunal estabeleceu que, embora as autoridades locais devam respeitar o direito comunitário, o recurso deve ser rejeitado porque a Comissão se baseou em presunções não comprovadas. Por outro lado, afirmou que o art. 6 do Acordo Coletivo, independentemente do seu objeto social, tem como consequência «excluir totalmente e por tempo indeterminado a aplicação das regras contidas nas Diretivas 92/50 e 2004/18 no domínio dos planos de pensões dos trabalhadores municipais»¹². O Tribunal também considerou que algumas empresas municipais fizeram uso do art. 6 na hora de adjudicar diretamente contratos de seguro a outras sociedades que não são mencionadas no referido artigo, sem que isso aparentemente tenha diminuído o interesse social. Após a rejeição das alegações do Governo alemão, o Tri-

bunal de Justiça afirmou que «o cumprimento das diretivas relativas aos contratos de serviço público não é incompatível com a concretização do objetivo social perseguido pelas partes [...] no exercício do seu direito à negociação coletiva»¹³; e concluiu que a República Federal da Alemanha violou as obrigações decorrentes das diretivas 92/50 e 2004/18.

Com este acórdão, portanto, estabelece-se que o reconhecimento do direito à negociação coletiva como direito fundamental não pode comportar automaticamente a isenção, por parte das administrações patronais municipais e das empresas, do cumprimento das obrigações impostas por essas diretivas. Embora o direito à negociação coletiva goze, na Alemanha, da proteção constitucional reconhecida pelo art. 9.3 da constituição, de acordo com o art. 28 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, este deve ser exercido de acordo com as regras da União e, por conseguinte, é sujeito à ponderação com as obrigações decorrentes das liberdades protegidas pelo Tratado FUE.

3. LINHAS GERAIS DO RACIOCÍNIO JURÍDICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

Nos acórdãos analisados emerge o papel decisivo, desempenhado no quadro do sistema jurídico da União Europeia, da mediação judicial como lugar que – na ausência de mecanismos democrático-representativos e de uma dimensão genuinamente político-constitucional – está habilitada para encontrar o ponto de equilíbrio entre as necessidades económicas e as demandas de solidariedade. Em segundo lugar, as decisões consideradas evidenciam algumas passagens problemáticas, em particular na aplicação do teste de necessidade – segundo o qual a medida impugnada deve ser a menos invasiva possível em relação ao bem jurídico concorrente – e do teste da proporcionalidade em sentido estrito – segundo o qual o sacrifício imposto por uma medida a um direito fundamental concorrente deve ser razoavelmente equilibrado em relação ao nível de satisfação deste último. Em termos mais gerais, uma decisão que subordina teórica e concretamente os direitos fundamentais às liberdades económicas e os reconhece apenas na condição de respeitar o princípio da proporcionalidade afasta-se consideravelmente de qualquer modelo de desenvolvimento sustentável¹⁴.

Finalmente, de uma análise comparada desses julgamentos detecta-

-se uma linha de raciocínio segundo a qual os Estados podem aplicar os seus direitos fundamentais (e em particular sociais) só nos casos em que não interfiram com os objetivos econômicos comuns do mercado interno e com a prevalência das liberdades econômicas (as liberdades de estabelecimento e circulação de pessoas, serviços, mercadorias e capitais) reconhecidas pelos tratados europeus. Nessa perspectiva, os direitos sociais podem constituir um obstáculo legítimo às liberdades econômicas, mas apenas na medida em que seu exercício respeite o cânone da proporcionalidade; ou na medida em que as ações coletivas, bem como qualquer outra restrição a qualquer outra liberdade econômica, “prossigam um objetivo de interesse geral, sejam suficientes para garantir a sua realização e não excedam o necessário para os atingir”¹⁵. Nesse sentido, a pergunta que o juiz da União Europeia faz não é “até que ponto os direitos laborais podem ser condicionados pelas liberdades econômicas?”, mas exatamente a contrária: “até que ponto os direitos laborais podem restringir as liberdades fundamentais?”.

Trata-se de um modelo de raciocínio jurídico que revela certa continuidade com a necessidade, já afirmada na jurisprudência europeia em matéria social, de conciliar o respeito ao direito de circular livremente no espaço europeu com os distintos sistemas de proteção social previstos para os trabalhadores. A assimetria entre os princípios constitutivos do mercado europeu e a autonomia dos sistemas sociais nacionais decorre essencialmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a relação entre os sistemas nacionais de direito do trabalho e a segurança social e os princípios da “Constituição Econômica Europeia”, tanto em termos de regras de concorrência quanto em termos de liberdades econômicas fundamentais. Os direitos sociais, nesse sentido, resultam “funcionalizados” no que diz respeito às exigências de competitividade do mercado comum europeu, à livre concorrência e, de um modo mais geral, ao desenvolvimento econômico. Essa atitude interpretativa, por alguns aspectos, reflete uma atmosfera externa marcada por uma ideologia substancialmente neoliberal: uma moral social dominante centrada nos critérios de estabilidade macroeconômica, de competitividade e de confiança no mercado financeiro¹⁶. Uma abordagem jurisprudencial que atribui aos direitos sociais um papel de subordinação instrumental aos objetivos econômicos parece encontrar seu fundamento filosófico em uma visão regressiva do

constitucionalismo, segundo a qual a razão última que justifica a proteção dos direitos consiste essencialmente na sua compatibilidade com o pleno desenrolar do princípio do livre mercado e com a maximização do rendimento econômico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARAK, A. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BERCUSSON, B. The Trade Union Movement and the European Union: judgement day. *European Law Journal*, v. 13, n. 3, p. 279-308, 2007.

CARABELLI, U. Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica. *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, p. 223-228, 2011.

DAVIES, A. C. L. The Right to Strike Versus Freedom of Establishment in EC Law: The Battle Commences. *Indian Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-86, 2006.

GIUBBONI, S. *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze. Appunti sulle trasformazioni della costituzione economica comunitaria*, Disponível em: astrid-online.it/static/upload/protected/Giub/Giubboniper-ASTRID-definitivo_09_03_09.pdf. Acesso em 05 dez 2024.

GUASTINI, R. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996.

JOERGES, C. Sozialstaatlichkeit in Europe? A Conflict-of-Laws Approach to the Law of the EU and the Proceduralisation of Constitutionalisation, *German Law Journal*, v. 10, n. 4, p. 335-360, 2009.

MATHEWS, J.; STONE SWEET, S. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 47, p. 73-165, 2008.

MORIJIN, J. Balancing Fundamental Rights and Common Market Free-

doms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution, *European Law Journal*, n. 15, p. 15-40, 2006.

RAZ, J. On the Nature of Rights, *Mind*, v. 93, n. 370, p. 194-214, 1984.

SARRIÓN ESTEVE, J. Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista De Derecho Político*, n. 81, p. 379-412, 2011.

SCHLINK, B. Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here? *Duke Journal of Comparative & International Law*, n. 22, p. 291-302, 2012.

VESPAZIANI, A. Il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali nella giurisprudenza comunitaria: A View from Luxembourg. In: DELI, M. B.; MAURO, M. R.; PERNAZZA, F.; TRAI SCI, F. P. (a cura di), *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*: Napoli: ESI, 2012.

'Notas de fim'

1 A distinção entre “consistency” (compatibilidade lógica) e “coherence” (congruência substancial) entre normas está claramente delineada, por exemplo, em MACCOR-MICK, N. Coherence in Legal Justification. In: PECZENIK, A. et al. (Eds.). *Theory of Legal Science*, Dordrecht: Reidel, 1984, p. 235-251. Hart, AZ, J., 9. 3 1984.; ALDRON, J., rights in conflict. In: WALDRON, J. Cambridge. C., 7 2001.

2 “The impossibility of rights can assume either of two dimensions: incompatibility may exist between different persons’ exercises of different kinds of right; or it may exist between different persons’ exercises of the same kind of right. My exercise of my right to free speech may interfere with your exercise of your right to privacy; or my exercise of my right to free speech may interfere with your exercise of your right to free speech. One objection that is sometimes registered to such exemplifications of incompatibility consists in claiming that they enjoy whatever damaging plausibility they appear to possess by trading on what are merely abbreviated descriptions of the rights involved” (STEINER, H. The Structure of a set of Compossible Rights. *Journal of Philosophy*, v. 74, n. 12, p. 768, 1977).

3 No que diz respeito ao debate teórico, vejamos em particular: TANCREDI, A. L’emersione dei diritti fondamentali “assoluti” nella giurisprudenza comunitaria. *Rivista di diritto internazionale*, v. 89, n.3, p. 644-692, 2006; KOMBOS, C. Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity. *European Public Law*, v. 12, n. 3, p. 433-460, 2006; BERCUSSON, B. The Trade Union Movement and the European Union: Judgement Day. *European Law Journal*, v. 13, n. 3, p. 279-308, 2007; DAVIES, A. C. L. The Right to Strike versus Freedom of Establishment in EC law: the battle commences. *Indian Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-86, 2006; SARRIÓN ESTEVE, J. Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista De Derecho Político*, n. 81, p. 379-412, 2011; VESPAZIANI, A. Il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali nella giurisprudenza comunitaria: a view from Luxembourg. In: DELI, M. B.; MAURO, M. R.; PERNAZZA, F.; TRAI SCI, F. P. (a cura di), *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*: Napoli: ESI, 2012.

4 Sem entrar em detalhes sobre o assunto, que devido à sua complexidade exigiria um espaço autônomo de discussão, podemos nos limitar a considerar genericamente a noção de ponderação como uma estrutura argumentativa, usada principalmente em sede judicial dentro de casos concretos, para justificar uma relação de prioridade condicional entre regras. Diante da impossibilidade de resolver a contradição normativa declarando a nulidade, a revogação ou a derrogação de uma das duas normas conflitantes, o método apropriado para resolver a antinomia é geralmente identificado na ponderação: uma avaliação comparativa dos princípios em jogo, com base nas circunstâncias relevantes, o que leva à não aplicação parcial de algum dos princípios, e à aplicação de outro. O principal objetivo da ponderação consiste na resolução de conflitos normativos atribuindo um grau ou “peso” diferente a cada um dos interesses em jogo. A literatura teórica sobre o tema é interminável; acima de tudo, veja-se ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais* São Paulo: Malheiros, 2017.

Por outro lado, podemos identificar na noção de proporcionalidade uma técnica argumentativa voltada para estabelecer o grau “adequado” de satisfação de um princípio em relação a outros, avaliando desta forma se os limites impostos à aplicação de um direito não sejam realmente excessivos em relação à extensão do sacrifício constitucionalmente permitido. Sobre o mais recente debate teórico-jurídico em matéria de proporcionalidade vejam-se em particular, além do estudo clássico de Alexy: AARAK, A., *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, Cambridge: Cambridge University Press, C012; JATTHEWS, J., ATONE SWEET, A., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, *«olumbia Journal of Transnational Law»* n. 47, 2. 73-165, 2008; BCHLINK, B. *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?*, *«uke Journal of Comparative & International Law»* n. 22, p2 291-302, 2012..

5 Muito sinteticamente: em Schmidberger e Omega, o direito à liberdade de expressão e reunião e a dignidade humana prevalecem sobre a livre circulação de mercadorias e a liberdade de prestação de serviços, respectivamente; em Sayn-Wittgestein, é o princípio constitucional da igualdade que prevalece. Finalmente, na sentença Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (C-67/96, 1999), o Tribunal decidiu que o direito à negociação coletiva poderia ser isento do direito à concorrência.

6 Na reconstrução de Riccardo Guastini, devem ser considerados “de papel” aqueles direitos que resultam desprovidos pelo menos de uma das seguintes características: a) ter um conteúdo determinado; b) poder ser exercidos ou reivindicados perante um sujeito específico; c) ser suscetíveis de tutela. Direitos de papel por excelência, na opinião do autor, são os direitos sociais assim como aparecem formulados nos textos constitucionais, já que, na ausência de uma obra de concretização do seu conteúdo, resultam sempre deficientes no que diz respeito aos três perfis indicados (cf. GUASTINI, R. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996).

7 Minha tradução. A fórmula utilizada inspira-se em grande medida na jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual «restrictions may be imposed on the exercise of those rights, in particular in the context of a common organisation of a market, provided that those restrictions in fact correspond to objectives of general interest pursued by the Community and do not constitute, with regard to the aim pursued, disproportionate and unreason-able interference undermining the very substance of those rights» (acórdão de 13 de Abril de 2000, processo C-292/97, n. 45 da fundamentação). Sobre a distinção entre direitos e princípios na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cf. COZZI, A. O. *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Profili costituzionali. Napoli: Jovene, 2017. Sobre as propriedades operacionais das normas teleológicas, cf. particularmente ATIENZA, M; RUIZ MANERO, J. *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2004, p. 8.

8 Algumas considerações críticas sobre esta operação podem ser encontradas, por exemplo em BALLESTRERO, M. V. *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*. Lavoro e diritto, v. 22, n. 2, p. 389-391, 2008; CARA-

BELLI, U. Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica. *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, p. 223-228, 2011.

9 Embora tenha dado prioridade concreta ao valor da dignidade humana sobre a liberdade de circulação, já nesta sentença de 14 de outubro de 2004 o Tribunal de Justiça configurou os direitos humanos individuais como simples limite formal das liberdades econômicas. Cf. em particular MORIJIN, J. Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution. *European Law Journal*, n. 15, p. 31-33, 2006.

10 Um juízo negativo sobre a sentença é formulado por exemplo por VECCHIO, F. Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?, em www.europeanrights.eu, 2010 («[s]e in Viking e Laval i giudici equiparano atti normativi del potere pubblico e contratti collettivi e mostrano di non riconoscere la specificità delle disposizioni prodotte dal negoziato delle parti sociali, con Rüffert, in piena consonanza ideologica con le precedenti decisioni, essi limitano l'accettabilità dei contratti collettivi a quelle ipotesi in cui essi, in virtù della loro rilevanza generale, acquisiscono tratti equiparabili alla legge»; *ibid.*, p. 9). Veja-se também, nesse sentido, S. Giubboni: “[n]ella sentenza Rüffert il disfavore verso meccanismi di sostegno dell'applicazione del contratto collettivo, diversi da quelli strettamente tipizzati dalla direttiva, arriva a mettere in discussione – attraverso un percorso argomentativo viziato da forti elementi di contraddizione – forme di tutela che appartengono a pieno titolo allo strumentario classico del diritto del lavoro e che sono strettamente connesse alla missione fondativa sulla quale esso si è costruito come limite invalicabile alla mercificazione del lavoro” (GIUBBONI, S. Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze. Appunti sulle trasformazioni della costituzione economica comunitaria, in strid-online.it/static/upload/protected/Giub/Giubboniper-AS-TRID-definitivo_09_03_09.pdf, p. 17).

11 Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjack apresentadas no 14 de abril de 2010, alínea n. 3.

12 *Ibid.*, alínea n. 53.

13 *Ibid.*, alínea n. 65.

14 Nos termos do art. 2 do Tratado que institui a Comunidade Europeia: “The Community shall have as its task, by establishing a common market and an economic and monetary union and by implementing common policies or activities referred to in Articles 3 and 4, to promote throughout the Community a harmonious, balanced and sustainable development of economic activities, a high level of employment and of social protection, equality between men and women, sustainable and non-inflationary growth, a high degree of competitiveness and convergence of economic performance, a high level of protection and improvement of the quality of the environment, the raising of the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among Member States”.

15 Essa fórmula é geralmente utilizada pelo Tribunal de Luxemburgo. Ver, por todos, a ação julgada pela Seção Grande, que diz respeito às duas liberdades fundamentais mencionadas: sentença C-150/04, de 30 de janeiro de 2007.

16 «[I]n the Court's view, the exercise of “social rights”, in particular the collective rights of trade unions, has to respect the economic freedoms guaranteed by the Treaty and the soft law method of coordination needs to operate in the shadow of the hard law of negative integration» (C. Joerges, «Sozialstaatlichkeit in Europe? A Conflict-of-Laws Approach to the Law of the EU and the Proceduralisation of Constitutionalisation», *German Law Journal*, 2009, 10, 4, p. 356).

