
COMENTÁRIOS AOS ACÓRDÃOS VIKING E LAVAL: o direito de greve na União Europeia

COMENTARIOS SOBRE LOS JUICIOS Viking y Laval: el derecho de huelga en la Unión Europea

HELENA TELINO NEVES ¹

RAPHAELLA VIANA SILVA ASFORA ²

RESUMO: O presente estudo remete à importância dos direitos sociais, os quais dependem de ações legislativas e executivas, que estão sendo afetadas pelos movimentos de reforma do Estado desencadeados pela crise. No cenário internacional, a crescente insegurança decorre de uma demanda cada vez maior por prestações sociais, acompanhadas de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sobrevalorização da economia face aos direitos sociais. Portanto, o direito de greve foi o direito social escolhido para efeitos de análise no quadro da União Europeia. O objeto de estudo diz respeito aos Acórdãos do Tribunal de Justiça proferidos em 2007, o Caso Laval e o Caso Viking que versam, sobretudo, sobre limites comunitários ao exercício do direito de ação coletiva, como a greve. Neste contexto, a partir do constitucionalismo, há uma reflexão acerca dos direitos fundamentais, os direitos individuais, direitos negativos e os direitos de primeira dimensão (vida, liberdade, propriedade e intimidade), uma certa expectativa de abstenção do Estado, ao poder exercer em sua plenitude os direitos fundamentais que estavam sendo reivindicados, ao compreender em que medida uma ação sindical coletiva pode constituir um obstáculo à liberdade de estabelecimento na União Europeia e como se deve conciliar a liberdade de estabelecimento e o direito de ação coletiva.

Palavras-chave: Acórdãos. Viking e Laval. Direito de Greve. União Europeia.

RESUMEN: Este estudio apunta a la importancia de los derechos sociales, que dependen de las acciones legislativas y ejecutivas, que están siendo afectadas por los movimientos de reforma del Estado provocados por la crisis. A nivel internacional, la creciente inseguridad se debe a la demanda de prestaciones sociales, acompañadas de una disminución paralela de la capacidad prestacional del Estado y la sobrevaloración de la economía a los derechos sociales. Todavía, el derecho de huelga es el derecho social elegido para el análisis dentro de la Unión Europea. El tema se refiere al Tribunal de Justicia proferidos en 2007, el Caso Laval y el Caso de Viking, que se centran principalmente en los límites de la Comunidad en el ejercicio del derecho a la acción colectiva, como la huelga. En este contexto, desde el constitucionalismo, hay una reflexión sobre los derechos fundamentales, los derechos individuales, los derechos negativos y la primera dimensión de los derechos (la vida, la libertad, la propiedad y la privacidad), una cierta expectativa de la abstención del Estado, para poder continuar su plenitud a los derechos fundamentales que estaban siendo reclamados, para comprender en qué medida una acción sindical colectiva puede constituir un obstáculo a la libertad de establecimiento en la Unión Europea y la manera de conciliar la libertad de establecimiento y el derecho a la acción colectiva.

Palabras claves: Juicios. Viking y Laval. Derecho de Huelga. Unión Europea.

¹ Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL/Portugal). Mestre em Direito Ambiental pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela ANAMAGES (Associação Nacional dos Magistrados Estaduais). Professora Universitária. Advogada. Bióloga. E-mail: htelino@hotmail.com

² Doutoranda em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Córdoba. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo CESED/Facisa/IBCCRIM. Especialista em Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais pela Escola da Magistratura do Estado da Paraíba (ESMA/PB)/Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba (TJPB)/Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Administradora. Jornalista. E-mail: raphaella_asfora@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

No atual contexto mundial, sobretudo sob o enfoque dos direitos e das garantias fundamentais no Brasil, assim consagrados através do Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, todos são iguais perante a Lei e possuem inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Mediante a relevância deste tema sob a perspectiva econômica, social, jurídica, política e contemporânea, os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social e à assistência social devem ser respeitados, sobretudo em tempos de crise.

No Brasil e também no cenário internacional, a crise pode ser identificada como um processo de autodissolução do Estado Social, degenerando-se de Estado de bem-estar para Estado de mal-estar, em virtude da hipertrofia do Estado e da sociedade. Os problemas específicos do presente estudo consistem em analisar os aspectos contemporâneos da discussão sobre os direitos sociais nos momentos de crise, além da crise presente nos movimentos de redimensionamento do Estado.

Todavia é fundamental delinear contornos para a proteção dos direitos sociais, os quais dependem de ações legislativas e executivas que estão sendo afetadas pelos movimentos de reforma do Estado desencadeadas pela crise. A crescente insegurança decorre de uma demanda cada vez maior por prestações sociais, acompanhada de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sobrevalorização da economia face aos direitos sociais.

No âmbito da União Européia, o direito de estabelecimento inclui o direito de aceder a atividades não assalariadas, como trabalhador independente, assim como a liberdade e de criar e gerir empresas, para uma atividade permanente de natureza estável e contínua, nas mesmas condições que a lei do Estado-Membro de estabelecimento fixar para os seus nacionais.

Há chance de liberdade na prestação de serviços, aplica-se a todas as prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas. O prestador do serviço pode, para a execução da prestação, exercer, a título temporário, a sua atividade no Estado-Membro onde a prestação é realizada, nas mesmas condições que esse Estado-Membro impõe aos seus próprios cidadãos.

Portanto, O direito de greve foi o direito social escolhido para efeitos de análise no quadro da União Europeia - UE. Na seara constitucional brasileira, sobretudo em relação às garantias dos direitos sociais, há a possibilidade da sindicalização e o direito de greve, os quais permitem aos trabalhadores brasileiros, uma reinvidicação por salários melhores. Da mesma forma, os sindicatos revelam a possibilidade de celebrarem convenções coletivas de trabalho e a legitimação para suscitar o dissídio coletivo de trabalho.

Outrossim, há a plena garantia de outros direitos sociais, tais como a seguridade social, o acesso às ações sociais e aos serviços de saúde, educação, cultura, ao meio ambiente, o livre exercício da cidadania, o sigilo e a igualdade do voto, principalmente, a eficácia na aplicabilidade imediata das normas constitucionais voltadas ao cidadão brasileiro.

De acordo com as funções institucionais dos sindicatos, de acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), há também a relevância das questões abordadas pelo Comitê de Liberdade Sindical sobre o direito de greve. Em especial, de Composição Tripartite, sob o Número 958, ao ter sido produzida uma resolução unânime em 1982, dada a importância ao direito de greve como um dos meios essenciais que devem estar disponíveis aos trabalhadores e suas organizações, que devem promover e defender seus interesses ocupacionais e laborais.

Esta posição clara da OIT sobre o direito de greve no Brasil, também corresponde a um fator importante para que o governo reconsiderasse a intervenção da OIT em situações semelhantes na Polônia e África do Sul. Tal posicionamento da OIT colabora e objetiva analisar os aspectos jurisprudenciais no âmbito comunitário e as decisões objeto de análise referem-se aos Acórdãos do Tribunal de Justiça proferidos em 2007, Caso *Laval* e Caso *Viking* que versam, sobretudo, sobre limites comunitários ao exercício do direito de ação coletiva, como a greve.

A discussão proposta não pode ser satisfatoriamente realizada sem que se adiante uma noção geral sobre os direitos fundamentais sociais. Por essa razão, o primeiro capítulo trata da greve como direito fundamental e da sua normatização em nível comunitário.

No segundo capítulo, passamos ao relato do Acórdão do TJUE, de 11 de dezembro de 2007 (Processo C-438/05), Caso *Viking*. No capítulo seguinte, faz-se uma análise do Acórdão do TJUE, de 27 de outubro de 2011 (Processo C-255/09), Caso *Laval*.

É salutar compreender em que medida uma ação sindical coletiva pode constituir um obstáculo à liberdade de estabelecimento na União Europeia e como se deve conciliar a liberdade de estabelecimento e o direito de ação coletiva. O desafio é tentar encontrar um equilíbrio entre esses interesses que, às vezes, se opõem. Por fim, encerra-se a investigação com breves notas conclusivas.

2. DIREITO DE GREVE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Com o constitucionalismo foram positivados os primeiros direitos fundamentais, os direitos individuais, direitos negativos, direitos de primeira dimensão (vida, liberdade, propriedade, intimidade, dentre outros) que tinham como característica principal uma certa expectativa de abstenção do Estado, um não-agir a fim de que as pessoas pudessem exercer em sua plenitude os direitos fundamentais que estavam sendo reivindicados, sobretudo após as revoluções liberais voltadas à superação do Absolutismo.

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social houve uma profunda alteração na interação Estado-sociedade. O Estado passa a atuar na sociedade com finalidades sociais e de desenvolvimento econômico.

Houve a expansão da positivação dos direitos sociais, originariamente identificados na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. São os direitos positivos, prestacionais, a chamada segunda dimensão dos direitos fundamentais. A positivação de direitos sociais provocou uma mudança notável na concepção dos direitos fundamentais. Passou-se a exigir a gestão da ordem econômica

e social pelo Estado de forma que ele garantisse a prestação de condições materiais que assegurassem a dignidade humana.

A estrutura das normas de direitos sociais é aberta, implica na necessidade de interposição legislativa e procedimentos estatais para efetivação desses direitos. O que se fixa constitucionalmente ou em normas comunitárias e internacionais é que os indivíduos devem, por meio de ação estatal, ter acesso ao bem ou atingir o fim visado pela norma consagradora do direito social.

Os direitos sociais impõem ao Estado o dever de respeitar, proteger e realizar prestações fáticas destinadas a promover o acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. Esta tripartição de deveres estatais foi consagrada pelo Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e delimita o leque dos deveres estatais no domínio dos direitos sociais. (PISARELLO, 2007, p.62).

O direito de negociação e de ação coletiva foi tutelado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia - CDFUE³ no artigo 28º: *'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'*.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE, em seu artigo 151º, menciona a Carta Social Europeia e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, implicando numa referência ao direito de greve reconhecido por estes instrumentos jurídicos.

A fundamentalidade dos direitos sociais traduz-se em efeitos jurídicos concretos, vinculando o legislador quanto ao seu conteúdo⁴. As disposições que prevêm direitos sociais impõem uma obrigação no sentido de produzir normas que garantam a sua exequibilidade, determinando a forma pela qual o Estado cumprirá o seu dever de prestação⁵. Este dever enquadra-se na obrigação de o Estado na prosseguir o bem-estar⁶.

A maior ou menor atividade que conferirá eficácia aos direitos fundamentais sociais poderá traduzir-se em situações de colisão entre o direito social em causa e as opções político-econômicas. Tais situações de colisão devem ser resolvidas pelo método da ponderação, balizado pelo princípio da proporcionalidade, objetivando a concordância prática⁷.

A proporcionalidade servirá como meio para se fazer uma restrição temporária de um direito, ou seja, tornar-se-á um critério instrumental quando lidar com a questão dos limites e restrições dos direitos. A proporcionalidade está no seio das decisões ora objeto de análise.

3. ACÓRDÃO DO TJUE, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2007 (PROCESSO C-438/05), CASO VIKING.

O Acórdão do TJUE, de 11 de dezembro de 2007 (Processo C-438/05) tratou de um pedido de decisão prejudicial⁸ que tinha por objeto a interpretação do artigo 43º CE⁹ 10 (liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro) e do Regulamento nº 4.055/86 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, que aplicava o princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos entre Estados-membros e Estados-membros para países terceiros.

Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio envolvendo a Federação Internacional dos Trabalhadores dos Transportes (ITF) e o Sindicato Finlandês dos Trabalhadores Marítimos (FSU), contra a Viking Line ABP (Viking) e a sua filial Viking Line Eesti (Viking Eesti), a propósito de uma ação coletiva com o intuito de dissuadir a Viking de mudar o pavilhão (bandeira) finlandês de um dos seus navios (Rosella) e de registrar esse navio sob o pavilhão de outro Estado-membro.

3.1. Dos Fatos

A sociedade Viking Shipping Line operava serviços marítimos de *ferryboat* sob pavilhão finlandês ligando a Finlândia à Estônia. A administração da sociedade decidiu registrar um desses navios sob o pavilhão estônio para aproveitar os salários mais baixos, tendo em

3 Sobre a gênese e estrutura da Carta: Duarte (2002, p.723-755).

4 A densificação legislativa do direito social não surge fundamentada na constitucionalização material dos preceitos legais concretizadores, mas no princípio da democracia econômica, social e cultural e no próprio princípio do Estado Social. (SOUSA, 2007, p.751).

5 Nos dizeres de Vieira de Andrade (2006, p.387): 'autênticos deveres de legislação'.

6 A busca pelo bem-estar foi tratada por Paulo Otero (1995, p.592-596).

7 Sobre a aproximação da concordância prática e da ponderação, ver: Novais (2003, p.561-563); Borowski (2000, p.45); Alexy (2002, p.166).

8 Decisão prejudicial é aquela derivada de uma consulta feita pelos Tribunais Nacionais ao Tribunal de Justiça para que esclareça a interpretação de um elemento do Direito da União Europeia. Assim, caso os Tribunais Nacionais tenham uma dúvida quanto à interpretação ou à validade de uma disposição do Direito da União Europeia, eles podem pedir o parecer do Tribunal de Justiça, que se pronuncia sobre a questão que lhe é apresentada, emitindo uma decisão a título prejudicial. Tal mecanismo está previsto no artigo 267º do TFUE.

9 O artigo 43º referia-se à liberdade de estabelecimento: 'No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro. A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais'.

10 Refere-se ao atual artigo 49º do TFUE.

consideração a futura contratação de trabalhadores estonianos.

Em resposta a esta medida, o Sindicato Finlandês dos Trabalhadores Marítimos informou à Viking que intentaria ações coletivas para bloquear o processo de mudança do pavilhão. O Sindicato também solicitou à Federação Internacional dos Trabalhadores dos Transportes (ITF) que os membros não finlandeses deixassem de negociar com a Viking.

A ITF afirmou que uma das suas principais políticas era a luta contra os pavilhões de conveniência¹¹. Combater os pavilhões de conveniência objetivava garantir as condições de trabalho para as tripulações dos navios¹². O direito de celebrar acordos coletivos relativos a um navio incumbe apenas aos sindicatos do Estado onde se encontra o proprietário efetivo do navio. (WARNECK, 2010, p.7).

Enquanto o navio Rosella tivesse pavilhão finlandês, a Viking seria obrigada a pagar à tripulação salários de nível idêntico àqueles praticados na Finlândia, por força do direito finlandês e da convenção coletiva de trabalho aplicável. Ora, os salários pagos às tripulações estônias eram inferiores aos pagos às tripulações finlandesas.

A Viking alegava que a atividade de exploração do navio Rosella era deficitária devido à concorrência direta com dos navios estônios, que asseguravam o transporte Finlândia-Estônia a custos salariais inferiores.

Em 17 de Novembro de 2003, a convenção coletiva da Viking com o Sindicato Finlandês dos Trabalhadores Marítimos (FSU) expirou. Consequentemente, a FSU anunciou uma greve, exigindo que a Viking aumentasse em oito pessoas os efetivos a bordo do Rosella e renunciasse ao projeto de mudança de pavilhão do navio. A Viking aceitou a reivindicação relativa aos oito membros de tripulação suplementares, mas se recusou a renunciar ao projeto de mudança do pavilhão.

O FSU indicou que só aceitava a renovação da convenção coletiva de trabalho se a Viking se comprometesse, independentemente de uma eventual mudança de pavilhão do Rosella, a não despedir trabalhadores e a continuar a respeitar o direito finlandês e a convenção coletiva de trabalho finlandesa.

A convenção coletiva não foi renovada e os trabalhadores da FSU iniciaram uma greve. A atividade de exploração do Rosella continuou deficitária e a Viking persistiu na intenção de registrar o referido navio sob pavilhão estônio.

Uma vez que havia uma circular da Federação Internacional dos Trabalhadores dos Transportes (ITF) que impedia a Viking de negociar com os sindicatos da Estônia, foi intentada no Tribunal de Primeira Instância de Helsínquia uma ação destinada a obter a proibição da greve promovida pelo Sindicato Finlandês dos Trabalhadores Marítimos (FSU).

Posteriormente, em 18 de Agosto de 2004, a Viking impetrou uma ação judicial pedindo que a ação coletiva da ITF e do FSU fosse declarada contrária ao artigo 43° CE¹³.

O órgão jurisdicional acolheu o pedido da Viking, considerando que a ação coletiva da ITF e do FSU impunha restrições à liberdade de estabelecimento contrárias ao artigo 43° CE e, subsidiariamente, constituía restrições ilegais à livre circulação dos trabalhadores e à livre prestação de serviços, na acepção dos artigos 39° CE e 49° CE¹⁴.

Em recurso, a ITF e o FSU alegaram que o direito de os sindicatos desencadear uma ação coletiva para preservar postos de trabalho constitui um direito fundamental reconhecido no artigo 136° CE¹⁵. Portanto, os sindicatos teriam o direito de desencadear uma greve contra uma entidade patronal, estabelecida num Estado-Membro, objetivando dissuadi-la de transferir sua empresa para outro Estado-Membro.

3.2. Das questões prejudiciais

Questionou-se se o Tratado proibia uma determinada ação sindical se esta ação objetivasse impedir uma entidade patronal de utilizar a liberdade de estabelecimento por razões econômicas. Foi nesse contexto, e por considerar que a resolução do litígio dependia da interpretação do Direito da União Europeia, que o Tribunal Nacional decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça algumas questões prejudiciais¹⁶.

3.2.1. Liberdade de estabelecimento

Na primeira questão, foi perguntado ao TJUE se o artigo 43° CE deveria ser interpretado no sentido de que estaria subtraída do seu âmbito de aplicação uma ação coletiva desencadeada por um sindicato a fim de induzir uma empresa a celebrar uma convenção coletiva cujo conteúdo poderia dissuadi-la do exercício da liberdade de estabelecimento.

O FSU e a ITF alegaram que as ações coletivas poderiam constituir o último recurso ao dispor das organizações sindicais para ver

11 Pavilhão de conveniência é quando a propriedade e controle efetivos do navio se encontram num Estado diferente do Estado da bandeira do navio.

12 Esta campanha de luta contra os pavilhões de conveniência é levada a cabo através de boicotes e de outras ações de solidariedade entre os trabalhadores.

13 Liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro. Refere-se ao atual artigo 49° do TFUE.

14 Refere-se aos atuais artigos 45° e 56o do TFUE, respectivamente.

15 Refere-se ao atual artigo 151° do TFUE.

16 Uma vez que a questão relativa à livre prestação de serviços só posteriormente à mudança de pavilhão do Rosella é suscetível de se colocar e que na data em que as questões prejudiciais foram submetidas ao Tribunal de Justiça essa mudança ainda não tinha ocorrido, o pedido de decisão prejudicial tem caráter hipotético, pelo quê é inadmissível na parte relativa à interpretação do Regulamento n° 4.055/86. Nestas condições, as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio foram respondidas unicamente tendo por objeto o artigo 43° CE.

satisfeita a sua reivindicação de regular a atividade dos trabalhadores da Viking.

Embora o direito de desencadear uma ação coletiva, incluindo o direito de greve, seja reconhecido enquanto direito fundamental, o seu exercício pode estar sujeito a determinadas restrições¹⁷.

O Tribunal de Justiça respondeu a primeira questão no sentido de que uma ação coletiva desencadeada por um sindicato contra uma empresa para induzi-la a celebrar uma convenção coletiva cujo conteúdo pode desincentivá-la de exercer a liberdade de estabelecimento não estaria subtraída ao âmbito de aplicação do artigo 43º CE (liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro).

3.2.2. Efeito direto horizontal

Na segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio perguntou se o artigo 43º CE era suscetível de conferir a uma empresa privada direitos que podem ser oponíveis a um sindicato ou a uma associação de sindicatos (eficácia horizontal).

O artigo 43º CE foi interpretado no sentido de que pode ser diretamente invocado por uma empresa privada contra um sindicato, pois, no âmbito da livre circulação de mercadorias, determinadas restrições podem ser de origem não estatal e resultar de ações desencadeadas por pessoas privadas.

O TJUE reconhece o efeito horizontal do artigo 43º CE afirmando que ele pode ser invocado por um sindicato e que pode ser aplicável a uma restrição resultante do exercício de greve como direito fundamental.

De acordo com estas considerações, a segunda questão foi respondida no sentido de que o artigo 43º CE é suscetível de conferir a uma empresa privada direitos que podem ser oponíveis a um sindicato ou a uma associação de sindicatos.

3.2.3. Ações coletivas como restrições à liberdade de estabelecimento

17 O artigo 28º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia afirma que os direitos de ação coletiva gozam de proteção em conformidade com o direito da União, as legislações e práticas nacionais. Além disso, segundo o direito finlandês, o direito de greve não pode ser exercido quando a greve for contrária aos bons costumes ou proibida pelo direito nacional ou pelo direito europeu.

18 As questões 3 a 10 são as seguintes: 3) Quando um sindicato ou uma união de sindicatos desencadeia ações coletivas contra uma empresa privada para obrigar essa empresa a celebrar uma convenção coletiva de trabalho com um sindicato num determinado Estado-Membro, que tem por resultado tornar inútil a mudança do pavilhão de um navio para outro Estado-Membro, constitui esta ação uma restrição para efeitos do artigo 43º CE e/ou do Regulamento nº 4055/86? 4) A política de uma união de sindicatos segundo a qual os navios devem ser registrados no país onde se situam a propriedade e o controle do navio, de modo que os sindicatos do país da propriedade de um navio tenham o direito de celebrar convenções coletivas de trabalho relativas a esse navio, constitui uma restrição diretamente discriminatória, indiretamente discriminatória ou não discriminatória nos termos do artigo 43º CE ou do Regulamento nº 4055/86? 5) Para determinar se as ações coletivas de um sindicato ou união de sindicatos constituem uma restrição diretamente discriminatória, indiretamente discriminatória ou não discriminatória nos termos do artigo 43º CE ou do Regulamento nº 4055/86, é relevante a intenção subjetiva do sindicato que desencadeia a ação ou deve o tribunal nacional resolver o litígio apenas por referência aos efeitos objetivos dessa ação? 6) Quando uma sociedade-mãe está estabelecida no Estado-Membro A e pretende realizar um ato de estabelecimento mediante a mudança de pavilhão do navio para o Estado-Membro B, para ser explorado por uma filial que lhe pertence na íntegra, existente no Estado-Membro B e que está sujeita à direção e controle da sociedade-mãe: a) a ameaça ou a realização efetiva de uma ação coletiva de um sindicato ou união de sindicatos que procura tornar inútil o exercício acima mencionado é suscetível de constituir uma restrição ao direito de estabelecimento da sociedade-mãe nos termos do artigo 43º CE, e b) após a mudança de pavilhão do navio, pode a filial invocar o Regulamento nº 4055/86 relativamente aos serviços por si prestados do Estado-membro B para o Estado-membro A? 7) Se as ações coletivas de um sindicato ou união de sindicatos constituírem uma restrição diretamente discriminatória nos termos do artigo 43º CE ou do Regulamento nº 4055/86, pode esta restrição, em princípio, ser justificada pela exceção de ordem pública prevista no artigo 46º CE com base: a) no fato de as ações coletivas (incluindo a greve) serem um direito fundamental protegido pelo direito comunitário; e/ou b) na proteção dos trabalhadores? 8) Consegue a aplicação de uma política de uma união de sindicatos segundo a qual os navios devem ser registrados no país onde se situam a propriedade e o controle do navio, de modo a que os sindicatos no país da propriedade de um navio tenham o direito de celebrar convenções coletivas de trabalho relativas a esse navio, um equilíbrio justo entre o direito social fundamental de desencadear ações coletivas e a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços e é objetivamente justificada, adequada, proporcionada e está em conformidade com o princípio do reconhecimento mútuo? 9) Quando uma sociedade-mãe no Estado-membro A possui um navio registrado no Estado-Membro A e presta serviços de ferryboat entre o Estado-membro A e o Estado-membro B utilizando esse navio; a sociedade-mãe pretende alterar o pavilhão do navio para o Estado-membro B para aplicar termos e condições de emprego menos exigentes que os do Estado-membro A; a sociedade-mãe no Estado-membro A tem uma filial no Estado-membro B e essa filial está sujeita à sua direção e controle; se pretende que a filial opere o navio após a sua mudança de pavilhão para o Estado-membro B com uma tripulação recrutada no Estado-membro B, abrangida por uma convenção coletiva de trabalho negociada com um sindicato membro da ITF, no Estado-membro B; a sociedade-mãe continua a ser a proprietária do navio e este a ser fretado sem tripulação à filial; o navio continua a prestar diariamente serviços de ferryboat entre o Estado-membro A e o Estado-membro B; um sindicato do Estado-membro A desencadeia ações coletivas para levar a sociedade-mãe e/ou a filial a celebrarem uma convenção coletiva de trabalho mediante a qual se aplicarão à tripulação do navio termos e condições aceitáveis para o sindicato no Estado-membro A, mesmo depois da mudança de pavilhão do navio e que tem por efeito tornar inútil para a sociedade-mãe mudar o pavilhão do navio para o Estado-membro B: conseguem essas ações coletivas um equilíbrio justo entre o direito social fundamental de desencadear ações coletivas e a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços, são objetivamente justificadas, adequadas, proporcionadas e estão em conformidade com o princípio do reconhecimento mútuo? 10) Seria a resposta à nona questão diferente se a sociedade-mãe se comprometesse em Tribunal, em seu nome e em nome de todas as empresas do mesmo grupo, a não despedir, devido a mudança de pavilhão, nenhum dos seus empregados (compromisso que não exige a renovação de contratos por tempo determinado nem impede a reafetação dos empregados em termos e condições equivalentes)?

As questões 3 a 10 foram apreciadas em conjunto e foi perguntado, no essencial, se as ações coletivas constituíam restrições na aceção do artigo 43º CE e, se assim fosse, em que medida poderiam essas restrições ser justificadas¹⁸.

A liberdade de estabelecimento constitui um dos princípios fundamentais da União Europeia e as disposições do Tratado que garantem essa liberdade têm efeito direto¹⁹. As condições impostas para a matrícula de navios não devem constituir obstáculo à liberdade de estabelecimento, na aceção dos artigos 43º CE a 48º CE.

A ITF alegou que as restrições se justificavam para garantir a proteção dos direitos dos trabalhadores e que isso era uma razão imperiosa de interesse geral.

O Tribunal afirmou que a ação coletiva planejada pelo Sindicato Finlandês dos Trabalhadores Marítimos (FSU) objetivou tornar menos atrativo o exercício do direito de livre estabelecimento, na medida em que essa ação impediu que a Viking recebesse na Estônia o mesmo tratamento que os restantes operadores económicos lá estabelecidos.

A ação coletiva da Federação Internacional dos Trabalhadores dos Transportes (ITF) foi considerada como suscetível de restringir o exercício pela Viking do seu direito de livre estabelecimento.

Relativamente à questão de saber se a ação coletiva não ultrapassava o necessário para alcançar o objetivo prosseguido, caberia ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se o FSU não dispunha de outros meios, menos restritivos da liberdade de estabelecimento, para levar a bom termo a negociação coletiva encetada pela Viking e, por outro, se este sindicato tinha esgotado esses meios antes de desencadear a greve. O Tribunal afirmou que caberia ao órgão jurisdicional de reenvio analisar se os postos de trabalho dos membros do FSU eram verdadeiramente colocados em causa.

As questões terceira até a décima foram respondidas afirmando que o artigo 43º CE deve ser interpretado no sentido de que ações coletivas que visam induzir uma empresa (cujas sedes estão situadas num Estado-Membro determinado) a celebrar uma convenção coletiva de trabalho com um sindicato estabelecido em outro Estado constituem restrições²⁰.

3.3. Pronunciamento do Tribunal de Justiça da União Europeia no Caso Viking

Isto posto, o TJUE, no caso Viking, declarou que o artigo 43º CE é suscetível de conferir a uma empresa privada direitos que podem ser oponíveis a um sindicato ou a uma associação de sindicatos e que não está subtraída ao seu âmbito de aplicação uma ação coletiva desencadeada por um sindicato contra uma empresa privada para dissuadi-la de exercer a liberdade de estabelecimento.

As ações coletivas, como as que estavam em causa no processo principal, constituem restrições ao artigo 43º CE (liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro). Estas restrições podem, em princípio, ser justificadas por uma razão imperiosa de interesse geral, como a proteção dos trabalhadores, na condição de se provar que são aptas a garantir a realização do objetivo legítimo prosseguido e que não ultrapassem o necessário para o alcançar.

4. ACÓRDÃO DO TJUE, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2007 (PROCESSO C-341/05), CASO LAVAL

Trata-se um pedido de decisão prejudicial que tem por objeto a interpretação dos artigos 12º CE (discriminação em razão da nacionalidade)²¹ e 49º CE (restrições à livre prestação de serviços)²², bem como da Diretiva nº 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.

O pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Laval, sociedade com sede na Letônia, ao Sindicato sueco dos trabalhadores do setor da construção e das obras públicas (Byggnads), à Seção sindical nº 1 do referido sindicato (Byggettan) e ao Sindicato sueco dos eletricitistas (Elektrikerna).

A ação instaurada pela Laval objetivava que fossem declaradas ilegais a ação coletiva interposta pelos Sindicatos Byggnads e pela Byggettan, que afetava todas as obras em que essa sociedade participava e a ação de solidariedade do Elektrikerna, que consistia num bloqueio de todos os trabalhos de eletricidade da obra. Foi solicitada a cessação dessas ações e que as organizações sindicais fossem condenadas a indenizá-la pelo prejuízo que sofreu.

4.1. Dos Fatos

A Laval ganhou um concurso público para a construção de uma escola numa cidade sueca. Para o cumprimento do respectivo contrato, a Laval destacou os seus trabalhadores da Letônia para a Suécia.

19 O Tribunal de Justiça considerou que, embora as disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento visem nomeadamente assegurar o benefício do tratamento nacional no Estado-Membro de acolhimento, impedem igualmente que o Estado-Membro de origem coloque obstáculos ao estabelecimento noutra Estado-Membro de um dos seus nacionais ou de uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação. Os direitos garantidos pelos artigos 43º CE a 48º CE seriam esvaziados do seu conteúdo se o Estado-Membro de origem pudesse proibir que as empresas abandonassem o seu território para se estabelecerem noutra Estado-Membro.

20 Ainda sobre a aplicabilidade do artigo 43º CE no acórdão Viking, ver: Garde;Mahé (2009, p. 97-106) e Rodiere (2008, p.47-66).

21 Atual artigo 18º do TFUE.

22 Atual Artigo 56º do TFUE.

De acordo com a prática usual do sistema de relações sociais sueco, os sindicatos entraram em negociações com a Laval para a celebração de um acordo coletivo regulando salários e outras condições da prestação de trabalho.

Como a sociedade Laval pretendia prevalecer-se do salário mais baixo vigente na Letônia²³, celebrou um acordo coletivo naquele país. Após o fracasso das negociações na Suécia, os sindicatos suecos propuseram ações coletivas de bloqueio do canteiro de obra. Estas ações foram apoiadas pela ação coletiva de solidariedade dos sindicatos suecos dos eletricitistas. (WARNECK, 2010, p.7-8).

A Diretiva nº 96/71/CE prevê as condições de emprego aplicáveis à relação de trabalho quando uma empresa estabelecida num Estado-membro destaca temporariamente trabalhadores para o território de outro Estado-membro, no âmbito de uma prestação de serviços²⁴. A lei Sueca não impõe às empresas estrangeiras a aplicação das convenções coletivas suecas e a legislação sueca não prevê remunerações salariais mínimas.

Nos termos do artigo 17º da Constituição Sueca, as associações de trabalhadores têm o direito de desencadear ações coletivas, salvo se uma lei ou uma convenção dispuserem em sentido contrário. Há, na Suécia, a Lei (MBL), que contém disposições que limitam o direito de as organizações sindicais desencadearem ações coletivas²⁵.

Segundo a interpretação jurisprudencial do §42 da MBL (acórdão *Britannia*), é proibido desencadear uma ação coletiva a fim de obter a revogação ou a modificação de uma convenção coletiva celebrada entre terceiros²⁶.

Em sequência ao acórdão *Britannia*, foi publicada uma norma denominada *Lex Britannia*, onde o legislador pretendeu reduzir o alcance do princípio desenvolvido no acórdão, definindo que as ações coletivas desencadeadas contra um empregador estrangeiro que exerce temporariamente uma atividade na Suécia já não seriam proibidas. Na Suécia, a determinação das remunerações dos trabalhadores cabe aos parceiros sociais, através de negociação coletiva.

A Laval levou para a Suécia cerca de trinta e cinco trabalhadores para a realização de obras em um estabelecimento escolar e tinha assinado na Letônia convenções coletivas com o sindicato dos trabalhadores de construção. Portanto, não estava vinculada a nenhuma convenção coletiva celebrada com os sindicatos suecos.

Foram estabelecidas negociações entre os Sindicatos suecos e a Laval com vista à adesão à convenção coletiva sueca da construção civil. A Byggettan exigiu que a Laval aderisse à convenção coletiva da construção civil sueca para a obra e declarou-se pronta a desencadear imediatamente uma greve caso não se chegasse a um acordo neste sentido.

Malograda a negociação, os sindicatos iniciaram um bloqueio que consistiu na organização de uma greve, impedindo a entrega de mercadorias e a entrada dos trabalhadores letões e dos veículos na obra. Os sindicatos dos eletricitistas iniciou uma ação de solidariedade que impediu que as empresas eletricitistas suecas prestassem serviços à Laval.

No Natal, os trabalhadores destacados pela Laval regressaram à Letônia e não voltaram à obra. Em Janeiro de 2005, outras organizações sindicais anunciaram ações de solidariedade que consistiam num boicote de todas as obras da Laval na Suécia.

4.2. Das questões prejudiciais

Interrogando-se sobre a questão de saber se os artigos 12º CE e 49º CE (discriminação em razão da nacionalidade e restrições à livre prestação de serviços) e a Diretiva nº 96/71/CE se opõem a que as organizações sindicais tentem obrigar, através de uma ação coletiva, uma empresa estrangeira que destaca trabalhadores para a Suécia a aplicar uma convenção coletiva sueca, o Tribunal decidiu submeter ao TJUE algumas questões prejudiciais.

4.2.1. Discriminação em razão da nacionalidade e livre prestação de serviços

Com a primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio perguntou se era compatível com as regras do Tratado o fato de as organizações sindicais tentarem obrigar, através de ação coletiva sob a forma de bloqueio, um prestador de serviços estrangeiro a aderir, no Estado-membro de acolhimento, a uma convenção coletiva (como a convenção coletiva da construção civil), uma vez que a legislação sueca que transpõe a Diretiva nº 96/71/CE não continha nenhuma disposição expressa relativa à aplicação das condições de trabalho e de emprego previstas nas convenções coletivas.

De acordo com o TJUE, o artigo 12º CE²⁷, que consagrou o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, apenas é aplicável de modo autónomo às situações para as quais o Tratado não preveja normas específicas de não discriminação. No que respeita à livre prestação de serviços, esse princípio foi consagrado e concretizado pelo artigo 49º CE²⁸.

23 A expressão *dumping social* é frequentemente utilizada para descrever uma situação quando os empregadores enviam trabalhadores para países com altos salários e continuam aplicando suas condições nacionais de trabalho com baixos salários. (HATZIDAKI-DAHSTRÖM, 2007, p.142).

24 “Para efeitos da presente diretiva, a noção de «remunerações salariais mínimas» referida na alínea c) do nº 1 é definida pela legislação e/ou pela prática nacional do Estado-membro em cujo território o trabalhador se encontra destacado.”

25 O §42 da MBL prevê: “Uma associação de empregadores ou de trabalhadores não pode organizar nem provocar, seja de que forma for, uma ação coletiva ilegal e não pode participar numa ação coletiva ilegal, quer apoiando-a quer de qualquer outra forma”.

26 No acórdão *Britannia* (1989, nº 120), o Arbetsdomstolen decidiu que esta proibição era extensiva às ações coletivas desencadeadas na Suécia com o objetivo de obter a revogação ou a modificação de uma convenção coletiva celebrada entre contratantes estrangeiros.

27 Atual artigo 18º do TFUE.

28 Atual artigo 56º do TFUE.

O artigo 49º CE se opõe a que um Estado-Membro proíba um prestador de serviços estabelecido noutra Estado-membro de se deslocar livremente para o seu território com o seu pessoal, ou a que esse Estado-membro sujeite a deslocação do pessoal a condições mais restritivas.

Na Suécia, as remunerações salariais mínimas constituem a única condição de emprego cuja fixação não segue uma das vias previstas pela Diretiva nº 96/71/CE²⁹. Conforme o TJUE, um Estado-membro, onde as remunerações salariais mínimas não são determinadas por uma das vias previstas na Diretiva nº 96/71/CE, não poderia impor às empresas de prestação de serviços transnacional uma negociação caso a caso, para definir os salários que deverão ser pagos aos seus trabalhadores destacados³⁰.

O artigo 3º, nº 1, primeiro parágrafo, da Diretiva nº 96/71/CE prevê que os Estados-membros providenciarão que as empresas, no âmbito de uma prestação de serviços transnacional, garantam aos trabalhadores destacados no seu território as condições de trabalho e de emprego adequadas.

Esta disposição visa garantir uma concorrência leal entre as empresas nacionais e as empresas que realizam uma prestação de serviços transnacional e garantir aos trabalhadores destacados a aplicação das regras de proteção mínima do Estado-membro de acolhimento quanto às condições de trabalho.

Porém, o artigo 3º, nº 7, da Diretiva nº 96/71/CE não poderia ser interpretado no sentido de que permitisse 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 proteção mínima. No processo em questão, o TJUE concluiu que certas cláusulas da convenção coletiva da construção civil diziam respeito às matérias não especificamente referidas no artigo 3º da Diretiva nº 96/71/CE.

Quanto à apreciação da ação coletiva à luz do artigo 49º CE (restrições às prestações de serviços), embora o direito de desencadear uma ação coletiva devesse ser reconhecido como direito fundamental, o seu exercício poderia estar sujeito a determinadas restrições.

Reconheceu-se o direito de greve como direito fundamental que, em princípio, seria suscetível de justificar restrição à livre circulação de mercadorias. Mas esse exercício deveria ser conciliado com as exigências relativas aos direitos protegidos pelo Tratado e ser conforme o princípio da proporcionalidade.

Só seria admissível uma restrição à liberdade de prestação de serviços se esta prosseguisse um objetivo legítimo e se justificasse por razões imperiosas de interesse geral. As organizações sindicais demandadas e o Governo sueco alegavam que as restrições em causa seriam justificadas para garantir a proteção dos trabalhadores e que isso constituiria uma razão imperiosa de interesse geral.

Dado que a União tem uma finalidade econômica, mas também uma finalidade social, os direitos que decorrem das disposições do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias devem ser ponderados com os objetivos prosseguidos pela política social, dentre os quais figuram a melhoria das condições de vida e de trabalho.

De acordo com estas considerações, o TJUE respondeu a primeira questão no sentido de que o direito de desencadear ações coletivas, através das quais a Laval seria obrigada a aderir à convenção coletiva da construção civil onde constam cláusulas que divergem das disposições legislativas da Diretiva nº 96/71/CE, seria suscetível de tornar mais difícil a execução de trabalhos de construção no território sueco e constituiria, por isso, uma restrição à livre prestação de serviços na acepção do artigo 49º CE.

4.2.2. Ações coletivas e aplicação direta da lei nacional de um estado-membro

A segunda questão era se os artigos 49º CE e 50º CE³¹ se opunham a que, num Estado-membro, a proibição imposta às organizações sindicais, de desencadear uma ação coletiva com o objetivo de revogar ou de modificar uma convenção coletiva celebrada por terceiros, fosse subordinada à condição de que a ação dissesse respeito a condições de trabalho e de emprego às quais a lei nacional se aplicasse diretamente.

Isso implicaria, para uma empresa que destaca trabalhadores para um Estado-membro e que estivesse vinculada por uma convenção coletiva regulada pelo direito de outro Estado-membro, a impossibilidade de invocar tal proibição face a essas organizações.

A aplicação de um regime único de remunerações no mercado sueco objetivaria criar condições de uma concorrência leal entre empregadores suecos e empresários provenientes de outros Estados-membros.

Na medida em que aplicava às empresas estrangeiras o mesmo tratamento que é reservado às empresas nacionais que não concluíram uma convenção coletiva, a legislação nacional sueca criava uma discriminação contra estas empresas, pois não tinha em consideração as convenções coletivas que as vinculavam no Estado-membro onde estavam estabelecidas.

Todavia, dado que nenhuma das considerações indicadas pelos sindicatos remetia para razões de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública, na acepção do artigo 46º CE, aplicado em conjugação com o artigo 55º CE³², o TJUE concluiu que uma discriminação como a que estava em causa no processo principal não poderia ser justificada.

29 Na Suécia, as condições de trabalho e de emprego relativas às matérias referidas no artigo 3º, nº 1, primeiro parágrafo, alíneas a) a g), da Diretiva 96/71 nº 96/71/CE 1, com exceção das remunerações salariais mínimas, foram fixadas por disposições legislativas.

30 Os Estados-Membros continuam livres de escolher, a nível nacional, um sistema que não figure expressamente entre os previstos na referida diretiva, desde que não coloque obstáculos à prestação de serviços entre os Estados-membros.

31 Atuais artigos 56º e 57º do TFUE, respectivamente.

32 Atuais artigos 52º e 62º do TFUE, respectivamente.

4.3. Pronunciamento do Tribunal de Justiça da União Europeia no Caso Laval

Isto posto, o TJUE declarou que os artigos 49° CE e 3° da Diretiva n° 96/71/CE deveriam ser interpretados no sentido de que uma organização sindical não poderia obrigar, através de uma ação coletiva, um prestador de serviços estabelecido noutro Estado-Membro a aderir a uma convenção coletiva cujas cláusulas estipulassem, para algumas matérias, condições mais favoráveis do que as resultantes das disposições legislativas existentes ou de cláusulas que tivessem por objeto matérias não mencionadas no artigo 3,° da Diretiva n° 96/71/CE.

Os artigos 49° CE e 50° CE se opunham a que, num Estado-Membro, a proibição imposta às organizações sindicais de desencadear uma ação coletiva com o objetivo de revogar ou de modificar uma convenção coletiva celebrada por terceiros fosse subordinada à condição de que a ação dissesse respeito a condições de trabalho e de emprego às quais a lei nacional se aplicasse diretamente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem jurídica europeia acolhe a ação coletiva (como a greve) como bem fundamental, a ser tutelado num quadro de internormatividade.

Nos acórdãos Viking e Laval, o TJUE viu-se perante a obrigação de conciliar as liberdades de mercado com o exercício de ações coletivas levadas a cabo por sindicatos, nomeadamente o direito à greve. Os acórdãos têm sido criticados pelos setores ideológicos que denunciam o excessivo peso do económico no processo de integração europeia³³.

Numa Europa que tem por objetivo não somente conduzir a uma economia transnacional integrada, mas também garantir um nível elevado de proteção social, foi colocada a questão de como conciliar o direito de greve com a livre circulação de trabalhadores, liberdade de estabelecimento e prestação de serviços.

Um ponto relevante que merece ser destacado é o reconhecimento de que os artigos 43° e 49° CE eram capazes de ter efeito direto horizontal contra os sindicatos. O TJUE afirmou que não considerava os sindicatos como organismos públicos, tornando claro que o efeito é verdadeiramente horizontal.

Era jurisprudência assente que uma Diretiva não poderia ter efeito direto horizontal, de modo que o empregador não poderia invocar a Diretiva para apresentar uma queixa contra os sindicatos. No entanto, o TJUE afirmou que a interpretação da Diretiva poderia ter alguma relevância para o Tribunal Nacional, esclarecendo sobre a interpretação dos artigos 43° e 49° CE. Assim, o TJUE reconheceu o efeito direto horizontal.

O Tribunal de Justiça justificou a aplicação dessas disposições alegando que os sindicatos pretendem desempenhar um papel determinante na elaboração de termos e condições de emprego, de forma a ter relevante impacto sobre a liberdade de estabelecimento ou de livre prestação de serviços.

Entretanto, a decisão sobre o efeito direto horizontal em Viking e Laval abre um precedente e deixa uma pergunta sem resposta: à luz do Direito Europeu, quais os tipos de atividades privadas que contrariam os termos dos artigos 43° e 49° e estariam agora vulneráveis ao efeito horizontal?

Posteriormente, em ambos os acórdãos, o TJUE proclamou categoricamente o direito de greve como um direito fundamental. Todavia, o TJUE conclui que a greve não é um direito absoluto, que seu exercício deve ser conciliado com as exigências do mercado europeu e que as ações coletivas podem ser objeto de certas limitações.

O reconhecimento do direito de greve ficou condicionado ao cumprimento do teste de proporcionalidade. Ou seja, a proporcionalidade foi elevada a um critério de determinação se a greve causa ou não um entrave ilegal ao comércio e às atividades económicas. A proporcionalidade é um instrumento utilizado para justificar uma eventual medida restritiva em cada caso concreto, devendo considerar a intensidade da restrição ao direito social relativamente ao favorecimento do bem que se pretende proteger.

O TJUE acaba por concluir que o direito de greve é lícito se não implicar numa restrição aos direitos de livre circulação, afirmando que as liberdades do mercado interno podem prevalecer sobre as ações coletivas no âmbito da União Europeia. Ainda sobre a aplicação do critério de proporcionalidade, o TJUE não considerou que o simples exercício do direito de ação coletiva é um objetivo em si mesmo. Aparentemente, o direito de greve não foi considerado pelo TJUE como um interesse legítimo per se.

Nos acórdãos Laval e Viking, o Tribunal afirmou que a legitimidade do exercício do direito de greve dependeria da prova da proteção dos trabalhadores suecos e finlandeses. A forma pela qual o TJUE aplicou o princípio da proporcionalidade pode ter colocado em causa a qualificação do direito de greve como direito fundamental.

Isso porque, para o TJUE, há que se adotar um critério de ponderação entre o direito às ações coletivas e o livre mercado. Ou seja, em cada caso concreto, ter-se-á de proceder a uma análise para determinar se uma dada greve pode ou não constituir uma restrição justificada às liberdades do mercado interno.

O TJUE pronunciou sobre as condições que uma ação coletiva deve preencher a fim de justificar um atentado à liberdade de estabelecimento, confirmando a regra do princípio da proporcionalidade na ordem jurídica europeia³⁴.

33 Ver: Syrpis;Novitz (2008, p.411-426); Edelman (2009, p.1547-1551); Kilpatrick (2009, p.844-865); Corti (2008, p.249-286); Davies (2008, p.126-148).

34 A proteção dos direitos fundamentais constitui um interesse legítimo que pode justificar uma restrição às liberdades fundamentais garantidas no TFUE. O direito de greve deve conciliar-se com as exigências relativas àquelas referentes aos direitos de liberdade que se encontram protegidas pelo TFUE e deve ser conforme o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido ver: Quadra-Salcedo Janini (2008, p.843).

Para cumprimento da proporcionalidade, os sindicatos, antes de partirem para o exercício de uma ação coletiva, estariam obrigados a esgotar todos os outros meios menos atentatórios à liberdade de mercado do empregador. Essa análise e controle prévio das razões que levam à greve constitui uma forte limitação à autonomia sindical e ao exercício do próprio direito, esvaziando o seu conteúdo, uma vez que a causa dos entraves (as ações coletivas) correspondem ao próprio exercício deste direito fundamental.

A greve é lícita per se, independentemente dos objetivos prosseguidos³⁵. Fazer um teste de proporcionalidade ou uma ponderação entre os interesses a ser defendidos por uma determinada greve e a conseqüente lesão dos interesses do empregador é estranho ao ordenamento europeu. Os trabalhadores passarão a enfrentar grandes dificuldades na determinação casuística da licitude de uma greve.

O curioso nos acórdãos Viking e Laval é que o TJUE insistiu em um elemento de autorregulação por parte dos sindicatos: o TJUE queria que eles demonstrassem que estavam agindo de forma responsável no exercício do direito de greve, e não apenas que eles estavam exercendo o direito de greve. Em relação às decisões dos tribunais de reenvio, os tribunais suecos condenaram os sindicatos envolvidos no acórdão Laval ao pagamento de uma indenização ao empregador³⁶. Ressalta-se que uma questão prejudicial sobre eventual indenização não foi colocada ao TJUE³⁷. O acórdão Viking foi resolvido por acordo, pelo quê esta questão não foi sequer dirimida ao nível do ordenamento jurídico finlandês. O grande desafio da Europa não está somente na correção das imperfeições da união monetária³⁸ com melhor direcionamento econômico e fiscal, mas em debater formas efetivas de convergência política, econômica, social e cultural.

O processo de construção europeia parece não estar sendo capaz de adaptar às circunstâncias atuais, acarretando uma limitação: fez regredir a importância da articulação entre o crescimento econômico e a promoção do bem-estar, fazendo acreditar que com baixo crescimento econômico não é possível sustentar o Estado Social. Um dos maiores desafios que as sociedades deparam no seu processo de desenvolvimento consiste em saber como compatibilizar a garantia dos direitos sociais com a sustentabilidade econômica e financeira do sistema. Diante da escassez de recursos e da crise do Estado Social, a garantia de levar a cabo ações coletivas deveria ser uma preocupação tão importante como a construção do mercado interno europeu, o que as decisões do TJUE parecem não refletir.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.166.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006.
- APPS, Katherine. Damages claims against trade unions after Viking and Laval. *European law review*, v. 34. Paris: 2009, pp.141-154.
- BOROWSKI, Martim. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, no 59, ano 20, mai-ago, 2000, pp. 29-56.
- 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*, a.27, n.2, Parte prima. Milão: 2008, pp. 249-286.
- DAVIES, A.C.L. One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ. *Industrial Law Journal*, v. 37, n. 2. Oxford: June/2008, pp. 126-148.
- DUARTE, Maria Luísa. A carta dos direitos fundamentais da União Europeia – natureza e meios de tutela. *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Almedina: Coimbra, 2002, pp. 723-755.
- EDELMAN, Bernard. *Droit du travail, droit de la concurrence: un nouveau contrat social*. Recueil Dalloz, n. 23. Paris: jun/2009, pp. 1547-1551.
- 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*, n. 525. Paris: fev. 2009, pp. 97-106
- HATZIDAKI-DAHSTRÖM, Lea. The Latvian building worker: social dumping or social protectionism? The ambiguities of the laval case. *Revue hellénique de droit international*, a. 60. Atenas: 2007, pp.139-151.
- KILPATRICK, Claire. Laval's regulatory conundrum: collective standard-setting and the Court's new approach to posted workers. *European law review*, v. 34. Londres: 2009, pp.844-865.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária*. Cascais: Principia, 2001.
- OTERO, Paulo. *O poder de substituição em Direito Administrativo*. v. II. Lisboa: Lex, 1995.

35 Quanto mais negativa for a consequência da ação coletiva para o empregador, mais eficiente serão os resultados do objetivo perseguido.

36 Katherine Apps (2009, p.141-154) chega a rascunhar um quadro hipotético de pedidos de indenização aos sindicatos por violação da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços. Para a autora, os acórdãos Viking e Laval abriram precedente para esta responsabilização.

37 A resposta a esta questão teria sido de grande utilidade para o esclarecimento do Direito da UE nesta matéria.

38 Sobre as perspectivas financeiras e a crise monetária da União Europeia: Pitta e Cunha (2013).

PITTA E CUNHA, Paulo. *Sombras sobre a integração europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás de la. 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*, a.12, n.31. Madrid: Septiembre-Diciembre/2008, pp. 835-848.

RODIERE, Pierre. Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective. *Revue trimestrielle de droit européen*, Paris, 2008, pp. 47-66.

SOUSA, Luís Verde de. Acerca do princípio da proibição do retrocesso social. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 83, 2007, pp.747-803.

SYRPIS, Phil; NOVITZ, Tonia. Economic and social rights in conflict: political and judicial approaches to their reconciliation. *European law review*, v. 33, n. 3, London: Jun/2008, pp. 411-426.

WARNECK, Wiebke. The ECJ Decisions. In: BÜCKER, ANDREAS; WARNECK WIEBKE (eds.). *Viking – Laval – Rüffert: Consequences and policy perspectives*, ETUI, Relatório 111, ETUI: Bruxelas, 2010.

Recebido em: 28/10/2015

Aprovado em: 21/01/2016