

UNIVERSIDADES LUSÍADA • INSTITUTO LUSÍADA DE DIREITO DO TRABALHO

MINERVA

REVISTA DE ESTUDOS LABORAIS

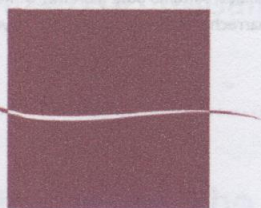
ANO IX – I da 4.ª série – N.º 1



Universidade Lusíada Editora
Lisboa • 2019

Minerva

Revista de Estudos Laborais



**INSTITUTO LUSÍADA DE
DIREITO DO TRABALHO**
UNIVERSIDADE LUSÍADA - NORTE

Ano IX – I da 4.^a Série – N.º 1
2019



Universidade Lusíada Editora
Lisboa • 2019

Mediateca da Universidade Lusíada - Catalogação na Publicação

MINERVA. Lisboa, 2002

Minerva : Revista de Estudos Laborais / propr. Fundação Minerva - Cultura - Ensino e Investigação Científica ; dir. António José Moreira. - A. 1, n. 1 (2002) - A. 6, n. 10 (Março 2007). - Coimbra : Almedina, 2002-2007. - 24 cm. - Semestral. ISSN 1645-5509

Substituída por: Minerva : Revista de Estudos Laborais. ISSN 1647-0753. S. 2, n. 1 (Junho 2008)-

I - MOREIRA, António José

1. Direito do Trabalho - Portugal - Periódicos

CBC KKQ1261.2.M56

Ficha Técnica

Título	Minerva: Revista de Estudos Laborais
Numeração	Ano IX - I da 4.ª série - n. 1 (2019)
Proprietário	Fundação Minerva - Cultura - Ensino e Investigação Científica
Diretor	António José Moreira
Secretária Administrativa	Paula Pombo Castro
Conselho Científico e Redactorial	António Monteiro Fernandes (ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa e Universidade Lusíada - Norte - Portugal); Javier Gárate Castro (Universidade de Santiago de Compostela - Espanha); Nelson Mannrich (Universidade de São Paulo - Brasil); Teresa Coelho Moreira (Universidade do Minho - Portugal); Wilfredo Sanguinetti Raymond (Universidad de Salamanca - Espanha).
Colaboradores permanentes	Albertina Pereira, António Monteiro Fernandes, António Moreira, Germán Barreiro González, Jaime Cabeza Pereiro, Javier Gárate Castro, Jesús Martínez Girón, Joaquín García Murcia, João Zenha Martins, Manuel Carlos Palomeque López, Mário Roriz, Nelson Mannrich, Rafael Sastre Ibarreche, Teresa Coelho Moreira, Wilfredo Sanguinetti Raymond.
Colaboradores neste número	António Monteiro Fernandes, António José Moreira, G. Maurizio Ballistreri, João Zenha Martins, Manuel Carlos Palomeque López, Rafael Sastre Ibarreche, Wilfredo Sanguinetti Raymond.
Depósito Legal	185414/2002
ISSN	1647-0753
Local	Lisboa
Ano	2019
Periodicidade	Semestral
Publicação Electrónica	http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/mrel
Editora e Distribuidora	Universidade Lusíada Editora Rua da Junqueira, 188-198 - 1349-001 Lisboa (Portugal) Telefone: +351 213 611 560 Fax: +351 213 638 307 Internet: http://editora.lis.ulusiada.pt E-mail: editora@lis.ulusiada.pt
Fotocomposição	João Paulo Fidalgo
Capa	Ana Laranjeira
Impressão e Acabamentos	Rainho & Neves - Artes Gráficas Delegação Lisboa António Silva Branco Gestor Comercial Telm. +351 913 012 747 Tel/fax +351 214 943 380 mail asilvabranco@rainhoeneves.pt
Tiragem	100

Solicita-se permuta - On prie l'échange - Exchange wanted - Pídesse canje - Sollicitiamo scambio - Wir bitten um Austausch

Mediateca da Universidade Lusíada

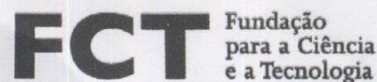
Rua da Junqueira, 188-198 - 1349-001 Lisboa

Telefone: +351 213 611 560 / Fax: +351 213 638 307

E-mail: mediateca@lis.ulusiada.pt

© 2019 • Fundação Minerva - Cultura - Ensino e Investigação Científica / Universidade Lusíada

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida por qualquer processo electrónico, mecânico ou fotográfico incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia da Fundação Minerva. O conteúdo desta obra é da exclusiva responsabilidade dos seus autores e não vincula a Fundação Minerva - Cultura - Ensino e Investigação Científica / Universidade Lusíada.



Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto «UID/DIR/04053/2019».

SUMÁRIO

O Instituto Lusíada de Direito do Trabalho e a Revista 7

I – DOCTRINA

As (propostas) alterações ao regime da contratação a termo
António Monteiro Fernandes 11

A greve: questão eterna do Direito do Trabalho. Greve e abuso do
direito
António José Moreira 29

Estágios profissionais, contratos de trabalho e emprego: algumas
reflexões
João Zenha Martins 51

II – COLABORAÇÃO INTERNACIONAL

Após Gotemburgo: reflexões sobre Direitos Sociais na União Europeia
G. Maurizio Ballistreri 95

El Derecho del Trabajo y la transformación de la Empresa
Manuel Carlos Palomeque López 119

Consideraciones sobre la garantía penal de los Derechos Sindicales
en la experiencia española
Rafael Sastre Ibarreche 135

El empleador plural, el empleador complejo y el empleador
instrumental en las redes empresariales
Wilfredo Sanguineti Raymond 171

III – JURISPRUDÊNCIA

Uma jurisprudência consolidada: a presunção de laboralidade
António Monteiro Fernandes 225

IV – ANEXOS

- Anexo 1 – Decreto-Lei nº 637/74, de 20 de novembro, que aprova a requisição civil 251
- Anexo 2 – Resolução do Conselho de Ministros nº 27-A/2019, de 7 de fevereiro – Reconhece a necessidade de se proceder à requisição civil dos enfermeiros em situação de greve, decretada pelo SINDEPOR e pela ASPE, até ao dia 28 de fevereiro de 2019 257
- Anexo 3 – Portaria nº 48-A/2019, de 7 de fevereiro – Proceder à requisição civil dos enfermeiros identificados no nº 1 do artigo 1º 261
- Anexo 4 – Decreto-Lei nº 259/2009, de 25 de setembro – Regulamenta a arbitragem obrigatória e a arbitragem necessária, bem como a arbitragem sobre serviços mínimos durante a greve e os meios necessários para os assegurar 265
- Anexo 5 – Acórdãos dos Tribunais Arbitrais – Greves nos Centros Hospitalares de São João, EPE, e Universitário de Coimbra, EPE, no dia 26 de outubro de 2018; 275
 - Greves nos Centros Hospitalares de São João, EPE, Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra, EPE, e Universitário do Porto, EPE, com início no dia 22 de novembro e termo a 31 de dezembro de 2018; 278
 - Greves nos Centros Hospitalares Universitário de Lisboa Norte, EPE, e de Setúbal, EPE, com início no dia 22 de novembro e termo a 31 de dezembro de 2018 280

- Anexo 6 – Parecer nº 6/2019 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, de 18 de fevereiro de 2019, *in* DR, 2ª série, de 18 de fevereiro de 2019 283
- Anexo 7 – Despacho nº 1741-A/2019, de 18 de fevereiro, que homologa o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República 299
- Anexo 8 – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 26 de fevereiro sobre a greve dos enfermeiros 303

O INSTITUTO LUSÍADA DE DIREITO DO TRABALHO E A REVISTA

1. Após um interregno longo, que dura desde abril de 2012, foi entendido no âmbito do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, com o apoio de um conjunto de colaboradores, desde a primeira hora que se deveria imprimir uma nova vida à *Minerva - Revista de Estudos Laborais*. Deles, destaco o Professor António Augusto Fernandes, sem o qual, e a verdade impõe-me que o diga, a nova vida poderia ser um pouco mais procrastinada. —

O fosso instalado entre a técnica e a humanidade, de par com convulsões sociais de muito tempo não vividas com tanta intensidade e com tamanha difusão, são um desafio, ou um verdadeiro conflito, a pensar, a escrever, a partilhar ideias que permitam, de algum modo, potenciar o equilíbrio de uma sociedade a caminho. ... sabe-se lá do quê!

Portugal vive, como há muito não se via, movimentos gigantescos que fazem pensar, nos limites que lhes devem ser assacados; a inteligência artificial, o trabalho, o desemprego que campeia, as condições de trabalho que fazem lembrar outros tempos, são tudo temas que convocam a tomada de posição, num Direito que se quer reativo e de modas e que, muitas vezes, chegou tarde às verdadeiras questões. A Revista terá, a esse nível, uma palavra a dizer.

Em europeia, nomeadamente por causa do Brexit, os abrandamentos económicos e recordarem-nos a crise do ouro negro da década de setenta do século passado, a escassez de recursos, a crise do *Welfare State*, tudo isto, que não é coisa pouca, obriga os pensadores sociais, os juslaboralistas, a prescrever receitas, se não de cura, pelo menos de paliativo. Não há visões taumatúrgicas, pelo menos remediativas e que potenciem, em qualquer tempo, males menores ao *homo sapiens*, antes de qualquer derrocada.

Em longo destes anos, muito embora sem Revista, o Instituto tem vindo a organizar eventos. É o caso, *inter alia*, dos Congressos Nacionais de Direito do Trabalho, de periodicidade anual, estes eventos são o ponto de encontro da comunidade lusitana. É, assim, se aquando da última publicação da *Minerva - Revista de Estudos Laborais*, em 2012, se aquando da realização do XV Congresso, pode dizer-se que se abriu em

APÓS GOTEMBURGO: REFLEXÕES SOBRE DIREITOS SOCIAIS NA UNIÃO EUROPEIA

G. Maurizio Ballistreri

Professor de Direito do Trabalho - Universidade de Messina

“A Comunidade não foi instituída para ser um organismo democrático, mas para prosseguir fins de carácter essencialmente económico com instrumentos indiferentes às exigências da democracia” – G. FEDERICO MANCINI

“Não se pode deixar de reconhecer a estreita ligação existente entre os direitos sociais e as condições de trabalho.”
– LORD WEDDERBURN OF CHARLTON

Resumo: Recentemente, em Gotemburgo, na Suécia, os 28 chefes de Estado e primeiros-ministros dos países aderentes à U. E. discutiram sobre o “Pilar europeu dos direitos sociais” e um dos temas fundamentais foi o combate à competitividade de certos países prosseguida através do dumping social.

Palavras-chave: Europa social; Pilar social europeu.

Abstract: Recently in Göteborg, Sweden, the 28 Heads of State and Prime Ministers of the EU countries discussed on the “European Pillar of Social Rights” and one of the key issues was the fight against the competitiveness of individual countries pursued through social dumping.

Keywords: Social Europe; European Social Pillar.

Sumário: Introdução; 1. Os direitos sociais; 2. Os direitos sociais na União Europeia; 3. A austeridade na União Europeia; 4. A “frigidez social” nos Tratados fundadores; 4.1 Algumas notas sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu; 5. Gotemburgo: arranca o “Pilar social europeu”? – Reflexões conclusivas.

Introdução

Vinte e oito Chefes de Estado e Primeiros-Ministros dos Estados-Membros da UE discutiram recentemente em Gotemburgo, na Suécia, sobre a “Europa Social”¹. Discussão precedida pela adoção do chamado “Pilar Europeu dos Direitos Sociais”, desenvolvido, em especial a partir do lançamento de uma consulta pública em março de 2016, pela adoção,

¹ Para uma ampla exposição do tema, indica-se FONTANA, G., *LA CARTA SOCIALE EUROPEA E IL DIRITTO DEL LAVORO OGGI*, in “W. P. MASSIMO D’ANTONA” – INT., 132/2016.

em abril de 2017, de uma proposta definitiva de texto, sob a forma de Recomendação, justamente tendo em vista a Cimeira de Gotemburgo ².

O acontecimento pode ser encarado como o relançamento da tentativa de identificar o nível mínimo e inviolável de tutela social, precisamente através de um “Pilar Europeu dos Direitos Sociais” ³, tendo também em vista a recuperação da “legitimidade da União” e do seu projeto não só economicístico de integração⁴.

Trata-se, sem dúvida, de um ambicioso e complexo programa político-legislativo: não foi por acaso que a Recomendação euro-unitária para a promoção do “Pilar Europeu dos Direitos Sociais” definiu o compromisso de desenvolver a política social, reafirmando, ao mesmo tempo, a subsidiariedade da intervenção a nível europeu, envolvendo assim os Estados-Membros e os governos nacionais. O limite do Pilar surge na configuração, tão substancial quanto perigosa, de uma União Europeia a duas velocidades nas questões sociais, considerando-se que ele é prioritariamente dirigido à área dos países do euro, sem prejuízo da vontade dos outros países da EU de lhe aderirem e de o levarem à prática⁵.

1. Direitos sociais.

É de uso comum o termo «direitos sociais», certamente de carácter polissémico, num confronto sistemático com as categorias económicas e sociológicas.

Uma definição magistral de «direitos sociais», fácil de entender, foi proposta por Norberto Bobbio, que contextualiza os direitos sociais e laborais: “do nascimento, crescimento e maturidade do movimento de trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca terra ou sem

² Buccheri, C., *La formulazione del Pilastro europeo: quali effetti sui diritti sociali?* in “e-Revista Internacional de la Protección social”, Universidad de Sevilla, 2018: “O pilar europeu dos direitos sociais visa tornar os direitos dos cidadãos mais eficazes e promover um novo conceito que tenha em conta o contexto histórico em que os Estados são chamados a agir, demonstrando assim o reforço do processo de integração europeia”.

³ Tullini, P., *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in “Rivista Italiana di Diritto del Lavoro”, 2, 2018, p.199 e ss.

⁴ Giubboni, S., *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in “Quaderni Costituzionali”, 4, 2017, p. 953 e ss.

⁵ M. Bonnechère, *Où va le droit du travail?*, in “DO”, 2016, p. 315, acerca de “l’ambivalence” do Pilar ainda orientado à “réalisation des objectifs de la politique économique”.

bens, dos pobres que pedem às autoridades públicas não apenas o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, e os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, e gradualmente a assistência para a invalidez e a velhice”⁶.

É o modelo que, *mutatis mutandis*, no campo económico se define “Keynes-Beveridge”⁷, baseado na intervenção pública com fins redistributivos através da alavanca fiscal, com sistemas avançados de proteção social, adotados no último pós-guerra pelos trabalhistas na Inglaterra e pelos social-democratas na Alemanha, na Áustria e nos países escandinavos nos « trinta gloriosos»⁸, e integrado, nos anos setenta e oitenta do século XX, pelo modelo neocorporativo⁹, para uma intermediação dos interesses coletivos, baseada na “troca política” entre moderação salarial e concessões sociais: o compromisso dinâmico entre Estado e mercado. Modelos avançados de Estado social, que por mais de trinta anos se desenvolveram praticamente sem pausa, no âmbito de processos de desenvolvimento económico na Europa igualmente tumultuosos¹⁰, seja de acordo com o modelo interpretativo de T.H. Marshall¹¹, para o qual se parte dos direitos políticos, com gradualismo, em direção àqueles “mais substantivos, de tipo económico e social”¹², para ampliar os direitos de cidadania, seja de acordo com o de Polany, concebido como um “gesto de autodefesa” por parte do movimento operário reformista¹³. O *Welfare State* surge como instrumento de estabilização do ciclo económico interno, funcional para uma correlação positiva entre produção e

⁶ N. BOBBIO, *Letà dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. XIV.

⁷ A. Rapini, *I «cinque giganti» e la genesi del welfare state in Europa tra le due guerre*, in “Storicamente”, 8 (2012).

⁸ Escreve M. Ferrera: “Tal expressão foi depressa adotada pelo debate internacional e em particular pelos estudiosos do *welfare state*. Antes, tinha havido períodos de *boom* prolongado, mas a verdadeira novidade dos “trinta gloriosos”, com efeito, foi precisamente a espectacular expansão desta nova instituição”, in *Trent'anni dopo. Il welfare state europeo tra crisi e trasformazione*, in “Stato e Mercato”, il Mulino, Bologna, 3, 2007, p. 343.

⁹ Por todos os expoentes desta concepção das relações sócio-institucionais, veja-se: G. LEHMBRUCH, P.C. SCHMITTER, *La politica degli interessi nei paesi industrializzati: modelli di politica neocorporativa*, Bologna, 1982.

¹⁰ Uma ampla e detalhada análise doutrinária, fecunda de relações de tipo interdisciplinar, em S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003.

¹¹ T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, (dir. S. Mezzadra), Laterza, Roma-Bari, 2002.

¹² L. PAGGI, (dir.), *Americanismo e riformismo*, Einaudi, Torino, 1989.

¹³ K. POLANY, *La grande trasformazione (1944)*, Einaudi, Torino, 1974.

procura em massa ¹⁴.

Os direitos sociais nascem com base numa necessidade histórico-evolutiva ¹⁵: conciliar os valores da liberdade e da igualdade das democracias modernas ¹⁶, que, através da interpretação de Kelsen ¹⁷, deviam levar a transformar o princípio da liberdade de natural-negativo para social-positivo.

Os direitos sociais constituem o instrumento para implementar essa mudança, para alcançar a libertação das condições de sujeição económica, verdadeiro obstáculo à realização da democracia substancial, para lá do invólucro formal do “Estado liberal de direito” ¹⁸ para um *embedded liberalism* ¹⁹, na esteira das constituições sociais que encontram as suas raízes na da República de Weimar²⁰, na qual o princípio da primazia das liberdades individuais é superado pela “prioridade do social”²¹. A tal propósito, pode-se afirmar que, com Weimar, “foi positivada uma estreita relação entre conceção (‘progressista’) da democracia, forma de Estado e direitos fundamentais”²². A Constituição de Weimar, com os seus importantes contributos em matéria de democracia económica, não representa apenas a tentativa de democratizar um Estado liberal que se inclina sob o peso dos

¹⁴ A. PERULLI, *Postfordismo, forma dello Stato e diritto del lavoro*, in *Lavoro e Diritto*, 1998, 251 ss.

¹⁵ G. LA NEVE, *L'attenzione sui diritti sociali, paradigma di un tempo*, in *federalismi.it*, n. 12/2014, p. 7.

¹⁶ N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995

¹⁷ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia* (1929), trad. it. Il Mulino, Bologna, 1966.

¹⁸ F. Mazzarella, *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, in *Quaderni fiorentini*, 2012, fasc. 4, 329 ss.

¹⁹ J.G. RUGGIE, *Globalization and the Embedded Liberalism Compromise: The End of an Era?*, in *MPIfG Working Paper 97/1*, January 1997; S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n.3/2016, 95, onde o A. afirma: “O reconhecimento da função social da liberdade de empresa e do direito de propriedade - de acordo com as tradições constitucionais dos seis países fundadores da CECA e da CEE - é certamente consistente com o pressuposto básico desse modelo, que concebe a criação do mercado comum enquanto projecto confiado, a nível transnacional, às liberdades económicas garantidas pelo direito comunitário, mas que é, ao mesmo tempo, firmemente radicado, a nível nacional, nas instituições sociais dos Estados-Membros ».

²⁰ No estudo de G. VARDARO, *Il diritto del lavoro nel "laboratorio Weimar"*, in *Politica del diritto*, 1981; posteriormente recuperado in: AA. VV., *Il diritto del lavoro nel "laboratorio Weimar"* (dirigido pelo próprio VARDARO conjuntamente com G. ARRIGO, Roma, Edizioni Lavoro, 1982), o A. investiga o papel activo que teve o direito do trabalho, tanto na construção como na perda de legitimidade da República de Weimar. Em particular, identifica a influência decisiva do juslaborismo (nomeadamente de Sinzheimer) na globalidade da experiência político-jurídica weimariana. O tema é posteriormente retomado e alargado nos dois estudos: *Kahn-Freund e il diritto del lavoro nella cultura weimariana*, in *Democrazia e diritto*, 1983; *Oltre il diritto del lavoro: un Holzweg nell'opera di Franz Neumann*, originariamente publicado em *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983 e posteriormente publicado como “Introduzione” a F. NEUMANN, *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, il Mulino, Bologna, 1983.

²¹ C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Sansoni, Firenze, 1946, p. 333.

²² S. GAMBINO, *I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, in *federalismi.it*, 24/2012, p. 2.

conflitos sociais do início do século XX. Representa também a tentativa de racionalizar a sua forma de organização política que entra em colapso com a ampliação da representação; isto através da previsão de uma “pluralidade de órgãos mutuamente colocados em posição de equilíbrio, de modo a serem capazes de se neutralizarem um ao outro na eventualidade de abuso e de arbítrio”²³.

Essa concepção também pode ser encontrada na Constituição da República Italiana de 1948, com ênfase particular no tema das pessoas (e não dos indivíduos) como destinatárias dos direitos sociais²⁴. Pode-se bem dizer que, com a Constituição de 48, se afirma a “terceira via” da tradição solidarística, entre liberalismo e socialismo autoritário, em que a propriedade privada e a iniciativa privada são protegidas, mas colocadas ao serviço do interesse social²⁵.

Pode-se observar que as leis fundamentais dos países da Europa Ocidental, nascidas após o fim da Segunda Guerra Mundial, em particular as dos Estados fundadores da Comunidade Económica Europeia, constitucionalizaram, com técnicas jurídicas não homólogas, o *Welfare State*, prevendo amplos catálogos de direitos sociais de “prestação positiva”, ou “cláusulas gerais de Estado social”, juntamente com o reconhecimento de direitos sociais com imediata acionabilidade²⁶, visando, de qualquer modo, desempenhar a fundamental função normativa de garantia da integração dos grupos sociais mais débeis²⁷: “na figura da democracia de massa representada pelo Estado social, a forma económica altamente produtiva do capitalismo é, pela primeira vez, socialmente conectada e mais ou menos felizmente harmonizada com a autocompreensão normativa dos Estados democráticos constitucionais”²⁸. E assim, as constituições da Europa Ocidental recuperaram o sentido “político” da experiência da República de Weimar: “a nova concepção de relações entre poder econômico e poder político torna-

²³ G. LA NEVE, *L'attenzione sui diritti sociali, paradigma di un tempo*, in *federalismo.it*, n.12, 2014.

²⁴ A. BALDASSARE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 152.

²⁵ P. COSTA, *Alle origini dei diritti sociali “arbeitender Staat” e tradizione solidaristica*, in G. GOZZI (dir.), *Democrazia, diritti, costituzione*, il Mulino, Bologna, 1997, p.337.

²⁶ L. MENGONI, *I diritti sociali*, in “*Argomenti di Diritto del Lavoro*”, n.1, 1998, p. 3 ss. e, para uma perspectiva comparada: L.M. DIEZ-PICAZO, M.C. PONTTHOREAU, *The Constitutional Protection of Social Rights: Some Comparative Remarks*, in “*European University Institute*”, EUI LAW; 1991/20.

²⁷ Trata-se da noção de Estado “pluriclasse”, cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986.

²⁸ J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, trad. it. dir. por I. Cepa, Feltrinelli, Milano, 2002 (3° ed.).

-se, assim, o traço característico das constituições democráticas”²⁹.

2. Os direitos sociais na União Europeia

É, sem dúvida, atual a discussão sobre os direitos sociais na União Europeia, como modo de completar os direitos de liberdade, entendidos na sua aceção de «direitos fundamentais»³⁰, que caracterizaram o seu desenvolvimento, tendo em conta as lacunas, quer do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, marcado pelo princípio fundamental do mercado livre³¹, quer do Tratado constitucional e do de Lisboa, face ao modelo social em que a generalidade dos Estados-Membros da União Europeia parece querer inspirar-se³², com uma perspetiva atual muito incerta³³. É verdade que, já em 1961, na Carta Social Europeia³⁴ e depois na Carta Comunitária de 1989, há uma “referência” explícita aos direitos sociais – e que elas foram interpretadas como filiação jurídica da Declaração dos Direitos do Homem³⁵, com problemas, contudo, em termos da aplicação concreta em cada um dos Estados-Membros³⁶ –; referência essa posteriormente retomada pelos Tratados,

²⁹ C. PINELLI, *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell'incertezza*, in L. ORNAGHI, (dir.), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 197.

³⁰ Para uma detalhada reconstrução histórico-jurídica dos direitos de liberdade como “direitos fundamentais”, veja-se L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, dir. E. VITALE, Laterza, Roma-Bari, 2001, 5 ss.; o A. desenvolveu, ao longo dos últimos dez anos, uma teoria dos direitos fundamentais que é rica, complexa e perfeitamente integrada com a teoria mais geral do direito e da democracia que esteve ao mesmo tempo a elaborar. A teoria dos direitos proposta por Ferrajoli tem múltiplos perfis, tanto do ponto de vista da filosofia do direito e da filosofia política (por exemplo, as relações entre a teoria dos direitos e a igualdade e a democracia constitucional), como do ponto de vista de propostas mais específicas, muitas vezes bastante originais, de análise teórica e limpeza conceitual da linguagem dos direitos.

³¹ Uma revisão em G. LYON-CAEN, e A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Paris, 1993, p. 16.

³² P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, “Relazione alle Primeiras Jornadas Internacionais de Justiça Constitucional” (Brasil-Espanha-Itália), Belem do Pará (Brasil), 25 e 26 agosto – Verano 2008.

³³ Sobre o tema existe uma vasta literature científica, entre outros, cfr. N. ALIPRANTIS, *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale*, Bruxelles, 2009; J. ILIOPOULOS-STRANGAS, *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux*, Bruxelles, 2009.

³⁴ S. ROBIN-OLIVIER, *La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam*, in “Droit Social”, 1999, p. 609.

³⁵ C. Benelhocine, *The European Social Charter*, “Publicazioni del Council of Europe”, Paris, 2012.

³⁶ M., Rodríguez-Piñero y M. Bravo-Ferrer, M., *La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación*, in “Revista de Política Social”, n. 118, 1978.

mas sem constitucionalização, com uma dimensão “pré-constitucional” definida³⁷, favorecendo, simultaneamente, o papel de reequilíbrio do Tribunal de Justiça em relação às liberdades económicas. A questão é que o reconhecimento dos direitos sociais nas duas Cartas sociais europeias de 1961 e 1989 é interpretado nos Tratados como “interesses sociais objetivos, embora de nível fundamental, e não como posições subjetivas diretamente justiciáveis”³⁸, com uma evidente assimetria entre valores económicos e proteção social³⁹. Uma confirmação adicional daquela “*anomalia genética*”⁴⁰ dos direitos sociais no domínio comunitário, particularmente no que diz respeito aos Estados sociais nacionais (em especial os mediterrânicos). Como foi agudamente observado (e criticado!) por Federico Mancini, na altura juiz do Tribunal de Justiça europeu no Luxemburgo: “*A Comunidade não foi instituída para ser um organismo democrático, mas para prosseguir fins essencialmente económicos com instrumentos indiferentes às necessidades da democracia*”, acrescentando: “*a importância do direito do trabalho no ordenamento comunitário é modesta: os trabalhadores subordinados representam mais ou menos 10% dos nossos “clientes”; muito mais importante, não só quantitativamente, mas também pela qualidade dos problemas que levam ao conhecimento do Tribunal, são outros sujeitos económicos e sociais*”⁴¹, omitindo a indispensável ligação entre os direitos sociais e as condições de trabalho⁴².

3. A austeridade na União Europeia.

Nesta perspetiva, nos nossos dias, é evidente que as dificuldades em matéria de tutela dos direitos sociais devem ser atribuídas também

³⁷ S. SCIARRA, *Integration through courts: article 177 as a pre-federal device*, in *Labour Law in the Courts National Judges and the European Court of Justice*, Oxford-Portland, 2001, p. 23.

³⁸ Sobre o tema, vd. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, op. cit., p. 135.

³⁹ M.V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in “Lavoro e Diritto”, 2000, 547 ss.

⁴⁰ A definição é de M. D’ANTONA, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell’Unione europea*, in “Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile”, 1994, p. 704.

⁴¹ *Intervista a Federico Mancini*, in “Riv. it. dir. lav.”, 1993, 145 ss., agora em P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell’Italia repubblicana, Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 506 e 509.

⁴² B. WEDDERBURN OF CHARLTON, *Common law, labour law, global law*, in “Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali”, 93, I, 2002.

(e talvez acima de tudo) às políticas de austeridade impostas pela própria União, para privilegiar a manutenção do euro e a competitividade da economia europeia no mercado global, em presença de uma grave crise financeira, mas é inegável que, no plano social, a Europa não tem um papel de distribuição dos recursos comparável ao dos Estados-Membros, aos quais continua a competir a definição da tributação e das contribuições sociais⁴³.

Deve-se notar, no entanto, que as políticas de austeridade constituem quase uma espécie de código genético da união económica e monetária, que impôs o cancelamento do modelo “Keynes-Beveridge” e, com ele, do *deficit spending*: a fixação de tetos à dívida pública, ao défice público e à inflação impõe severas restrições às políticas fiscais e sociais dos países membros⁴⁴, em função do objetivo primordial da estabilização monetária para apoiar a competitividade no mercado; e assim, as normas transeuropeias enfraqueceram e comprimiram fortemente a soberania dos Estados nacionais europeus, em primeiro lugar no terreno das tutelas sociais⁴⁵. De fato, com os parâmetros macroeconómicos do Pacto de estabilidade e crescimento, foi estabelecida para os sistemas de segurança social uma espécie de “Camisa de Nessus”, funcional relativamente à correlação dos sistemas nacionais de protecção social com as exigências da dimensão global da economia⁴⁶, que tem sido oportunamente definida como “austeridade permanente”⁴⁷. Quanto ao tema, existe uma produção científica vasta e significativa⁴⁸, acerca dos efeitos da crise financeira de 2007 e das políticas de austeridade na Europa sobre a regulamentação do trabalho subordinado e sobre os sistemas de segurança social⁴⁹, em particular em países como a Itália que adotaram, sob

⁴³ A. D'ALOIA, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel “processo” costituzionale europeo*, in M. SCUDIERO (dir.), *Il diritto costituzionale comune europeo*, Jovene, Napoli, 2002.

⁴⁴ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, op. cit., 83.

⁴⁵ W. STREECK, *Public Power Beyond the Nation-State: The Case of the European Community*, in R. BOYER, D. DRACHE (dir.), *States Against Markets. The Limits of Globalisation*, London, 1996, p. 229 ss.

⁴⁶ G. ESPING-ANDERSEN, *I fondamenti sociali delle economie postindustriali*, Bologna, 2000.

⁴⁷ P. PIERSON, *Lo Stato sociale nell'era dell'austerità permanente*, in Riv. it. sc. pol., n. 3, 1999, 393.

⁴⁸ Entre os contributos científicos, assinala-se B. CARUSO, S. FONTANA, (dir.), *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, il Mulino, Bologna, 2017.

⁴⁹ P. Bilancia, *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in “federalismo.it”, 4/2018, pag. 5: “As políticas de austeridade também induzidas pela União Europeia, em particular para os países da zona euro, minaram os objectivos das políticas sociais nacionais, tornando-as incapazes de satisfazer as exigências de tutela dos direitos sociais provenientes de grande parte dos cidadãos (exigências que, precisamente por causa da crise económica, se iam multiplicando nesses anos). Neste sentido, pode-se

a pressão das instituições da União Europeia, Comissão e Banco Central *in primis*, e do Fundo Monetário Internacional⁵⁰, cortes dramáticos, pelas consequências sociais, nos regimes previdenciais e, em geral, nas políticas de protecção social⁵¹. E assim, a austeridade, implementada por reduções maciças da despesa pública, atingiu todo o catálogo das tutelas sociais: pensões, saúde, serviços sociais, educação pública, assim como contratos de trabalho na administração pública e a introdução de maior flexibilidade na relação de trabalho, tanto na sua constituição e duração, como no que diz respeito à cessação, que na Itália tem como uma espécie de manifesto ideológico o chamado *Jobs Act*⁵².

Foi oportunamente observado que a prevalência do direito da concorrência condicionou significativamente a soberania dos Estados membros da União nas políticas económicas, inibindo as garantias decorrentes dos direitos sociais⁵³. Postulado institucional e, em muitos países, inclusive a Itália, constitucional, é o princípio do equilíbrio orçamental, aquele *fiscal compact* que é a ponta de lança da imperante despolitização das decisões públicas⁵⁴ e da “privatização”⁵⁵ da política, substituídas pelo tecnocratismo a nível europeu, com a consequente “desapropriação da política democrática”⁵⁶ e o nascimento de um direito europeu de crise.

dizer agora que essas políticas de austeridade, impostas com o fim de combater a crise económica global, representaram um “ponto de partida errado”.

⁵⁰ Trata-se das teorias do FMI aplicadas na Itália e em vários países europeus (Grécia, Espanha e Portugal), experimentadas nos anos 70 no Chile do ditador Pinochet e depois constantemente aplicadas pelo Fundo Monetário Internacional, tanto no continente africano como na América do Sul, até ao último exemplo marcante da grande crise na Argentina, iniciada no princípio dos anos 90, com um pico entre 2001 e 2004, para depois viver também a crise global que eclodiu em 2007 com os mútuos *subprime*. As repercussões da teoria do “choque da dívida”, repudiada também por uma parte do próprio FMI, para além da vertente económico-social, têm consequências muito importantes em termos de democracia, deslocando o eixo das decisões dos órgãos democraticamente eleitos para staffs técnicos, incarnados na Europa pela chamada Troika. Para uma crítica, entre os muitos contributos, AA.VV., *L'alternativa all'Europa del debito*, Alegre, Roma, p. 201.

⁵¹ T. TREU, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in Gior. dir. lav. rel. ind., 2013, 597 ss.

⁵² Uma crítica severa ao *Jobs Act*, entre os vários importantes contributos científicos, em A. PERULLI, *Contratto a tutele crescenti e Naspi - Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, Torino, 2015.

⁵³ G. LOY, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in “Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti”, 25 marzo 2009.

⁵⁴ S. GIUBBONI, *Il diritto del lavoro nella crisi europea (a proposito di un recente volume)*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, INT: - 126/2016.

⁵⁵ P. CIOFI, *Il lavoro senza rappresentanza/La privatizzazione della politica*, manifestolibri, Roma, 2004.

⁵⁶ W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013.

4. A “frigidez social” nos Tratados fundadores.

Pelo que diz respeito aos tratados fundadores da União Europeia, deve-se notar que a dimensão social é substancialmente fraca, merecendo o juízo de “frigidez social” frequentemente expresso⁵⁷, apesar dos princípios expressos na Carta de Nice⁵⁸. A função emancipatória dos direitos sociais em direção à democracia substancial sofreu, justamente pelos processos de globalização que puseram em crise o Estado-nação do século XX fundado na soberania popular⁵⁹ e pelas políticas de austeridade na Europa, que agravaram ainda mais as características de “frigidez social” da União.

Nesse contexto, também recuou o direito do trabalho entendido como “direito social”⁶⁰, com fontes derivadas do ordenamento internacional do trabalho, do direito das relações individuais e das relações sindicais, da legislação social, que se substancia por meio de normas estatais e de relações coletivas com o fim de regular a subordinação do trabalho e as demais relações jurídicas que nela se originam, por uma tutela unitária da pessoa do trabalhador. Verificou-se aquilo que foi corretamente definido como a “infiltração incontestada do direito da concorrência”⁶¹ no direito do trabalho, que produziu uma evidente desregulamentação das relações de trabalho⁶². A crise da soberania dos Estados-Membros da União Europeia pôs em discussão, no campo laboral, a «territorialidade, entendida como critério para a prevalência de normas inderrogáveis em face da autonomia privada», a qual é tradicio-

⁵⁷ Permito-me remeter para M. BALLISTRERI, *For a sole Labour Law in Eastern and Southern Europe*, in AA.VV., *The Community integration process Between Eastern and Southern Europe*, Edas, Messina, 2010, p. 153.

⁵⁸ A. ANASTASI, *Globalizzazione, integrazione, europea e delle tutele sociali*, in *Atti del Congresso Internazionale “Globalizzazione, integrazione regionale e diritto del lavoro”*, in “Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e America Latina”, n. 15/2003, p. 187.

⁵⁹ Permito-me remeter para M. BALLISTRERI, *Il diritto del lavoro, i diritti sociali: nuovi paradigmi nella crisi storica dello Stato-nazione*, in “Revista de Estudios Económicos y Empresariales”, Università di Extremadura, n. 27, 2015.

⁶⁰ M. RODRIGUEZ PINERO, *La grave crisi del diritto del lavoro*, in “Lavoro e Diritto”, XXVI, N. 1, 2012, p 3, em que o A. ilustra as razões do direito do trabalho como direito social: «O direito do trabalho tem como objetivo ‘primordial’ a luta contra a desigualdade que é inerente à relação de trabalho. Como contrapeso de uma lógica puramente económica, destacou-se como um ‘direito social’ e um element chave de toda a política social”.

⁶¹ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, op. cit., p. 166.

⁶² S. DEAKIN, F. WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in “Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali”, 1999, p. 587 ss.

nalmente expressiva dos ordenamentos de tipo garantístico relativamente aos contraentes débeis⁶³.

Relativamente às “obrigações” europeias de desregulamentar as tutelas na relação de trabalho e à crise do «paradigma laboral do século XX», a doutrina juslaborística procurou definir novos horizontes teóricos e soluções práticas. Veja-se a experiência italiana com a elaboração de novos princípios regulatórios que enfatizam a autodeterminação do trabalhador individual e sua realização como pessoa, com normas já não baseadas num tipo abstrato de trabalhador, mas que constituam linhas gerais para garantir as necessidades do trabalhador individual na sua subjetividade. Esta abordagem juslaboral parece querer reformular a noção do *favor* e, com ela, a especialidade da relação de trabalho face às relações privadas em geral: “raiz, fonte, legitimação de tal especialidade é a consciência precisa, vitoriosa a final também em sede político-legislativa, de uma dissociação entre igualdade formal e disparidade substancial na conclusão do contrato, ou seja, para usar uma expressão mais eficaz, no mercado de trabalho; dissociação que é recomposta na subsequente relação de trabalho, dando origem a uma desigualdade dupla e cumulativa, substancial e formal, dado que o trabalhador não é apenas sujeito socio-economicamente débil, mas também legalmente submetido»⁶⁴. Daí resulta uma possível reescrita da conceção específica do direito do trabalho e, dentro dela, do contrato de subordinação, relativamente ao de direito civil. No plano legislativo, produziu-se, em consequência, uma modificação do “estatuto jurídico do trabalho dependente, cada vez mais sujeito a regulamentações especiais”⁶⁵. A tal propósito, parece oportuno notar que essas regulamentações visam, em particular, incidir profundamente na própria técnica de tutela jurídica resumida na chamada «norma inderrogável», justamente num momento histórico em que essa técnica «se está tornando comum a uma série de disciplinas civilísticas de tutela do contraente débil fraco, muito para lá do direito do trabalho, a partir da legislação de proteção do consumidor...»⁶⁶. Mesmo no nível jurisprudencial, essa tendência foi

⁶³ A. LYON-CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in “Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali”, n. 20, 1998, p. 12.

⁶⁴ F. CARINCI, Prefácio a *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 1998, p. 80.

⁶⁵ G. GHEZZI, *Dove va il diritto del lavoro? Afferrare Proteo*, in *Lav. dir.*, n.3/2002.

⁶⁶ C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in “Giornale di

constatada: ao lado do modelo tradicional (Taylor-Fordista) da subordinação-heterodireção, caracterizado pela divisão hierárquica e parcelada do trabalho, assinala-se a importância de um modelo organizacional diferente, o da subordinação-coordenação⁶⁷, «que se pode definir como flexível porque se caracteriza pela sujeição do trabalhador ao mero controle do resultado final»⁶⁸.

Pode dizer-se que em Lisboa não se fez mais do que transpor as disposições do Tratado Constitucional. Nesta perspetiva, pode-se falar do fracasso dessas expectativas nascidas e desenvolvidas após o nascimento da Comunidade Económica Europeia em Roma, sobre o progressivo balanceamento entre mercado e segurança social, que levaram um dos principais estudiosos, ao tempo, do direito social a afirmar que “o direito social internacional a nível europeu está, de facto, destinado a um grande futuro para a própria organização da Europa”⁶⁹.

Estávamos em 1975. Esta visão iluminística e evolutiva das políticas sociais no âmbito comunitário era também consequência do “Relatório Spaak” e do “Relatório Ohlin”, ambos de 1956, em particular este último, em apoio da progressiva expansão dos sistemas nacionais de proteção social⁷⁰, em relação com as políticas de livre circulação de pessoas, bens e mercadorias dentro da comunidade.

No entanto, é o Tratado de Roma que esclarece a instrumentalidade da função dos direitos sociais no que diz respeito à criação do mercado sem barreiras, elemento teleológico do nascimento da CEE. Com efeito, no Tratado, apenas a liberdade de circulação de trabalhadores e a de estabelecimento nos países do mercado comum foram codificadas como direitos sociais – a «cidadania comunitária» funcional para as políticas de livre comércio no seio da CEE⁷¹. E, neste âmbito regulatório das políticas sociais, o direito do trabalho resultante, na fase histórica de

Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali”, n.103, 2004, p. 405.

⁶⁷ M. PEDRAZZOLI, *Forme giuridiche del lavoro e mutamenti della struttura sociale*, in “Lavoro e Informazione”, 1992.

⁶⁸ E. GHERA, *Subordinazione, Statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in “Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali”, n. 109, 2006, p. 8.

⁶⁹ L.E. TROCLET, *Elementi di diritto sociale europeo*, Milano, 1975, p. 28.

⁷⁰ O “Relatório Ohlin” in *Social Aspects of European Co-operation. Report by a Group of Experts*, International Labour Office (BIT), Genevra, series Studies and Report, n. 46/1956.

⁷¹ Uma oportuna observação crítica em S. GIUBBONI, *Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico*, in “Argomenti di Diritto del Lavoro”, n. 6, 1997, p. 67 ss., sul punto pp. 79 e 102 ss.

maior expansão⁷², será o baseado na noção de “norma inderrogável”⁷³.

Deste ponto de vista, no art. 9 do Tratado sobre o funcionamento da União, está enunciado o que já se encontrava no Tratado constitucional (artigo III-117.º), segundo o qual: «Na definição e execução das suas políticas e ações, a União tem em conta as exigências ligadas à promoção de um elevado nível de emprego, à garantia de uma proteção social adequada, à luta contra a exclusão social e a um elevado nível de educação, formação e proteção da saúde humana». A própria negociação coletiva no âmbito europeu foi definida pelo TCE, nos artigos 138 e 139, como um mero «recurso do ordenamento jurídico comunitário», funcional para contribuir para a superação do modelo social tradicional⁷⁴. Portanto, a introdução da negociação coletiva como fonte do ordenamento comunitário e a institucionalização do diálogo social nas suas diversas formas tornam-se funcionais para o arquivamento do modelo originário de harmonização social, com assimetrias substanciais que podem ser encontradas, de fato, na noção de “prescrições mínimas aplicáveis progressivamente», distinta e distante da de um *common floor of standards*⁷⁵.

Contudo, é necessário sublinhar a exigência de traduzir a sensibilidade ao tema da proteção social, prevista nos Tratados, em ações positivas, de modo a tornar imaginável um maior reequilíbrio entre os objetivos da política económica e os da política social nos vários Estados-Membros⁷⁶. Na mesma direção, pode ser declinado o princípio da coesão económica e social como reequilibrador da liberalização dos mercados.

Neste quadro, assiste-se a uma mudança radical de paradigma⁷⁷ em matéria de regulação dos domínios sociais na normação europeia, com o peculiar entrelaçamento entre *multilevel governance* e subsidia-

⁷² A. e G. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, op. cit., p. 181.

⁷³ T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, il Mulino, Bologna, p. 81.

⁷⁴ Uma ilustração detalhada em A. LO FARO, *Europei, comunitari e comunitarizzati: i contratti collettivi nell'era della sovranazionalità*, in “Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale”, 1999, p. 257 ss.

⁷⁵ B. WEDDERBURN OF CHARLTON, *European Community Law and Workers' Rights: Fact or Fake in 1992*, in “Labour Law and Freedom, Further Essays in Labour Law”, London, 1995, p. 247 ss.

⁷⁶ Uma descrição da experiência de Portugal em Monteiro Fernandes, A., *Lezioni di Diritto portoghese del Lavoro fra sicurezza e flessibilità*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Trento, 2012.

⁷⁷ E. SZYSZCZAK, *The New Paradigm for Social Policy: A Virtuous Circle?* in “Comm. M. Law Rev.”, 38, Issue 5, 2001, p. 1125 ss.

riedade: uma perspectiva policêntrica e de *soft law* para as intervenções no campo dos direitos sociais, em que o foco passa das políticas sociais tradicionais para as políticas de emprego, já a partir do “Livro Branco” de 1993 sobre “crescimento, competitividade e emprego”, e depois melhor definidas no Conselho Europeu de Essen, de 9 e 10 de Dezembro de 1994: assume-se como objetivo fundamental o tema do combate à exclusão social, e as políticas de emprego tornam-se o instrumento contra a marginalização e a pobreza, através da integração das pessoas no mercado de trabalho⁷⁸.

4.1 Algumas notas sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu.

A globalização e os princípios monetaristas que presidiram ao nascimento da União Europeia e à crise financeira global, reduzem cada vez mais a área dos direitos sociais, as tutelas dos trabalhadores na relação individual, a ação sindical.

Da jurisprudência dos Tribunais de Justiça europeus, como de resto aconteceu no passado em relação à Consulta (*) em Itália, pode-se esperar um apoio para os direitos sociais, que os vários Tratados europeus não definiram completamente⁷⁹, através da sua justiciabilidade. É neste cenário institucional que o papel dos Tribunais de justiça na Europa, no que diz respeito aos direitos sociais, deve ser apreciado.

O protagonismo dos Tribunais de Justiça, portanto. Esta nova forma de constitucionalismo de carácter «pactício» sanciona o abandono do modelo kelseniano⁸⁰ de tribunal constitucional como legislador negativo, em que se inspiraram muitas engenharias constitucionais europeias. Já a inclusão dos “princípios” nas constituições significou

⁷⁸ S. GIUBBONI, *L'incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione in Italia*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 13/2003, p. 13.

⁷⁹ (*) A *Consulta Nazionale del Regno d'Italia* foi uma Assembleia consultiva, de composição não eletiva – os seus membros eram nomeados pelo governo, sob proposta de diversas organizações da sociedade civil –, que funcionou no imediato pós-guerra (1945-1946), enquanto não existiram condições para a elaboração de uma nova Constituição e para a subsequente eleição de um verdadeiro Parlamento. (N. T.). A. Lucarelli, *Diritti sociali e principi “costituzionali” europei*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, in “Quaderni della Rassegna di Diritto Pubblico Europeo”, Esi, Napoli, 2003; M. Tiraboschi, *I diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale*, in “Diritto delle Relazioni Industriali”, 2005.

⁸⁰ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, tradução de Treves, Einaudi, Torino, 1970.

delegar poder nos tribunais constitucionais, mas esta delegação de poder parece destinada a aumentar no futuro consideravelmente.

A este respeito, deve recordar-se que o Tribunal de Estrasburgo não hesitou por vezes (por exemplo, no acórdão *James* de 21 de Fevereiro de 1986) em garantir a legitimidade de restrições à propriedade por razões de “justiça social”, definidas discricionariamente pelos Estados-Membros, ou em incluir na garantia de propriedade também a garantia de direitos a prestações de carácter social, tanto previdenciais quanto assistenciais (por exemplo, acórdãos *Feldbrugge* e *Deumeland* de 29 de maio de 1986); mais prudente, por outro lado, se mostrou o Tribunal de Justiça europeu em matéria de direitos coletivos⁸¹.

Mais recentemente, em 20 de setembro de 2016, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, na sua mais autorizada formação denominada “A Grande Câmara”, adotou uma decisão (*Ledra Advertising Ltd. Et alii, c. Comissão e BCE, C-8 / 15 P* e outros processos apensos) que poderia levar, devido aos princípios jurídicos nela enunciados, a uma reabertura da discussão sobre o tema da compatibilidade das medidas de austeridade, com as proteções e as garantias sociais reconhecidas pela Carta de Nice⁸².

Pode dizer-se, portanto, que o Tribunal de Justiça desenvolveu uma jurisprudência de prudente *self-restraint*, que articulou o direito europeu da concorrência e do mercado com interesses públicos de tipo social, em primeiro lugar os protegidos pelos sistemas nacionais de direito do trabalho e da segurança social⁸³. O Tribunal fez uso em tal atividade jurisdicional fundada no *self-restraint*, de uma deferência

81 G. FONTANA, *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. INT – 78/2010, p. 62, em que o A. sublinha como «o Tribunal de Justiça subtrai ao direito interno e às Constituições nacionais o domínio sobre a autonomia sindical e sobre o conflito colectivo, trazendo-o para dentro dos parâmetros de referência do direito comunitário, segundo a interpretação dada por ele próprio acerca dos limites de compatibilidade da acção colectiva, afirmados em cada caso concreto por referência às quatro liberdades fundamentais, que assumem, apesar da paridade no plano abstracto-formal, um valor dominante sobre os direitos sociais colectivos”.

82 O Tribunal de Justiça ocupou-se, com a decisão de 20 de setembro de 2016, das intervenções do Mecanismo Europeu de Estabilidade, o “Fundo de salva-Estados”, estabelecendo, entre outras coisas, “que o direito de propriedade não é uma prerrogativa absoluta e que o seu exercício pode estar sujeito a restrições justificadas em nome de objetivos de interesse geral, também nos termos do art. 52 da Carta”; veja-se uma ampla análise em G. BRONZINI, *Corte di Giustizia: verso la sindacabilità delle misure di austerità?*, in “Rivista Italiana di Diritto del Lavoro”, fasc.1, 2017, p. 220.

83 S. Weatherill, *Viking and Laval: The Internal Market Perspective*, in M. Freedland, J. Prassl (eds.), *Viking, Laval and Beyond*, Oxford and Portland, 2014, pp. 23 ss.

seletiva e controlada em relação aos sistemas nacionais de segurança social, passados por uma verificação de compatibilidade com as regras do mercado interno.

Nem sempre, no entanto, o Tribunal de Justiça proferiu decisões jurisprudenciais destinadas a apoiar e promover os direitos sociais, principalmente os laborais e sindicais. Nesta perspetiva, vale a pena recordar a jurisprudência cada vez mais restritiva em matéria de procedimentos de despedimento coletivo, com uma nova interpretação da Diretiva 98/59 CE, “destinada a fomentar uma maior concorrência económica, observando que a disciplina de harmonização estabelece um padrão de proteção social comparável entre os países membros e a aproximação dos ónus impostos às empresas. Trata-se de um novo ponto de vista da jurisprudência europeia que, anteriormente, havia sublinhado o objetivo principal e essencial de proteger os trabalhadores nas situações de crise empresarial»⁸⁴: veja-se, especificamente, TJUE, 11 de novembro de 2015, C-422/14, *Pujante Rivera*.

Como princípio, no entanto, o Tribunal de Justiça reconheceu que os objetivos da União não são exclusivamente económicos, mas também sociais; da jurisprudência mais saliente, nesta perspetiva, “deve reter-se que a maior contribuição de progresso, em comparação com a morna abordagem adotada pelo Constituinte comunitário, foi claramente oferecida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça que, libertando-se não raro de um exercício meramente técnico-formal da função interpretativa, se preocupou com os aspectos de mais intensa valência humana e social da matéria”⁸⁵.

Os direitos decorrentes das disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) relativas à livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais devem, por conseguinte, ser actuados em conformidade com os objetivos prosseguidos pela política social, entre os quais figuram, como é claramente indicado no artigo 151.º, primeiro parágrafo, do TFUE, a melhoria das condições de vida e de trabalho, uma proteção social adequada e o diálogo social

84 P. Tullini, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, op. cit.

85 M. Cinelli, *Dimensione sociale del Mercato Unico Europeo e diritto della sicurezza sociale*, in *Dimensione sociale del mercato Unico Europeo, Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 27-28 ottobre 1989*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 106.

com os sujeitos representativos dos interesses coletivos. Com efeito, nos termos do artigo 152.º do TFUE, a União reconhece e promove o papel dos parceiros sociais ao seu nível, tendo em conta a diversidade dos sistemas nacionais, facilitando o diálogo entre as partes, com respeito pela sua autonomia.

5. Gotemburgo: arranca o “pilar social europeu”?

Em Gotemburgo, uma das questões fundamentais era o salário mínimo por lei em cada país da União, especificamente indicado pela Recomendação de 26 de abril de 2017 como garantia do *minimum wage* (ponto 6, Cap. “Condições de trabalho equitativas”⁸⁶), apesar de estar amplamente generalizado, visto que apenas seis dos 28 Estados, incluindo a Itália, não possuem este instrumento.

De fato, dos vinte e oito Estados que compõem a União Europeia, vinte e dois têm um sistema legal de fixação dos mínimos retributivos. À mais antiga tradição francesa, iniciada em 1950 e atualizada 20 anos depois (*lois 70-7* de 2 de janeiro de 1970), uniram-se outros Estados, introduzindo o salário mínimo por lei: a Inglaterra (agora em fase de Brexit) em 1998, com o *National Minimum Wage* e, mais recentemente, a Alemanha, com a lei aprovada em 11 de agosto de 2014 (*Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns - Mindestlohngesetz*)⁸⁷. Permanecem, portanto, sem um sistema de determinação legal dos salários mínimos, além da Itália, Suécia, Finlândia, Dinamarca, Áustria e Chipre.

O objetivo do salário mínimo legal em âmbito comunitário é o de contrariar a competitividade de cada país procurada através do dumping social, que também favorece as deslocalizações. Uma perspectiva de «federalização dos fundamentos da cidadania social»⁸⁸, a ser construída também através da criação de estruturas supranacionais

⁸⁶ T. Schulten, A. Watt, *European minimum wage policy – a concrete project for a social Europe*, in “European Economic and Employment Policy Brief”, 2, 2007.

⁸⁷ M. Magnani, *Problemi giuridici del salario minimo legale nell’ordinamento italiano*, in “Giurisprudenza Italiana”, n.3, 2015, p.743.

⁸⁸ A expressão é de S. GIUBBONI, *DIRITTI SOCIALI E MERCATO*, IL MULINO, BOLOGNA, 2003, p. 293.

de *welfare* para elevar os níveis de proteção social⁸⁹, sujeitos a contínuas compressões e reduções pelas políticas de contenção da despesa pública ligadas à austeridade europeia.

Mas seria ilusório pensar num alinhamento por cima dos salários dos vários países: basta pensar que os mínimos salariais por lei oscilam entre os 230 euros da Bulgária e os 2.000 euros do Luxemburgo por mês. É por isso que, infelizmente, primeiro a nível comunitário, e depois a nível euro-unitário, a hipótese de um salário mínimo legal europeu, um “SMIC européen”, sempre foi excluída⁹⁰.

No parlamento de Bruxelas, jaz há muito tempo uma proposta que prevê a introdução de um salário mínimo para todos os cidadãos do velho Continente, para eliminar as disparidades evidentes que existem entre os territórios onde não existe nenhum salário mínimo estabelecido por lei; por outro lado, não se pode ignorar a ampla produção de Convenções da Organização Internacional do Trabalho sobre este assunto⁹¹.

Reflexões conclusivas.

Nesta perspetiva, a União deve identificar na garantia dos direitos sociais uma base jurídica de ordem constitucional, a fim de permitir a definição de um modelo social europeu (recorde-se a definição que resultou do Conselho Europeu de Nice de 20 de Dezembro de 2000: um modelo “caracterizado por uma ligação indissociável entre o desempenho económico e o progresso social”, que recupera a vocação

⁸⁹ B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in “Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale”, 4, 2000, pp. 787-788.

⁹⁰ B. Teyssié, *Droit Européen du Travail*, Litec, Paris, 201, p. 192: “Il est pour longtemps exclu que soit établi un “SMIC européen” dont le montant serait identique de Copenhague à Lisbonne”.

⁹¹ Em seqüência: convenção da OIT n. 28/1928, relativa ao estabelecimento de métodos de fixação de salários mínimos para trabalhadores empregados em setores em que não há regras para fixação de salários, sendo os mesmos muito baixos, ratificada pela Itália com a lei 26 de abril de 1930, n. 877; Convenção da OIT n. 99/1951, sobre salários mínimos no setor agrícola, ratificada pela Itália com a lei de 19 de outubro de 1970, n. 864; Convenção da OIT n. 117/1962, sobre os objetivos e normas básicas de política social, integradora da de 1928 e ratificada pela Itália com a lei de 13 de julho de 1966, n. 657. A convenção da OIT n. 131/1970, que estabelece a obrigação de os Estados “estabelecerem um sistema de salários mínimos que cubra todos os grupos de trabalhadores que necessitam de tal proteção” (Artigo 1), não foi ratificada pela Itália.

social originária da Europa unida⁹², permitindo também que o direito laboral da União desempenhe a sua função essencial ao nível supranacional⁹³, visando impedir o dumping social entre os países membros e, portanto, a desregulamentação competitiva entre as economias nacionais no âmbito euro-unitário⁹⁴.

Como foi o caso dos direitos mais clássicos, relativamente aos quais as tradições constitucionais dos Estados-Membros foram elevadas a princípios gerais do ordenamento euro-unitário, o mesmo deveria acontecer quanto aos direitos sociais, também através de uma nova abordagem metodológica⁹⁵, cuja tutela e promoção deveria ser identificada na tradição solidária europeia, para alcançar a “constitucionalização dos direitos sociais” no contexto europeu, mesmo utilizando procedimentos de *soft law*⁹⁶, e não sem, por realismo político, identificar precisamente na vertente dos Tratados europeus um limite significativo para tal perspetiva. Falou-se corretamente de limites à constitucionalização dos direitos sociais em âmbito comunitário⁹⁷, cuja bússola passa a ser a das políticas de emprego, aquelas políticas ativas assumidas pelos legisladores nacionais quase como dogma jus-laborístico para favorecer inclusividade e resiliência dos mercados de trabalho europeus, sobretudo para os jovens, com medidas fundadas no chamado “capital humano”, encarado do ângulo visual da ideologia ultraliberal, com ações incidentes do lado da oferta, “caracterizadas por um aumento da condicionalidade e apoiadas por incentivos fiscais para empresas”⁹⁸.

⁹² G.F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento della Comunità europea*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Atti del convegno di Parma del 30-31 ottobre 1985, Padova, 1988.

⁹³ G. LYON-CAEN, *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, in “Droit Ouvrier”, 1992, onde o A. denuncia «une infiltration du droit social par la logique concurrentielle».

⁹⁴ O. DE SCHUTTER, *La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002.

⁹⁵ P. OLIVELLI, *Diritti sociali e “metodo di coordinamento aperto” in Europa*, in “Argomenti di Diritto del Lavoro”, 2002.

⁹⁶ S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in “Quaderni Costituzionali”, 2004.

⁹⁷ S. SCIARRA, *Integration through courts: article 177 as a pre-federal device*, in *Labour law in the courts*, Oxford and Portland, 2001, p. 23.

⁹⁸ E. BARBERIS, V. SERGI, *Politiche attive per il mercato del lavoro nella crisi: il quadro europeo e il caso italiano*, in “Argomenti”, terza serie, 5, 2016.

Como se escreveu⁹⁹, a Europa é caracterizada por “organizações fluidas, não hierárquicas, difusas” de acordo com o “princípio do funcionalismo, ou da progressividade”, com um núcleo duro de prescrições que, em definitivo, são as do Tratado de Maastricht sobre o rigor nas contas públicas e no combate à inflação em nome do horizonte funcional-mercantilista, com um desequilíbrio substancial entre os direitos fundamentais, todos orientados para a liberdade económica e empresarial, e a representação democrática expressiva da vontade popular, com a violação da fonte do direito e da moral que havia sido identificada no conceito de dignidade humana, *trait d’union* entre uma moral de tipo kantiano e o direito positivo¹⁰⁰. Tornaram-se, assim, residuais os direitos sociais que, nas origens do processo de integração europeia nos anos 50 do século passado, pareciam, com razão, dever constituir a essência da união do Velho Continente, que foi o sonho dos Pais Fundadores do europeísmo moderno¹⁰¹.

Uma perspetiva, pois, de federalização, não apenas do rigor dos orçamentos públicos dos Estados da União Europeia, mas também da cidadania social, a construir por meio da criação de estruturas supranacionais de *welfare* para fazer subir os níveis de proteção social¹⁰².

Precisamos, portanto, de um modelo constitucional e económico de “federalismo solidário”, também com a aprovação de um “Tratado de democratização da *governance* da zona euro”¹⁰³, um “governo político das finanças europeias”¹⁰⁴, dentro do qual se permita a plena ex-

⁹⁹ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006; a experiência europeia desde a Alta Idade Média como “sobreposição de jurisdições e poderes não coordenados logicamente e concorrentes entre eles” in J.R. STRAYER, *Le origini dello Stato moderno*, Celuc Libri, Milano, 1975.

¹⁰⁰ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Roma-Bari, 2017, em que o grande filósofo alemão afirma: «No reino dos fins, tudo tem um preço ou tem uma dignidade. O que tem um preço pode ser substituído por algo equivalente; o que, por outro lado, supera qualquer preço e, portanto, não admite nenhum equivalente, tem dignidade. Ora, a moralidade é a condição pela qual só um ser racional pode ser um fim em si mesmo. portanto, a moralidade, e humanidade enquanto capaz de moralidade, é o que tem dignidade».

¹⁰¹ Uma ampla exposição em Altiero Spinelli e *i movimenti per l’unità Europea*, dir. por D. PREDÀ, CEDAM, PADOVA, p. 20.

¹⁰² B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell’ordinamento comunitario*, in Riv. giur. lav. prev. soc., 4, 2000, p. 787 s.

¹⁰³ A proposta é de S. HENNETTE, T. PIKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *Democratizzare l’Europa*, La nave di Teseo, Milano, 2017.

¹⁰⁴ São palavras de Jurgen Habermas in *Questa Europa è in crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 51, o qual assinala no seu livro que “a União Europeia só conseguirá estabilizar-se a longo prazo se, sob a coacção dos imperativos económicos, der os passos já agora indispensáveis para coordenar as políticas essenciais, não no estilo burocrático-gabinetístico seguido até agora, mas percorrendo o caminho de uma suficiente

pressão dos valores de liberdade e solidariedade que, justamente no direito social europeu, encontraram a possibilidade de se tornarem reais e de se afirmarem, como alternativa política e social à “mercantilização” das pessoas e do trabalho¹⁰⁵.

(Tradução de António Monteiro Fernandes)

ratificação jurídica democrática».

¹⁰⁵ É iluminante a este propósito o ensaio de L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Roma-Bari, 2007, contra o modelo económico que vê o trabalho como uma mercadoria para a troca na economia globalizada e, ao contrário, em favor de uma sociedade que queira conjugar o desenvolvimento económico com o humano.